



Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Estado de derecho, control político
y emergencia social

Ensayos, observatorio jurisprudencial,
doctrina y reseñas

371

Enero-Junio/20



Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Estado de derecho, control político
y emergencia social

Ensayos, observatorio jurisprudencial,
doctrina y reseñas

371
Enero-Junio/20

Directora de la Revista
Liliana Estupiñán Achury
Miembro Correspondiente de la
Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
Enero-Junio 2020

COMISIÓN DE LA MESA

AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ
Presidente

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Primer Vicepresidente

SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE
Segundo Vicepresidente

DIGNATARIOS DE LA CORPORACIÓN

JOSÉ CELESTINO HERNÁNDEZ RUEDA
Secretario General

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Tesorero

HERNANDO ROA SUÁREZ
Bibliotecario

DIRECTORA DE LA REVISTA

LILIANA ESTUPIÑAN ACHURY

COMITÉ EDITORIAL

CESÁREO ROCHA OCHOA
RAFAEL FORERO CONTRERAS
ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
MARIO CAJAS SARRIA
MANUEL RESTREPO MEDINA
LAURA GARCÍA MATAMOROS
GIORGIA PAVANI

COMITÉ CIENTÍFICO

LUCY CRUZ DE QUIÑONES
ERNESTO RENGIFO GARCÍA
SANDRA MORELLI RICO
LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR
RICARDO ABELLO-GALVIS
RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU



Esta Revista es divulgada tanto en forma impresa como en formato digital a texto abierto.

Se autoriza la reproducción de los textos citando la fuente. Las opiniones de los autores son de su entera responsabilidad y no comprometen la línea editorial de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

MARUJA ESTHER FLÓREZ JIMÉNEZ
Diseño y diagramación

MARÍA MARGARITA SUÁREZ MANTILLA
Traductora

IAN SCHNEIDER CARDONA LÓPEZ
Corrector de estilo

LEONARDO ANTONIO PARRA ACOSTA
Auxiliar editorial

DGP EDITORES
Impresión

Calle 84 No. 9-32.
Tel.: 6 11 4070 - 2 57 9991
Página web: www.acj.org.co
E-mail: acadjuris@gmail.com
Bogotá - Colombia
Edición No. 371
Enero-Junio 2020
ISSN 0123-3017

CONTENIDO

HOJA DE RUTA

Augusto Trujillo Muñoz
*Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
y Académico de número*..... ix

EDITORIAL

COVID-19 Y FRAGILIDAD DEL ESTADO DE DERECHO
EN AMÉRICA LATINA
Liliana Estupiñan Achury
Directora de la Revista y Académica correspondiente xvii

PRIMERA PARTE

**ESTADO DE DERECHO, EQUILIBRIO DE PODERES,
CONTROL POLÍTICO Y EMERGENCIA SOCIAL** 1

I. ENSAYOS Y ARTÍCULOS CIENTÍFICOS..... 3

CORONAVIRUS Y ACTUALIZACIONES NORMATIVAS
DE URGENCIA PARA LA INCORPORACIÓN DE LAS
NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL FUNCIONAMIENTO
DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS
Rubén Martínez Dalmau
Académico extranjero 5

APORTES DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS FRENTE
A UNA SITUACIÓN DE PANDEMIA COMO LA COVID-19
Ricardo Abello-Galvis
Académico correspondiente 23

CORONAVIRUS E ILEGITIMIDAD DEL ESTADO
Rafael Ballén
Profesor invitado 49

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EN COLOMBIA David Mercado Pérez Luis Fernando Bermeo Álvarez <i>Profesores nacionales invitados</i>	83
EXCEPCIONALIDAD Y DERECHO GENERALIDADES DE LA EXCEPCIONALIDAD DENTRO DE LOS ESTADOS DE DERECHO LATINOAMERICANA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Édgar Hernán Fuentes-Contreras <i>Profesor nacional invitado</i>	107
PANDEMIA Y EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA COMPARADA: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO Alejandro Cortés Arbeláez <i>Profesor nacional invitado</i>	135
LA PANDEMIA Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Jaime Alberto Arrubla Paucar <i>Académico de número</i> Cristina Arrubla Devis <i>Profesora nacional invitada</i>	151
TRIBUTOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA COVID-19, NUEVAS REALIDADES E IMPERIOSAS EXIGENCIAS, GRANDES RETOS FUTUROS PARA LAS SOCIEDADES Y LOS ESTADOS ¿Y COLOMBIA? ¡¡¡BIEN, GRACIAS!!! Camilo Ernesto Rodríguez-Gutiérrez <i>Profesor nacional invitado</i>	171
DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19 Luis Bernardo Díaz Gamboa <i>Profesor nacional invitado</i>	201
LA INJERENCIA DEL ÓRGANO EJECUTIVO SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL CASO BOLIVIANO Sonia Eliana Roca Serrano <i>Profesora internacional invitada</i>	235
SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS Y LA SUPREMACÍA JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR Eric Leiva Ramírez <i>Profesor nacional invitado</i>	257
LAS SENTENCIAS LEYES Carlos Fradique Méndez <i>Académico de número</i>	285

II. FORO SOBRE CONTROL POLÍTICO Y JURÍDICO EN EL ESTADO DE EMERGENCIA. ACADEMIA Y PANDEMIA	311
PRESENTACIÓN. FORO ESTADO DE DERECHO Y PANDEMIA	
Cesáreo Rocha Ochoa	
<i>Académico honorario</i>	313
EL ALCANCE DEL CONTROL POLÍTICO SOBRE LA EXCEPCIONALIDAD JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA BIOPOLÍTICA	
Manuel Alberto Restrepo Medina	
<i>Académico correspondiente</i>	315
DEBERES SOLIDARIOS Y CONTROL SOCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA	
William Zambrano Cetina	
<i>Académico correspondiente</i>	321
CONTROL POLÍTICO Y JURÍDICO EN CUARENTENA. LAS MEDIDAS ADOPTADAS	
Jaime Alberto Arrubla Paucar	
<i>Académico de número</i>	325
CONTROL POLÍTICO EN TIEMPOS DE PANDEMIA	
Carlos Ariel Sánchez Torres	
<i>Académico de número</i>	335
APUNTES SOBRE LA EMERGENCIA, LA EXCEPCIÓN Y LA CONSTITUCIÓN A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19	
Mario Alberto Cajas Sarria	
<i>Académico correspondiente - Capítulo seccional (Cali)</i>	341
III. FORO HACIENDA PÚBLICA, TRIBUTACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ESTADO DE EMERGENCIA.....	347
LA EMERGENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS Y ALGUNAS PROPUESTAS	
Lucy Cruz de Quiñones	
<i>Académica de número</i>	349
0 + 14 + 27 + 26 = 67	
Juan Camilo Restrepo Salazar	
<i>Académico correspondiente</i>	373
UNA VISIÓN EN TORNO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN EL MARCO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 441 Y 517 DE 2020	
José Antonio Molina Torres	
<i>Académico correspondiente</i>	377
RACIONALIZACIÓN DE LAS TASAS DE INTERÉS EN COLOMBIA	
Rafael Rodríguez Jaraba	
<i>Académico correspondiente - Capítulo seccional (Cali)</i>	385

SEGUNDA PARTE

PROFESOR INTERNACIONAL INVITADO395

IMPOSICIÓN CULTURAL, LA BÚSQUEDA DE DENOMINADORES
COMUNES Y LA “MISIÓN COMPARATISTA” DE LAS REVISTAS DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

Lucio Pegoraro

Profesor internacional invitado397

TERCERA PARTE

ACADEMIA Y DOCTRINA431

OPOSICIÓN A LA DEMANDA CONTRA EL ESTATUTO TRIBUTARIO

Juan Camilo Restrepo

Academico correspondiente

Jorge Humberto Botero

Autor invitado433

HISTORIA DE LOS CÓDIGOS PENALES, DE PROCEDIMIENTO PENAL
Y PENAL MILITAR EN COLOMBIA

Francisco Bernate Ochoa

Academico correspondiente

Francisco José Sintura Varela

Profesor nacional invitado455

EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA CONTRA LA CORRUPCIÓN
EN COLOMBIA

Hernando A. Hernández Quintero

Académico correspondiente - Capítulo seccional (Ibagué).....501

LA ÉTICA EN LA PRÁCTICA DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Luis Javier Moreno Ortiz

Académico correspondiente529

¿DEBE PREVALECER LO CIENTÍFICO SOBRE LO JURÍDICO?

Horacio Gómez Aristizabal*

Académico de número547

CUARTA PARTE

**OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL DE LA ACADEMIA
COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA.....573**

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN

Luis Augusto Cangrejo Cobos

Académico de número575

LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS LEGALES Juan Rafael Bravo Arteaga <i>Académico de número</i>	587
OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL. LA REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS: ¿HAY UNA INVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL? Gonzalo Suárez Beltrán <i>Académico correspondiente</i>	597
QUINTA PARTE SEMBLANZAS Y RESEÑAS	623
JOSÉ MARÍA SAMPER Rodrigo Puyo Vasco <i>Académico de número</i>	625
JUSTO AROSEMENA QUESADA (1817-1896) Hernán Alejandro Olano García <i>Académico de número</i>	629
IN MEMÓRIAM. EDUARDO SUESCÚN MONROY Jorge Enrique Valencia M. <i>Académico de número</i>	653
MEMBRESÍA	657
RESEÑA. REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA	681
CARTA A LOS AUTORES	685

HOJA DE RUTA*



Augusto Trujillo Muñoz**
*Presidente de la Academia Colombiana
de Jurisprudencia y Académico de número*

En el siglo anterior, Colombia se convirtió en una de las democracias más estables de la región y, en los momentos más conflictivos, logró proteger a sus instituciones jurídico-políticas de la intimidación propia de su conflicto armado, del narcotráfico y del terrorismo. Todo esto representó, incluso sigue representando, riesgos para el Estado de derecho. Pero,

* Discurso del Doctor Augusto Trujillo para asumir la Presidencia de la Corporación (feb. 3/2020).

** Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudios de postgrado en administración en el INALDE de Bogotá y en el INAP de Madrid. Fue gobernador ad hoc del Tolima, conjuer de la Corte Constitucional y senador de la República. Es presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, profesor universitario, tratadista en su especialidad, consultor en derecho territorial y columnista de opinión en el diario 'El Espectador' de Bogotá.

en los últimos años, surgieron nuevas amenazas, menos visibles, pero no menos preocupantes.

Esos peligros son, por desgracia, de carácter universal. Y los más, se vienen extendiendo por todo lo ancho, todo lo largo y todo lo profundo de este hemisferio. La idea misma de política se volvió una especie de caricatura y se encriptó en una visión agresiva, maniquea, casi bélica de la relación con los demás. Esa conducta olvida que la política supone ejercicio del diálogo, porque es el arte de lo posible. En el pasado, era una manera de continuar la guerra por otros medios. Hoy, es el sustituto de la guerra. Si una sociedad plural no toma en cuenta su diversidad y sus matices, está regresando al pasado.

¿Qué está ocurriendo con valores democráticos y principios aspiracionales como el respeto a la diferencia, el interés por el diálogo, la disposición para el acuerdo? Parecería que pierden terreno frente a la polémica estéril, a la negación del otro, al agravio personal, bajo una mirada impasible, impotente, neutral de las instituciones. En esa situación, cualquier sociedad se enreda en los claroscuros de esa frontera imprecisa que hay entre el Estado de derecho y la arbitrariedad con leyes.

La inserción de nuestros países en el mundo global está resultando más confusa, más traumática, más intrincada de lo que podría suponerse. Los cambios económicos, climáticos y tecnológicos que la globalización trajo consigo, comienzan a generar la paradoja de mostrar crecimiento sin progreso. Particularmente en América, los países que registran crecimiento económico, muestran desigualdad progresiva y creciente malestar ciudadano.

Parecería que los porcentajes de crecimiento pierden la importancia que se les otorgaba el pasado, porque están dejando de ser información útil para convertirse en dato inane. Al fin y al cabo, esas cifras son producto de operaciones matemáticas, es decir, no son cualitativas. Por eso hay países cuyo PIB per cápita crece, mientras crecen también la inequidad, el desempleo y la inseguridad. Ese crecimiento, por supuesto, no puede llamarse desarrollo.

Semejantes fenómenos, que se han vuelto comunes en esta globalización sin reglas, generan tendencias amenazantes para el coloquio social, para la inclusión y para la convivencia, elementos que el Estado social de Derecho

ha logrado construir a lo largo de un esfuerzo centenario. Son peligros que llegaron con el siglo XXI, que están lesionando la autoridad moral del Estado y produciendo efectos deletéreos sobre el Estado de derecho. Expresado de otra manera, el Estado de derecho se nos está volviendo teórico.

En efecto, la gente desconfía de las instituciones, los gobiernos extienden sus tentáculos para cooptar decisiones de otras ramas del poder; los congresos se vuelven apéndices de los gobiernos y se abstienen de ejercer sus controles; los tribunales constitucionales legislan. Las formas del Estado de derecho siguen escritas en los textos normativos, pero sus principios esenciales se desdibujan. Para el ciudadano común hay elecciones, pero no hay políticas; existen gobiernos, pero no gobernanza; hay jueces, pero no justicia.

Colombia está en mejores condiciones que otros países de la región, para enfrentar esa problemática, tiene una larga tradición jurídica que hunde sus raíces en los Cabildos del 20 de julio de 1810, y una vocación civil que logró consolidar durante el siglo XX. Esas ventajas y una dosis de buena pedagogía que es preciso construir, a la cual no puede ser ajena la Academia de Jurisprudencia, van a obrar a favor de la recuperación de la credibilidad institucional y del rescate del derecho como garantía de convivencia. Ese es un objetivo estratégico.

Según informaciones de prensa, el país registra una muerte diaria por motivos relacionados con violencia política. Esta realidad tan agobiante como dramática no da lugar alguno para pensar a largo plazo. Estamos lejos de considerar un acuerdo sobre lo fundamental, para usar la célebre frase de Álvaro Gómez; pero es necesario propiciar la creación de esos espacios. Colombia ha sobresalido históricamente por la inteligencia de sus hombres y mujeres. Y bien se sabe que inteligencia es la capacidad de hacer distinciones y reconocer los matices del entorno.

En su doble condición de instrumento regulatorio y de instrumento de cambio, el derecho es la mejor herramienta para garantizar la convivencia social. Parecería que los colombianos de hoy estuviéramos viviendo como en los tiempos en que nuestras guerras civiles nunca finalizaban del todo. Alguna vez le oí decir al escritor William Ospina que al final de las guerras, cuando estas terminan en armisticio, aparecen los condottieros de

las razones de Estado, objetando el perdón y reclamando justicia ante la impunidad: “Solo que los dioses de la justicia tenían que estar al comienzo para impedir la guerra, porque cuando aparecen al final, solo llegan para impedir la paz”.

Recuerdo un texto del maestro Darío Echandía en el cual expresaba que “el derecho es historia”. La frase tiene que ver con el devenir de nuestro suceso republicano. A lo largo de él, esa inteligencia ingénita de los colombianos supo imprimir contenido jurídico, aún a sus más complejas decisiones políticas. Eso le permitió al país tomar distancia de la falacia revolucionaria y de la trampa populista, dos imposturas que colapsaron en el siglo xx y que, por fortuna, son irrepetibles. Desde Hegel sabemos que la historia puede repetirse, pero luego supimos que lo haría unas veces como tragedia y otras veces como farsa. Nunca reemplazará la capacidad creativa permanente que anida en el pensamiento humano.

Pero además, la afirmación del maestro tiene otros alcances. Enlaza con el tema de la recepción del derecho: Colombia ha privilegiado la recepción del derecho sobre su producción, a pesar de contar con enorme talento jurídico. También se relaciona con la incapacidad del país para proyectar el derecho sobre todo el territorio nacional. No sé quién lo dijo, pero tiene razón: nuestro país es más geografía que historia. Le faltó agregar que tenemos más territorio que Estado. La Constitución del 91 quiso remediar esas carencias, pero, por desgracia, sus principales conquistas se están quedando escritas.

En efecto, el país necesita acometer unas reformas que sus gobiernos, sus partidos y sus dirigentes han sido incapaces de estructurar. La más importante de ellas, para la Academia de Jurisprudencia, es la de la administración de justicia. El actual gobierno ha expresado algunos criterios que están en proceso de definiciones. El Ministerio Público abrió una amplia consulta e invitó al ciudadano común a formular sus propuestas; pero la administración de justicia es, cada día que pasa, un problema más acuciante que la víspera. Más allá de quienes siguen administrando pronta y cumplida justicia, queda la sensación generalizada de que la justicia está en crisis.

De análoga manera, el Consejo Nacional Electoral anunció que, en marzo, presentará al Congreso un proyecto de reforma política. Su pertinencia,

por supuesto, no admite duda ni escrutinio. Pero, ¿contempla las modificaciones necesarias para garantizar una auténtica transparencia del sistema electoral? Del mismo modo, la cruda realidad de la periferia colombiana demanda una reforma que desarrolle el principio de la autonomía territorial, que se nos quedó escrito en la Constitución, como ocurrió también con la participación ciudadana, con el pluralismo jurídico y con la asimetría institucional.

Si nuestros pueblos desean preservar estos principios, constitucionalizados por primera vez en 1991, no deben insistir en los mismos planteamientos, en los mismos factores, en las mismas propuestas que se han ensayado, hasta ahora, infructuosamente. Dicen que fue Einstein quien, alguna vez, definió a los necios como unas personas empeñadas en hacer lo mismo siempre, esperando tener, en cada caso, resultados diferentes. De hecho, las reformas aprobadas en el presente siglo parecen diseñadas para que todo siga igual.

Buena parte de quienes se mueven entre el derecho público y la ciencia política coinciden en un juicio que, para algunos suena incómodo: las más agudas crisis que afectan a cualquier sociedad están vinculadas a la capacidad directiva de sus elites. En otro escenario sonaría antipático, pero aquí se entiende bien lo que quiero decir cuando afirmo que un país sin élites es un país sin futuro. Colombia se está quedando sin élites, sin grupos dirigentes de selección ética, probidad intelectual, capacidad de pensamiento, con visión para orientar, conciencia de país y responsabilidad social. Señores académicos: en esta Corporación permanecen vivas, vigentes, esas valiosas aptitudes. Solo hay que desatarles su dinámica y sintonizarlas con el país.

Es necesario instalar el derecho en la conciencia colectiva y convertirlo en cultura social. Es indispensable contribuir, desde la Academia, a la permanente sintonía de las instituciones con el país, de manera que su mutua relación fluya como en puente de doble vía, y pueda garantizar la legitimidad y la gobernanza. También es preciso buscar aproximaciones hacia un auténtico equilibrio entre la libertad y el orden, porque el exceso de la primera degenera en anarquía y el exceso del segundo degenera en despotismo. Colombia lo ha logrado, con mayor o menor éxito en 1910, en 1936, en 1957 y en 1991. Ni más faltaba que ahora terminemos retrocediendo más de un siglo.

La idea de equilibrio animó, en todo momento, a los constituyentes del 91. Por eso ensamblaron la Carta Política sobre dos grandes columnas: Estado social de derecho y economía social de mercado. Por desgracia, ninguno de los dos conceptos, y menos el segundo que el primero, tienen buen recibo en esta aldea global, en donde se toman grandes decisiones por parte de poderes no institucionalizados. Como está dicho, el Estado de derecho se está volviendo teórico. Las normas vigentes no se violan, pero tampoco se cumplen. No olvido la frase que leí en un libro de Ulrich Beck, escrito a comienzos del presente siglo: “Aquellos a los que hemos elegido no tienen poder, y a los que tienen poder no los hemos elegido”.

Cuando Beck advierte amenazas de intervención militar de un país cualquiera en territorio extranjero, argumentando la defensa de los derechos humanos o la caza indiscriminada de terroristas, sugiere que nos estamos deslizado hacia una especie de “paz perpetua” que se imbrica, extrañamente, con una “guerra perpetua”, como dos caras de la misma moneda. Así, terminamos cabalgando sobre una paz peor que la guerra. Semejante escenario de contradicciones no tiene respuesta, salvo si esa respuesta se busca en el derecho. En unas instituciones jurídicas que recojan la realidad social, que la interpreten; si las instituciones no se parecen a la realidad se vuelven teóricas. Ese es el gran desafío de la ciencia jurídica en el siglo XXI. Y el de Colombia para recuperar la vigencia cabal del Estado de derecho. Y el de la Academia para rescatar el derecho como garantía de convivencia.

Señores académicos: al asumir la presidencia de la Corporación para este nuevo período estatutario, quiero reiterarles mi profundo reconocimiento. Me honra su decisión y me enorgullece que haya sido producto de una proposición respaldada por una cantidad inusitadamente alta de académicos, tanto de número como correspondientes. Me enaltece también compartir silla en la Comisión de la Mesa con los académicos Juan Rafael Bravo y Saúl Sotomonte, dos inteligencias superiores que honran a la comunidad jurídica y al país. Su reconocido talento, su criterio jurídico y su conciencia moral brillan en el firmamento colombiano.

Con ellos, con el docto grupo de inteligencias integrado por quienes fueron elegidos para las demás dignidades de la Corporación, y que ahora prestarán su juramento; con la idoneidad intelectual, la transparencia ética y la

vocación de servicio de todos y cada uno de ustedes, la Academia podrá mantener su compromiso de defender las conquistas materiales del Estado social de derecho; insistir en los debates de ideas, en la controversia inteligente que enriquezca su trabajo institucional y lo proyecte sobre los cuatro horizontes del país; y asumir un liderazgo en busca de que los colombianos recuperen su confianza en el derecho como garantía de convivencia.

En ese orden de ideas, la Academia puede recluirse en torno a sí misma para ordenar su pensamiento, pero ha de volcarse sobre la realidad nacional para construirlo y fraguar una pedagogía que ayude a consolidarlo en el imaginario espiritual de cada ciudadano y de la sociedad civil en su conjunto. Sé que es un abrumador desafío, que resulta suficientemente grato para esta Corporación, en la cual tienen asiento los mejores juristas de Colombia.

EDITORIAL

COVID-19 Y FRAGILIDAD DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

COVID-19 AND THE FRAGILITY OF RULE OF LAW IN LATIN AMERICA



Liliana Estupiñan Achury*
*Directora de la Revista y Académica
correspondiente*

-
- * Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia (máxima calificación Cum Laude). Estancia posdoctoral en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, Ed. V de la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo - España). Magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho Constitucional, en Derecho Administrativo y abogada de la Universidad Libre (Colombia). Estancias de estudio, investigación y presentación de ponencias en diversas universidades y países desde el año 2005. Profesora investigadora con perfil internacional y amplias relaciones interinstitucionales nacionales e internacionales soportadas con proyectos y publicaciones arbitradas y de alta calidad académica. Académica, investigadora senior Colciencias desde el año 2015, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, directora de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, directora del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz (Universidad Libre) y profesora de Derecho Constitucional, Régimen territorial nacional y comparado, metodología jurídica y socio jurídica, derechos de la naturaleza, paz territorial y constitucionalismo transicional, autonomía territorial y paz

“Crónica de una muerte anunciada”

“El Estado de derecho no está en cuarentena”, pero las diversas figuras jurídicas y medidas económicas y sociales adoptadas por los diferentes Estados del mundo para enfrentar la emergencia sanitaria o pandemia, han minado aun más la fragilidad de este gran propósito constitucional y democrático. Para América Latina, la fragilidad ya consabida de sus Estados se ha agravado en los últimos meses. La excepción o el estado de emergencia en escenarios de vulnerabilidad política, económica y social, terminó por exacerbar los poderes ya desequilibrados en fase de normalidad y desdibujar el equilibrio de poderes y los controles políticos.

Los derechos humanos y no humanos, centro de cualquier Estado constitucional, la división de poderes, los mecanismos de control, el control social, los movimientos y las organizaciones de la sociedad civil, el control político, la paz, las mujeres, niños y niñas, los y las adolescentes y todos los grupos vulnerables, la economía de los comunes y de los grandes empresarios, el control constitucional y judicial, el gobierno y la autonomía local, entre otras grandes bondades del Estado de derecho, han terminado seriamente afectados ante el sinnúmero de medidas tomadas por el ejecutivo o ante su omisión y las dificultades que presentan los diversos órganos del Estado y de control para desarrollar sus tareas constitucionales y legales.

En general, la mayoría de los Estados del mundo, buscaron opciones de estado de excepción o de emergencia para enfrentar la tragedia del Covid. De manera excepcional, Estados como Alemania, han utilizado sus mecanismos normales de control sin acudir a estas lógicas de excepción (educación ciudadana de autocontrol, aun así, han tenido que acudir a procesos de confinamiento localizados ante el desbordamiento de cifras en territorios concretos). En América Latina, la regla ha sido el estado de emergencia, estado de excepción por catástrofe, estado de calamidad pública, la cuarentena, la suspensión de clases, el desarrollo *sui generis* de las ramas del poder público, cierre de fronteras, el confinamiento, el teletrabajo, prohibición de eventos, suspensión de términos en la administración de justicia, las limitaciones en materia de locomoción, excepto para lo que se ha deno-

(pregrado, posgrado y doctorado). Autora y editora de diversos libros, capítulos, artículos científicos y revistas académicas y científicas. Correo: lilianaeca@hotmail.com liliana.estupinan@unilibre.edu.co.

minado casos de excepción, que en el tema colombiano ha impactado tantos sectores como las cifras de aumento por contagio y movilización (a 9 de julio de 2020, somos el tercer país de América Latina con mayor contagio).

También encontramos gobiernos negacionistas frente a la tragedia sanitaria, casos Brasil y México, este último en su fase inicial. Los dos federales, por cierto, que hoy padecen unas cifras preocupantes de infectados y fallecidos. La demora inicial en la toma de decisiones en materia de contención, hoy se refleja en sus preocupantes estadísticas. También asimetría territorial en el manejo de la emergencia en razón de la autonomía constitucional de algunos de sus gobiernos locales. El caso de Brasil fue especial dado que no se establecieron de manera temprana medidas a nivel nacional, de manera que fueron los gobiernos locales, los estados, quienes se encargaron de establecer las cuarentenas. Inclusive, la postura del gobierno central ha sido la de propiciar un discurso que subestima la gravedad de la crisis sanitaria. México, por ejemplo, tuvo un discurso inicial dirigido a “minimizar la gravedad de la situación, luego instaron a las personas a permanecer aisladas pero la cuarentena no fue obligatoria, y por último establecieron políticas de aislamiento más robustas”¹.

En medio de la tragedia y ante la presión de muchos sectores, los gobiernos han tenido que crear discursos de re-apertura o retorno seguro, el caso de Chile es significativo. Se han desarrollado conceptos como “nueva normalidad y meseta, que buscaban transmitir a la ciudadanía la idea de que se acercaba el momento del retorno al trabajo presencial, el regreso a las clases y la reapertura del comercio. Sin embargo, el número de contagiados se disparó un 45% entre el 15 y el 18 de mayo”². Nicaragua, por su parte, caracterizado en un comienzo por ausencia de medidas de distanciamiento social, hoy refleja la equivocación inicial del gobierno³. Este caso, ha sido

¹ MALAMUD, Carlos. NÚÑEZ, Rogelio. América Latina: del “exitismo” al pico de la pandemia. [En línea]. Madrid. Instituto Elcano. 2020. [Consultado: 4 de 07 de 2020]. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b6ccc2a2-9243-45c0-b364-d1a398609728/ARI79-Malamud-Nunez-America-Latina-del-exitismo-al-pico-de-la-pandemia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b6ccc2a2-9243-45c0-b364-d1a398609728>

² Ibid. 9.

³ MALAMUD, Carlos. NÚÑEZ, Rogelio. La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad. [En línea]. Madrid. Instituto Elcano. 2020. [Consultado: 4 de 07 de 2020]. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org>

objeto de controvertidos debates, debido a que los informes oficiales han sido seriamente cuestionados. Esto obedece a la desconfianza general que se deriva de la postura asumida por el gobierno con respecto a la pandemia, debido a que ha decidido tener una administración laxa de la crisis. Sin embargo, existen cifras que han sido proporcionadas por organizaciones que tienen como objetivo hacer seguimiento a la evolución de la pandemia en el país. “Al menos 2.087 personas han muerto en Nicaragua con síntomas relacionados al nuevo coronavirus SARS-CoV-2 desde que la pandemia llegó al país en marzo pasado, informó este sábado (04.07.2020) el no gubernamental Observatorio Ciudadano COVID-19”⁴.

Colombia, por su parte, demorado en medidas de contención, y rapidez en medidas de reapertura o de excepción, hoy presenta un incremento en las cifras que poco a poco lo acerca al pico o al colapso del sistema sanitario.

El número de casos confirmados de coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe, por país, refleja que la tragedia se tomó a América Latina por asalto y los débiles Estados nacionales o plurinacionales, que apenas tienen decretos y algo de fuerza pública para contener la situación, no responden ante los pilares del Estado de derecho, mucho menos a los del Estado social de derecho⁵.

org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari34-2020-malamud-nunez-crisis-del-coronavirus-america-latina-incremento-presidencialismo-sin-red-seguridad

⁴ DW América Latina. Grupo ciudadano reporta 2.087 muertes por COVID-19 en Nicaragua. En: DW. América Latina. 4, 6, 2020. [Consultado: 5 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://www.dw.com/es/grupo-ciudadano-reporta-2087-muertes-por-covid-19-en-nicaragua/a-54056212>

⁵ AFP. Brasil: “El número de decesos en el país de 212 millones de habitantes subió a 61.884 el jueves, con los estados de São Paulo y Río a la cabeza. Los contagios treparon a 1.496.858”.

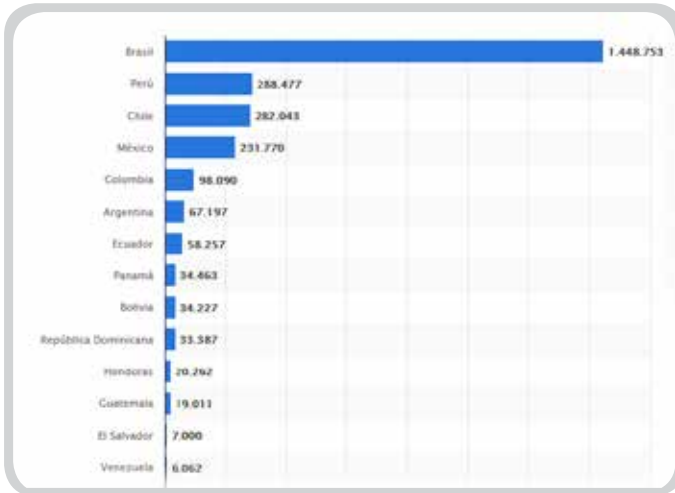
AFP. La pandemia se agrava en América, con un nuevo récord de contagios en EEUU. En: AFP. [Consultado: 04 de 07 de 2020]. Disponible en: <https://www.afp.com/es/noticias/17/la-pandemia-se-agrava-en-america-con-un-nuevo-record-de-contagios-en-eeuu-doc-lui02s5>.

“Alrededor del 19% de las empresas formales de América Latina podrían cerrar por la COVID” CEPAL.

(CEPAL. Número 4. Informe Especial COVID-19. [en línea]. CEPAL. 2020. [Consultado: 04 de 06 de 2020] Dponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438_es.pdf)

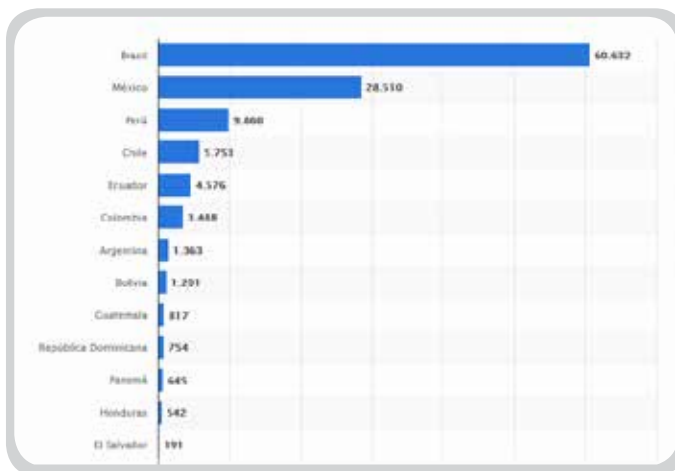
2,7 millones de contagios declarados en América Latina y el Caribe (julio 3) y 121.662 decesos en la región.

Gráfica No 1. Número de casos confirmados de coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe al 2 de julio de 2020, por país



Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/1105121/numero-casos-covid-19-america-latina-caribe-pais/>

Gráfica No 2. Número de personas fallecidas a causa del coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe al 2 de julio de 2020, por país

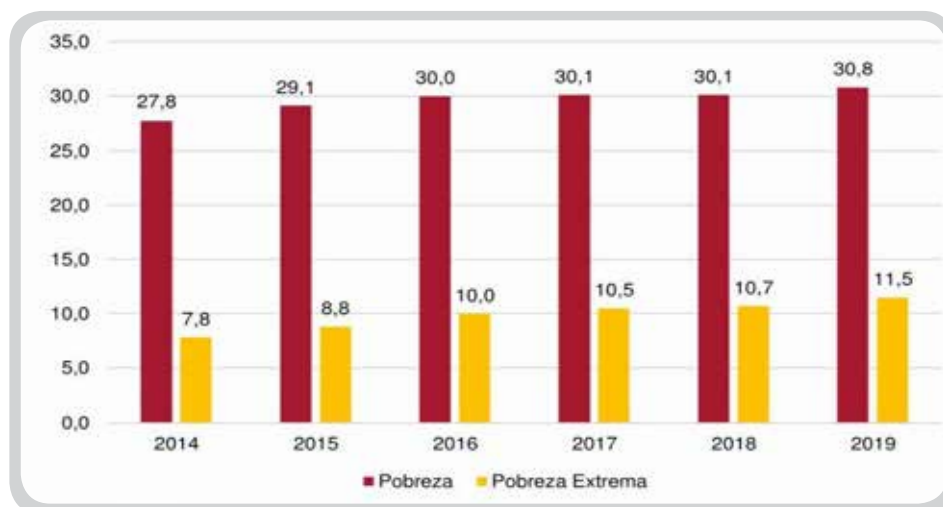


Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/1105336/covid-19-numero-fallecidos-america-latina-caribe/>

El Tiempo. América Latina supera a Europa en número de casos de coronavirus. En: El Tiempo. Mundo. 03, 05, 2020. [Consultado: 04 de 07 de 2020]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/cifras-de-coronavirus-hoy-3-de-julio-en-america-latina-y-europa-513904>.

Cruzar estos datos con las tasas de pobreza y pobreza extrema para América Latina, agravan el panorama:

Gráfica 3. América Latina: tasas de pobreza y de pobreza extrema, 2014-2019 (%)



Fuente: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido? WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari73-2020-rios-impacto-economico-de-crisis-coronavirus-en-america-latina](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari73-2020-rios-impacto-economico-de-crisis-coronavirus-en-america-latina)

Dada la situación de recrudecida desigualdad y el aumento en los niveles de pobreza que viven los países latinoamericanos se ha encontrado una situación de especial dificultad por parte de las personas más pobres para permanecer en sus hogares y así cumplir la cuarentena. Muchas de ellas dependen de economías domésticas informales. Cuando estas personas se quedan en sus hogares, en la mayoría de los casos, restringen su capacidad para producir, y de esa manera también se ve reducida su capacidad de consumir. Es decir que en estos países existe una gran parte de la población sometida al dilema de quedarse en casa y no tener dinero para la subsistencia, o salir y exponerse a la pandemia.

La CEPAL ha manifestado que 2,7 millones de empresas formales en la región estarían en peligro inminente de cerrar. 2,6 millones de ellas mi-

croempresas. De tal forma, 8,5 millones de puestos de trabajo estarían en riesgo⁶. De la misma manera, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe prevé un “aumento de hasta el 10% del desempleo. La pobreza en la región podría alcanzar a 220 millones de personas”⁷.

El Estado de derecho y las instituciones democráticas

El sistema de gobierno presidencial, que para el caso de América Latina, ya sufría de vicios de mesianismo, autoritarismo, pandemia de la reelección eterna y concentración máxima de poder, se ha visto agravado en algunos países de la región. Sin duda esta fase de crisis sanitaria llevará a cuestionar seriamente esta constante estructural del constitucionalismo en América Latina: presidencialismo.

La pandemia ha exacerbado la figura presidencial y ha potenciado la crisis de este sistema de gobierno. Varios mandatarios estaban seriamente cuestionados en fase previa a la crisis sanitaria. Algunos de ellos han asumido un positivo y efectivo protagonismo que les ha permitido superar tendencias de polarización y unión alrededor de la búsqueda de soluciones. Otros no han logrado convencer ni desarrollar políticas públicas en clave de protección a la vida, la economía y la seguridad.

Sobre este tema, Malamud y Núñez señalan que en la fase de pandemia se:

“ha acentuado las características presidencialistas propias de América Latina, ha cambiado radicalmente las agendas públicas, ha resucitado las políticas contracíclicas para tiempos de depresión, y, más visualmente, ha mostrado dos tipos diferentes de mandatarios. Unos con capacidad de liderazgo social, flexibles y que han priorizado la toma de decisiones estratégicas frente a aquellos que han optado por tácticas cortoplacistas e incluso por negar la realidad. Obviamente son sólo grandes tendencias, que se van

⁶ CEPAL. Número 4. Informe Especial COVID-19. [en línea]. CEPAL. 2020. [Consultado: 04 de 07 de 2020] Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438_es.pdf

⁷ ONU. El número de pobres en la América Latina puede crecer en 35 millones por el coronavirus COVID-19 [en línea]. 2020. [Consultado: 6 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://nacionesunidas.org.co/onu-internacional/el-numero-de-pobres-en-la-america-latina-puede-crecer-en-35-millones-por-el-coronavirus-covid-19/>

modificando a medida que la crisis avanza y también del estilo de la gestión presidencial y de que incluyan o no en su política comunicacional los objetivos políticos más inmediatos, junto con los de medio o largo plazo”⁸.

En general, los gobiernos nacionales y locales han tenido que voltear el timón en clave de protección y de cuidado en fase de pandemia. Brasil, México y Nicaragua, serán la excepción inicial de esta tendencia. Bolsonaro, por ejemplo, lideró una marcha en su favor y en contra de la rama judicial y legislativa en plena cuarentena y salió, tal como lo relata Malamud y Núñez, a las calles sin tapabocas⁹. A López Obrador, se le recordará por la siguiente frase “Miren, lo del coronavirus, eso de que no se puede uno abrazar; hay que abrazarse, no pasa nada, o sea, y así, o sea, nada de confrontación, de pleito”¹⁰. O el caso del presidente de Nicaragua que convocó una “marcha de amor en tiempos de Covid 19”¹¹ ¿Qué pasa con estos Estados de derecho que permiten esta clase de acciones de sus mandatarios? Algo debe estar desequilibrado desde la raíz.

Barceló considera que la actuación de los gobiernos nacionales, en fase excepcional, ha propiciado una preocupante concentración del poder en el ejecutivo, lo que sin duda ha afectado el orden constitucional. Relaciona tres características de este proceso: “1. El abuso de las ordenanzas sin necesidad. 2. La degradación de los controles políticos, institucionales y sociales. 3. La restricción de derechos fundamentales en el Estado de alarma”¹². En general, una desconsideración, según sus términos, de la figura del parlamento y la afectación de sus funciones legislativas y de control¹³.

⁸ MALAMUD. NÚÑEZ., Op Cit.

⁹ MALAMUD. NÚÑEZ., Op Cit.

¹⁰ DINA, Eduardo. Del “Hay que abrazarse. No pasa nada.” al “Como anillo al dedo” Frases de AMLO sobre el COVID-19. En: *El Universal*. 4, 4, 2020. [Consultado: 6 de 7 de 2020]. Disponible en: [url. ISSN.Disponible en: https://www.eluniversal.com.mx/nacion/del-hay-que-abrazarse-no-pasa-nada-como-anillo-al-dedo-las-frases-de-amlo-sobre-el-covid-19](https://www.eluniversal.com.mx/nacion/del-hay-que-abrazarse-no-pasa-nada-como-anillo-al-dedo-las-frases-de-amlo-sobre-el-covid-19)

¹¹ MIRANDA, Wilfredo El Gobierno de Ortega invoca al “amor” y moviliza a sus simpatizantes ante la pandemia. En: *El País*. España 15, 3, 2020. [Consultado: 9 de 6 de 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-03-15/el-gobierno-de-ortega-moviliza-a-sus-simpatizantes-ante-la-epidemia-del-coronavirus.html>

¹² BARCELÓ, Daniel. Et al. COVID-19 y parlamentarismo [En línea]. México D.F.: UNAM, 3 de julio de 2020. [Consultado el 6 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6225/27.pdf>

¹³ *Ibidem*.

El cambio de prioridades y de agenda también ha tenido efectos en las ya consabidas débiles relaciones entre el centro y la periferia. Algo de protagonismo ha sido necesario para enfrentar la emergencia y de paso subir las cifras de aceptabilidad seriamente afectadas para la mayoría de los mandatarios. Por supuesto, en este cambio de fuerzas el modelo centralista y el presidencialismo han sido plenamente potenciados. En Colombia esta tensión se ha dado entre el gobierno central y los gobiernos locales. De forma permanente se encuentran noticias sobre las divergencias entre el presidente Duque y algunos de sus mandatarios locales y, de manera especial, con la alcaldesa de la ciudad capital¹⁴. En Brasil, modelo federal, el presidente llegó a llamar al gobernador de São Paulo “estiércol” por haber decretado una cuarentena de quince días en el estado más poblado¹⁵. Todas estas imágenes que se acercan a la caricatura hablan del desequilibrio de poderes y de la ausencia o debilidad de controles en el marco de los Estados de América Latina.

Para colmo de males, han sido afectadas las agendas democráticas y de movilización social que se venían gestando. Casos especiales como el de Colombia y su movilización o protesta social pacífica en fase posterior a la firma del Acuerdo de Paz; el caso chileno o el plebiscito previsto para el día 26 de abril para decidir sobre la posible reforma a la Constitución heredada desde la etapa de Pinochet; las elecciones presidenciales de Bolivia programadas inicialmente para el mes de mayo, entre otras. Algunos casos excepcionales de celebración de elecciones, como ocurrió en República Dominicana¹⁶.

El mismo caso, para muchos Estados del mundo e incluso los europeos. En Alemania, por ejemplo es dable recordar la invitación que hizo el alcalde de Munich: *“Por favor, vaya a votar a pesar de la situación actual. En el*

¹⁴ DORIA, Paula. A punta de presión, Claudia López le ganó otro pulso a Duque. En: La Silla Vacía. Bogotá. 1, 7, 2020. [Consultado: 9 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://lasillavacia.com/punta-presion-claudia-lopez-le-gano-otro-pulso-duque-77371>

¹⁵ Revista Semana. Video: Bolsonaro llama “estiércol” a gobernadores que luchan contra la covid-19. En: *Semana*. 22, 5, 2020. [Consultado: 9 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://www.semana.com/mundo/articulo/video-bolsonaro-llama-estiercol-a-gobernadores-que-luchan-contra-la-covid-19/673410>

¹⁶ LIMA, Lioman. Elecciones en República Dominicana: quién es Luis Abinader, el “virtual” presidente electo del país. En: BBC. Mundo. 7, 7, 2020. [Consultado: día 7 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53303502>

colegio electoral hay a disposición lavamanos y jabón. Los voluntarios tienen la posibilidad de desinfección en las manos . Naturalmente puede traer usted su propio bolígrafo. No tenga miedo, haga uso de su derecho al voto”¹⁷.

Necesariamente la pandemia generó una interrupción del funcionamiento de las instituciones, y de los derechos democráticos y de diversas clases. Retraso de elecciones, algunas de ellas en situación de confinamiento y voto electrónico o voto directo con las consecuencias sociales y sanitarias que ello representa. Se han suspendido numerosas elecciones, se contemplan opciones como el voto electrónico o el voto por correo, pero estas propuestas son aún incipientes.

Por otra parte, las hojas de ruta de los gobiernos o los planes de desarrollo nacionales y locales también deberán ser objeto de ajustes:

La pandemia obliga a los gobiernos a dejar a un lado reformas estructurales (Brasil), planes de ajuste (Argentina), prudencia en el gasto (México) u ortodoxia financiera (Chile), pues las prioridades son otras. La principal es garantizar los gastos sanitarios más urgentes para proteger a la población y detener la expansión del virus en países con débiles sistemas de salud. Ante el peligro de que se desate una crisis humanitaria, varios países ya han impulsado medidas para reforzar y ayudar a sus sistemas de salud. Argentina, Brasil, Colombia y Perú han movilizado fondos adicionales dirigidos al sector sanitario.

También hay que adoptar medidas focalizadas en los ámbitos fiscal, monetario y financiero para reducir el impacto económico. Los gobiernos han empezado a poner en marcha planes contracíclicos que incluyen transferencias monetarias, subsidios salariales y alivio tributario para ayudar a hogares y empresas afectados por la parálisis de la producción y el consumo¹⁸.

El Legislativo, punto vital del Estado de derecho, ha estado confinado en la mayoría de los países de América Latina, esto ha llevado a un ejecutivo en plena labor de “legislador”. La excepción en esta etapa se ha convertido en

¹⁷ La Razón. Baviera celebra elecciones municipales a pesar del coronavirus. En: *La Razón*. Berlín. 15, 3, 2020. [Consultado: 9 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://www.larazon.es/internacional/20200315/wppmgwnwwffithmxnsym2nr3awe.html>

¹⁸ MALAMUD. NÚÑEZ., Op Cit.

la regla. Colombia, por ejemplo, ha expedido más de 150 decretos¹⁹, todo un ejecutivo gobernando en lógica de excepción. Varios de estos decretos en la categoría de reglamentarios ordinarios que carecen de control automático por parte de la Corte Constitucional.

La elusión constitucional hoy es un hecho más agravado que nunca. Los controles constitucionales y judiciales presentan unas demoras significativas y finalmente serán las acciones constitucionales como la de tutela o de amparo, las únicas que garantizarán los derechos menoscabados.

El control político sigue a merced, en muchos casos, de la polarización previa a la pandemia en cada uno de los países. En Colombia, el control político ha sido controversial, algunos miembros del Congreso propugnaron por un funcionamiento entre lo virtual y lo presencial, sin embargo, aún no hay un software especializado que permita desarrollar esta labor de manera segura. En la Cámara de Representantes, por ejemplo, se llevó a cabo un debate de control político a la alcaldesa de Bogotá por la gestión de la crisis. También se desarrollaron debates de control político al ministro de defensa por la llegada de militares estadounidenses al país y por perfilamientos a periodistas y políticos. Algunos congresistas han denunciado prácticas arbitrarias y poco democráticas, dicen haber sido expulsados de algunas sesiones y que en algunas ocasiones se les han desactivado los micrófonos²⁰.

Una leve mirada comparada refleja parlamentos temerosos en la fase inicial de la pandemia, algunos cerrados y otros trabajando sin reglamentación o reglas de juego claras frente al confinamiento. Al mes, luego de los primeros casos de fallecimientos reportados, la mayoría de los congresos del mundo asumieron una lógica de relativa normalidad. Presencialidad mixta directa y virtual para seguir las recomendaciones dadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS). En los modelos presidencialistas esta situación afectó aún más el tema de concentración del poder. Aún así, las nuevas dinámicas mixtas y virtuales no han permitido desarrollar de

¹⁹ Sistema Único de Información Normativa. Normativa para la atención de la emergencia del COVID-19 [en línea]. Bogotá. 2020. [Consultado: 6 de 7 de 2020]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/covid.html>

²⁰ Fue el caso de los senadores Roy Barreras: <https://url2.cl/7bZQg> Jorge Robledo: <https://url2.cl/CaGPY> y Wilson Arias: <https://url2.cl/y2FiL>

forma plena y segura la labor de construcción de leyes y de control político tan necesarios en el marco de un Estado de derecho.

La justicia, también ha tenido serios problemas para desarrollar sus funciones constitucionales y legales. Según Carolina Villadiego Burbano, la pandemia ha afectado el desarrollo normal de la administración de justicia en América Latina. Brasil, por ejemplo, “recomendó a los jueces medidas para reducir los riesgos epidemiológicos, tales como la revocación de la detención preventiva en casos de personas cuya detención hubiese superado los 90 días”²¹. Chile, por su parte, permitió el teletrabajo y la celebración de audiencias virtuales, excepto las medidas de protección en favor de mujeres y niños víctimas de violencia”²². Colombia, apenas reactiva los términos judiciales desde el 1º de julio. Los términos estuvieron suspendidos, excepto para los casos de acción de tutela, *habeas corpus*, el control de decretos expedidos por el presidente en desarrollo del estado de emergencia, y las audiencias relacionadas con el control de garantías en materia penal. A su vez, se ha realizado una labor de implementación tecnológica en toda la Rama Judicial²³. Por su parte, Ecuador permitió, en medio del confinamiento, el trabajo remoto de los servidores judiciales. También, tuvo suspensión de los términos procesales, excepto para asuntos urgentes, como delitos flagrantes, violencia doméstica y garantías de las personas privadas de la libertad, entre otros²⁴. En general, la Rama Judicial de la mayoría de países de América Latina no estaba preparada para funcionar a modo de confinamiento, los retos tecnológicos no se han podido superar en toda la geografía que abarca la administración de justicia de todos los países, y, por lo tanto, el déficit de esta gran tarea del Estado, no se hará esperar. El nivel de conflictos judiciales que surgirán en el marco de la pandemia y posterior a ella, serán de tal magnitud que la afectación de derechos y de los principios del Estado de derecho estarán en la agenda diaria.

²¹ VILLADIEGO, Carolina. Sistemas judiciales durante la pandemia: la experiencia de Sudamérica. En: Justicia en las Américas Blog de la Fundación para el Debido Proceso. 5 de 11 de 2020. [Consultado: 6 de 7 de 2020]. Disponible en: <https://dplfblog.com/2020/05/11/sistemas-judiciales-durante-la-pandemia-la-experiencia-de-sudamerica/>

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

El desequilibrio de poderes y la ausencia del control político se ha exacerbado en fase de pandemia. Los débiles Estados de derecho también están en cuarentena y con ello, la violación de derechos humanos “y no humanos” que deben ser protegidos hasta la saciedad en estados de emergencia o excepcionales.

Nota: Esta Revista refleja el trabajo colectivo y crítico que desarrolla la Academia Colombiana de Jurisprudencia bajo el liderazgo del académico Augusto Trujillo Muñoz, presidente (2020). Agradezco el apoyo del Comité Editorial, Científico, autores y autoras, académicos y académicas y todo el equipo de apoyo de edición y diagramación. Un agradecimiento a Leonardo Parra Acosta, joven investigador del grupo de Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre por su apoyo editorial.

Sin duda esta Revista es un magnífico aporte de la Academia al país y al mundo en una de las fases más dolorosas y *sui generis* que ha vivido la humanidad en los últimos tiempos.

Bibliografía

- AFP. «Brasil: “El número de decesos en el país de 212 millones de habitantes subió a 61.884 el jueves, con los estados de São Paulo y Río a la cabeza. Los contagios treparon a 1.496.858”». 2 de 7 de 2020.
- BARCELÓ, Daniel, Sergio DÍAZ, Javier GARCÍA, y María Elizabeth GUIMARÁES. *COVID-19 y parlamentarismo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.
- CEPAL. *Número 4. Informe Especial COVID-19. [en línea]*. CEPAL, CEPAL. 2020. [Consultado: 04 de 07 de 2020].
- DINA, Eduardo. «Del “Hay que abrazarse. No pasa nada.” al “Como anillo al dedo” Frases de AMLO sobre el COVID-19». *El Universal*, 4 de 4 de 2020.
- DORIA, Paula. «A punta de presión, Claudia López le ganó otro pulso a Duque». *La Silla Vacía*, 1 de 7 de 2020.
- DW. «Grupo ciudadano reporta 2.087 muertes por COVID-19 en Nicaragua». *DW*, 4 de 6 de 2020.

La Razón. «Baviera celebra elecciones municipales a pesar del coronavirus. En: La Razón. Berlín». 15 de 3 de 2020.

LIMA, Lioman. «Elecciones en República Dominicana: quién es Luis Abinader, el “virtual” presidente electo del país». En: *BBC. Mundo.*, 7 de 7 de 2020.

MALAMUD, Carlos, y Rogelio NÚÑEZ. *América Latina: del “exitismo” al pico de la pandemia*. Madrid.: Instituto Elcano, 2020.

MALAMUD, Carlos, y Rogelio NÚÑEZ. *La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad*. Madrid.: Instituto Elcano., 2020.

MIRANDA, Wilfredo. «El Gobierno de Ortega invoca al “amor” y moviliza a sus simpatizantes ante la pandemia». *El País*, 15 de 3 de 2020.

Normativa para la atención de la emergencia del COVID-19. Sistema Único de Información Normativa., 2020.

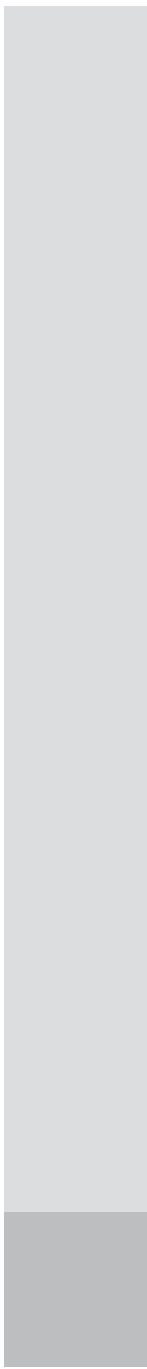
ONU. «El número de pobres en la América Latina puede crecer en 35 millones por el coronavirus COVID-19». 2020.

Revista Semana. «Video: Bolsonaro llama “estiércol” a gobernadores que luchan contra la covid-19». *Semana.*, 22 de 5, de 2020.

VILLADIEGO, Carolina. *Sistemas judiciales durante la pandemia: la experiencia de Sudamérica*. En: *Justicia en las Américas Blog de la Fundación para el Debido Proceso*. Justicia en las Américas Blog de la Fundación para el Debido Proceso, 2020.

Primera parte

Estado de derecho,
equilibrio de poderes,
control político y
emergencia social



I. Ensayos y artículos científicos

CORONAVIRUS Y ACTUALIZACIONES NORMATIVAS DE URGENCIA PARA LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Rubén Martínez Dalmau*
Académico extranjero

Resumen: Si antes de la pandemia del coronavirus el papel de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de los órganos colegiados era ya de interés por parte de la doctrina y, más tímidamente, los decisores normativos, lo cierto es que la crisis provocada por la Covid-19 ha acentuado este interés. Porque muchos ordenamientos jurídicos han tenido que actualizarse con carácter de urgencia para responder a las necesidades provocadas por la crisis. Uno de los temas al respecto más complejo es el del voto electrónico en la participación de los órganos colegiados, por cuanto su uso cuenta con una complejidad particular cuando se trata de parlamentos cuya función principal es la deliberación, argumentación y decisión. Este y otros aspectos relacionados han sido acuciantemente tenidos en cuenta en el marco de la crisis del coronavirus que ha requerido de ajustes normativos con carácter urgente. Se estudia en particular el caso de la Comunidad valenciana, en España.

Palabras clave: Nuevas tecnologías, coronavirus, voto electrónico, órganos colegiados, democracia.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València. Ruben.martinez@uv.es

CORONAVIRUS AND URGENT UPDATES REGULATIONS TO INCORPORATE NEW TECHNOLOGIES INTO THE FUNCTIONING OF THE CORPORATE BODIES

Abstract: Before the coronavirus pandemic, several authors and policy makers were interested in the role of new technologies in the operation of collegiate bodies. The crisis caused by Covid-19 has accentuated this interest. Is the reason why many legal systems have had to be updated as a matter of urgency to respond to the needs caused by the crisis. One of the issues in this regard that requires further analysis is the electronic voting in the participation of collegiate bodies, since its use is particularly complex when it comes to parliaments whose main function is deliberation, argumentation and decision. This and other related aspects have been urgently taken into account in the context of the coronavirus crisis that has required urgent regulatory adjustments. This text is particularly concerned about the Autonomous Community of Valencia, in Spain.

Key words: New technologies, coronavirus, electronic voting, collegiate bodies, democracy

Nuevas tecnologías y participación: el debate en el contexto de la pandemia

La relación entre la potencialidad de las nuevas tecnologías y la participación en los órganos colegiados se ha desarrollado doctrinal y normativamente desde hace décadas, pero sin duda se ha acrecentado a partir de la pandemia mundial de la Covid-19 expandida en 2020. La crisis sanitaria ha acelerado la necesidad de buscar soluciones de urgencia en momentos de confinamiento en los que las medidas sanitarias recomendaban o prohibían la circulación, así como el encuentro con otras personas, salvo por causas justificadas expresamente tasadas por las normas reguladoras de la situación extraordinaria emitidas por el Estado¹. Se trataba de una legislación excep-

¹ En el caso español, el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el (sic) Covid-19*, determinaba que “Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de

cional que forzó la búsqueda de soluciones de urgencia para garantizar el funcionamiento ordinario de los órganos colegiados, en especial cuando la limitada previsión temporal que se preveía en un comienzo se ampliaba progresivamente a medida que avanzaba la pandemia y se intensificaban los esfuerzos del Estado para contener al virus.

En este sentido, durante las últimas décadas había aumentado paulatinamente la literatura sobre el uso en el ámbito de las ciencias sociales de las denominadas tecnologías de la información y comunicación, su relación aun no resuelta con la democracia y los nuevos derechos aparecidos desde la revolución digital², así como sus posibilidades de aplicación en diferentes ámbitos en los que se ejerce poder público³. El análisis doctrinal se realizó principalmente de dos ámbitos: el uso de las nuevas tecnologías con un marco de principios y derechos constitucionalmente establecidos y protegidos, con todas las potencialidades y los riesgos que puede conllevar, y la necesidad de complementación, no siempre fácil, de estas innovadoras situaciones con conceptos y construcciones jurisprudenciales que se consideraban asentadas; y la utilización de las nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia en los trámites de o en las Administraciones Públicas (administración electrónica o, en un concepto más amplio, gobierno electrónico), especialmente en lo que respecta a su relación con los particulares⁴.

Ahora bien; la mayor parte de la doctrina, tanto respecto a la relación entre principios, derechos y nuevas tecnologías como en el marco de la administración electrónica, se ha mostrado más preocupada en proponer solu-

necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.

² Cfr. Martínez Dalmau, Rubén, “Constitucionalismo y democracia ante las nuevas tecnologías de la comunicación y la información”, en Noguera Fernández, Albert (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Tirant, Valencia, 2013.

³ Se sigue a continuación el argumento descrito en Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos diferenciales del uso del voto electrónico en los procesos electorales y en los órganos colegiados”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* nº 25, 2011, págs. 229-245.

⁴ Respecto al primero de los aspectos, uno de los trabajos iniciales fue el de Fernández Esteban, María Luisa, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1998; un estado general de la cuestión sobre la relación entre nuevas tecnologías y derechos, centrado principalmente en la aplicación de las tecnologías al Derecho, puede verse en Roig Batalla, Antonio, *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones*. Bosch, Barcelona, 2011. Sobre el segundo de los aspectos cfr., por todos, Cerrillo i Martínez, Agustí, *Administración electrónica*. Aranzadi, Pamplona, 2007.

ciones en detalle a los diferentes problemas planteados por la aparición y potencialidad de sus riesgos que, de una manera más general, en cuestionarse sobre la necesidad de un cambio general de paradigma producido por la incidencia de las nuevas tecnologías. Es decir, si su alcance podría cuestionar, en esencia, los fundamentos de legitimidad del poder desarrollados principalmente durante los dos últimos siglos o, por el contrario, si la incidencia de las nuevas tecnologías debería circunscribirse a las bases del Estado constitucional tal y como hoy lo conocemos y, en todo caso, facilitar la evolución de una mayor legitimidad democrática del poder⁵. La explicación puede residir en la necesidad de abstracción que requiere el análisis de la incidencia presente o potencial de las nuevas tecnologías en un concepto amplio de sistema político, que incluye los fundamentos democráticos de legitimidad del poder. Análisis que, para ser útil, debería ser capaz de considerar tanto los fundamentos teóricos como las posibilidades reales, actuales o futuras.

Un caso paradigmático es el del voto electrónico. Frente a los avances que se experimentaron a finales del siglo xx y principios del XXI, lo cierto es que el uso del voto electrónico para fines electorales en la última década se ha ralentizado, en especial después de constatar la falta de interés por parte de varias administraciones electorales en la modernización digital⁶ y por el conocimiento público de determinados casos de malas prácticas⁷ o determinadas decisiones jurisprudenciales que plantean acciones aún no

⁵ Al respecto, uno de las aportaciones más relevantes es la de Cotino Hueso, Lorenzo (ed.), *Democracia, representación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Comares, Granada, 2007. En Estados Unidos, varios esfuerzos conceptuales para categorizar teóricamente la democracia electrónica han derivado en el análisis de la influencia de las nuevas tecnologías en la evolución y, en particular, las nuevas dimensiones del poder político. Cfr. Bimber, Bruce, *Information and American Democracy. Technology in the evolution of political power*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁶ Respecto al caso español, cfr. Renui i Vilamala, Josep Maria, “Entre el papel y la red. Evaluación y percepciones sociopolíticas del voto electrónico en España”, en Cotino Hueso, Lorenzo, *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Comares, Granada, 2006.

⁷ El debate tomó nuevas dimensiones en Estados Unidos después de algunas experiencias negativas con amplia repercusión pública; sobre ello, cfr. Álvarez, R. Michael y Hall, Thad E., *Electronic elections. The perils and promises of digital democracy*. Princeton University Press, New Jersey, 2008.

resueltas⁸; en definitiva, hecho que podrían haber empañado un proceso de digitalización de los procesos electorales que parecía imparable y haber desanimado a las administraciones electorales y a los decisores normativos en la apuesta por la modernización tecnológica de los procesos electorales. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros ámbitos públicos donde el uso de las nuevas tecnologías incide en la capacidad de participación, de mejora de la gestión o de la información automática, en el caso del voto se está frente al principal instrumento, que se ha mostrado históricamente insustituible, usado para la toma de decisiones políticas en un sistema democrático. Seguramente esta es la razón por la que la realidad del voto electrónico en el marco de los procesos electorales sigue en manos de experiencias más o menos fructíferas pero en todo caso aún minoritarias⁹.

Las circunstancias han cambiado, sin ninguna duda, ante la situación de crisis mundial experimentada por la Covid-19. Una primera consecuencia será la necesidad de retomar las experiencias de voto electrónico remoto, tímidas por el momento a causa de la mencionada lentitud de la mayor parte de ordenamientos jurídicos en abandonar las formas clásicas de votación en papel, una anomalía impropia de una era digital en la que una gran parte de las gestiones privadas y públicas se realizan electrónicamente¹⁰. La enorme potencialidad del uso de los medios digitales para propiciar el voto electrónico está aún en su mayor parte desaprovechada salvo algunos avances particulares como las consultas y elecciones en determinados partidos políticos para la elección de sus cargos internos, candidatos a las

⁸ Cfr. Driza Maurer, Ardita y Barrat, Jordi, *E-Voting Case Law. A comparative Analysis*. Ashgate, UK, 2015.

⁹ Puede consultarse un catálogo de experiencias en este sentido en Téllez Valdés, Julio Alejandro, *Voto electrónico, Derecho y otras implicaciones*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, págs. 256 y ss. Sobre los avances que se produjeron en el uso electoral del voto electrónico, cfr. Reniu Vilamala, Josep Maria (ed.), *E-Voting: The Last Electoral Revolution*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2008. Respecto a los diferentes sistemas comparados de votación electrónica desde una perspectiva técnica, cfr. Sanjay Kumar, "Analysis of electronic voting system in various countries". *International Journal of Computer Science and Engineering* vol. 3, nº5, mayo 2011, pp. 1825-1830.

¹⁰ En general, cfr. Barrat, Jordi (coord.), *El voto electrónico y sus dimensiones jurídicas: entre la ingenua complacencia y el rechazo precipitado*. Iustel, Madrid, 2016.

elecciones o decisiones particulares¹¹. Sería lógico un gran paso adelante y el impulso definitivo de los Estados hacia el voto electrónico como herramienta de prevención de crisis sanitarias o para que sucesos como la pandemia mundial sufrida mitiguen sus efectos más perjudiciales.

La deliberación y la decisión como elementos fundamentales de los órganos colegiados: las nuevas tecnologías y los efectos de la pandemia

Con todo, el uso electoral del voto electrónico no responde, por su naturaleza, a la urgencia de la pandemia sufrida, por lo que los cambios que se introduzcan a partir de ella ocuparán un tiempo más pausado. Pero respecto a los procedimientos de deliberación de los órganos colegiados la situación es diferente, porque las distintas administraciones tuvieron que reaccionar en el marco de la situación de excepcionalidad que se vivía y tomar decisiones con la urgencia del caso para amortiguar los efectos del coronavirus y mantener o reanudar la actividad de dichos órganos. El contexto de crisis aceleró la puesta en marcha de una serie de medidas electrónicas, sustentadas en la correspondiente normatividad, y en muy poco tiempo vieron la luz procedimientos excepcionales de deliberación y toma de decisiones respecto a los cuales hasta la crisis habían experimentado resistencias. Procedimientos que, con toda seguridad a la vista de la evolución de la pandemia, llegaron para desarrollarse, perfeccionarse y quedarse.

Debemos tener en cuenta que ya en la doctrina se había puesto de manifiesto la diferencia entre el uso del voto electrónico en los procesos electorales y en los procesos de deliberación y decisión de los órganos colegiados¹². La principal diferencia, más allá de la procedimental, entre la participación

¹¹ Pueden consultarse los avances en este sentido en Barrat, Jordi y Pérez-Moneo, Miguel, *La digitalización de los partidos políticos. El uso del voto electrónico*. Aranzadi, Navarra, 2019. El impulso de los procesos electrónicos para facilitar la participación ha fomentado el surgimiento de proyectos especializados, en particular tras de la demanda de mejores instrumentos participativos que se manifestaron en movimientos sociales como el 15M. Un caso particular puede verse en Martínez Dalmau, Rubén, «Política i participació electrònica: el cas d'Agora Voting/nVotes», en Barrat, Jordi (ed.), *Votacions electròniques: Una eina de gestió pública per a la millora de la qualitat democràtica i la participació política*. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2018.

¹² Cfr. Martínez Dalmau, "Aspectos diferenciales ..." *cit.* págs. 235 y ss.

electoral y la naturaleza participativa que tiene lugar en los órganos colegiados está referida a la forma como esta participación se materializa. En el marco de unas elecciones, el rol desempeñado por cada ciudadano es difuso con carácter anterior la conformación de la decisión, y concentrado en el momento de la votación; éste es, finalmente, el determinante a la hora de tomar la decisión, sea respecto a una consulta o para la elección de cargos públicos. Una sociedad democrática otorga libertad para decidir el grado de participación política preelectoral, medios para que esta participación se realice, y garantías de cara a la transparencia y fiabilidad de los resultados finales a través del voto. Pero el grado de involucración del elector durante el proceso depende ampliamente de su voluntad, y no se le puede exigir formas de participación diferentes a las que entienda libremente que debe o quiere asumir.

En el caso de los órganos colegiados con funciones de decisión política, la naturaleza de la función de sus miembros es diferente. La decisión de la persona tiene lugar en un debate concreto dentro de un contexto personalizado, generalmente representativo. Como afirma Barrat, simplificar la función parlamentaria y reducirla a una simple votación desnaturaliza la esencia de los parlamentos, que sólo se comportan de forma genuina cuando la votación es el fruto de un debate previo donde todos los diputados han podido contrastar sus ideas. Votar debe ser, en definitiva, el resultado final de una labor conjunta, lo que sólo puede conseguirse de forma presencial o quizás en videoconferencia, pero nunca exclusivamente con el voto a distancia¹³. Por tanto, la deliberación y la argumentación forman parte de una fase principal e irrenunciable en la constitución de la resolución que se expresará a través del voto. Y esto es así aun cuando en la actualidad los parlamentos están estructuralmente ordenados por grupos parlamentarios conformados según la voluntad de partidos políticos. Estos no pueden proclamarse colegiadamente en sustitutos de la decisión personal, puesto que significaría desvirtuar el carácter esencialmente personal de decisión o de la representación por un carácter orgánico; es decir, por

¹³ Barrat i Esteve, Jordi, “Vot electrònic i òrgans col·legiats. El cas de les Corts Valencianes”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 21, 2009, p. 132.

un sistema alejado de la democracia constitucional¹⁴. La responsabilidad del miembro del órgano colegiado, en particular si ha sido elegido por los ciudadanos, no es exclusivamente emitir su voto, sino coadyuvar en la formación de la decisión colectiva. Y, por esa razón, sus cauces de participación están dirigidos desde la iniciativa hasta la decisión final, pasando por el análisis y el argumentario propios de la deliberación democrática. A lo que cabe añadir razones de control democrático y de decisión popular, como el seguimiento de los debates por parte de la ciudadanía, el papel de los medios de comunicación y las posibles conclusiones que todo ello represente de cara la formación democrática y a la decisión en futuras elecciones. En definitiva, sin un debate suficiente con participación activa de los miembros del órgano colegiado que decante la votación dejaríamos de estar en presencia de una decisión democrática para encontrarnos ante una resolución orgánica.

La cuestión es aún si cabe más importante en los parlamentos. Por un lado, aunque el parlamento no ha sido históricamente una institución homogénea, sí ha contado con un elemento común a lo largo de su trayectoria como institución desde sus orígenes medievales: la función representativa¹⁵. Aunque los sujetos representados y las formas de representación han cambiado, lo cierto es que sigue siendo su principal función hoy en día que se le reconoce incluso en el marco de la actual crisis de la función parlamentaria. Por otro lado, la argumentación y la deliberación es –al menos debería ser– el origen y fundamento de la decisión adoptada por el parlamento; esa es la razón última de los debates parlamentarios, de las intervenciones y de los procedimientos deliberativos que se realizan tanto en la función de control al gobierno como en la legislativa o de designación. Es cierto, cabe insistir, que el Estado de partidos y la hegemonía de los grupos parlamentarios en la composición y funcionamiento de los

¹⁴ Lo cual en nuestro ordenamiento jurídico llevó a una parte de la doctrina a afirmar que cualquier práctica parlamentaria que contradijera la personalización e indelegabilidad del voto de los parlamentarios sería inconstitucional. Cfr. García-Atance García, María Victoria, “La indelegabilidad del voto y la junta de portavoces”. *Revista de Derecho Político* n. 36, 1992, pp. 405 y ss.

¹⁵ Cfr. Martínez Dalmau, Rubén, “Parlamento, representación y soberanía”, en AA.VV., *Una vida dedicada al Parlamento. Estudios en Homenaje a Lluís Aguiló i Lúcia. Corts valencianes*, Valencia, 2019, pp. 347-356.

partidos ha alterado la clásica deliberación liberal basada en la razón de los individuos, pero también lo es que si sacrificamos sin más el fundamento argumentativo y deliberativo en la naturaleza de los parlamentos entraríamos automáticamente a cuestionar la misma existencia de los parlamentos contemporáneos, lo que requeriría un mayor análisis que el propuesto en el objeto de este trabajo.

Por último, el hecho intrínseco a la naturaleza de la representación, propia de los parlamentos democráticos, y de la personalización de la decisión política en el parlamentario, imposibilita los supuestos de voto orgánico; el voto personal se constituye así como un principio del derecho comparado¹⁶. El carácter personal de la representación parlamentaria, por ejemplo, limita la posibilidad de delegación, y sólo la sustitución por parlamentarios suplentes electos junto al principal, común en Derecho comparado pero inexistente en la legislación española, parece atajar los problemas de la representación. En el fundamento de la indelegabilidad del voto y las restricciones en la suplencia se encuentra la confianza política depositada en la persona, que no admitiría en el marco democrático una cesión en una persona diferente a la electa. Lo que, sumado a los elementos que perfilan el debate colegiado y que ya se han apuntado, obliga a que la decisión no solo descansa en la manifestación de la voluntad personal, sino que se construya desde el debate democrático. Es decir, personalidad y presencia han sido dos características ineludibles en la decisión de los órganos colegiados con funciones de representación política, lo que impide la ausencia de deliberación y ha dificultado la incorporación de procedimientos remotos de votación, en todo caso extraordinarios¹⁷.

En el caso del procedimiento de votación en los órganos colegiados una de las opciones planteadas para solventar la no presencia del miembro correspondiente en el órgano colegiado ha sido el uso de procedimientos

¹⁶ Cfr. García-Escudero Márquez, Piedad, “Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 24, 2010, pp. 84-91.

¹⁷ Con independencia de las limitaciones constitucionales y estatutarias previstas en el ordenamiento jurídico español. Sobre las primeras, cfr. García-Atance, *cit.* págs. 401 y ss; respecto a los estatutos de autonomía, cfr. De Miguel Bárcena, Josu, “La personalidad e indelegabilidad del voto y las reformas de los Reglamentos de los parlamentos autonómicos”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 90, 2010, pp. 149-169.

a distancia, de forma telemática. Este voto no presencial, por ejemplo, ha sido recogido en buena parte de los reglamentos parlamentarios autonómicos españoles: el andaluz, por procedimientos telemáticos en caso de paternidad o maternidad y de enfermedad prolongada; el canario y el extremeño, para casos similares, utilizando los procedimientos dispuestos por las Mesas; o las Corts valencianes, que también en supuestos parecidos pueden habilitar un sistema de videoconferencia y otras formas técnicas adecuadas para garantizar el ejercicio del voto¹⁸. Pero las fórmulas del voto no presencial están normadas de forma limitada y para casos particulares, como el permiso parental o enfermedad larga¹⁹, lo que demuestra su consideración como situación excepcional; aun así, no han estado exentas de problemas a la hora de aplicarse en la realidad²⁰. No puede, por lo tanto, dejar de considerarse un hecho excepcional.

Cuestión diferente es el debate sobre la *presencialidad* en las reuniones de los órganos colegiados para cumplir con la función deliberativa y argumentativa. No era habitual que las reuniones realizadas a través de la *presencialidad virtual* –entendida como la reunión del órgano colegiado formalmente convocado y constituido en la que sus miembros están presentes de manera sincrónica en el tiempo, pero interactúan a través de diferentes medios telemáticos– estuvieran previstas en las normas reguladoras de los procedimientos de dichos órganos, ni en los Ejecutivos –aunque por sus funciones pudieran parecer más proclives a ello– ni en los Legislativos. Y es en este campo donde la pandemia nos ha aportado interesantes novedades: en los lugares más distantes cuya vida se ha visto afectada por el virus y las medidas sanitarias han determinado el alejamiento personal, la conclusión común ha sido que los ordenamientos

¹⁸ En general, cfr. García-Escudero, “Voto parlamentario...” *cit.* pp. 97 y 98.

¹⁹ Una posición argumentada al respecto puede verse en Sevilla Merino, Julia, y Soriano Hernández, Enrique, “El voto no presencial de Sus Señorías”. *La Ley* n° 7110, 2009, pp. 1-6.

²⁰ Es conocido, en particular, el caso valenciano de 2008, donde la coincidencia de determinadas incidencias técnicas y la disfunción del voto entre la decisión de un grupo político y una parlamentaria del mismo grupo, llevó a la inaplicación del procedimiento de voto por correo electrónico. Cfr. Martínez Corral, Juan Antonio y Visiedo Mazón, Francisco J., “Nota sobre la articulación de un procedimiento en les Corts Valencianes para posibilitar el voto a distancia de una diputada durante el permiso maternal”. *Asamblea* n° 20, 2009, págs. 339-348. Un análisis teórico sobre el supuesto valenciano puede verse en Barrat, “Vot electrònic...” *cit.*

jurídicos debían actualizarse con urgencia para prever mecanismos que facilitaran su funcionamiento. Es cierto que en algunos casos se optó por la suspensión temporal de las funciones; pero a medida que se confirmaba la incertidumbre sobre la extensión temporal del virus, se tomaban medidas destinadas a reanudar las funciones en el contexto de la crisis tanto en los gobiernos como en los parlamentos.

Nos encontramos, por lo tanto, ante el inesperado surgimiento de un abanico de actualizaciones normativas realizadas con carácter de urgencia y en un marco extraordinario. Todo parece indicar que este avance normativo impelido por la situación deberá ser mejorado y rectificado en un futuro, pero la decisión parece que haya venido para quedarse: la *presencialidad virtual*, después de la experiencia del confinamiento a causa del coronavirus, es ya un procedimiento válido para la deliberación y la toma de decisiones en una gran parte de ordenamientos jurídicos.

Las actualizaciones de urgencia a causa de la crisis: el caso de las instituciones valencianas

Este ha sido el caso de algunas instituciones de la Generalitat valenciana. La necesidad de actuar imperiosamente para hacer frente a los requerimientos de las nuevas condiciones de distanciamiento social, prevención y evitación de las aglomeraciones causadas por la pandemia y por el Estado de alarma apremió a los poderes públicos a buscar soluciones que debían pasar por la modificación con carácter de urgencia de la normativa aplicable. En el caso del Gobierno de la Comunitat valenciana (Consell) esta incorporación se realizó en el Decreto 37/2020, de 20 de marzo, sobre funcionamiento telemático de los órganos de gobierno de la Administración de la Generalitat²¹. En este Decreto se hace referencia a que desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunitat valenciana²² y la “lejana” Ley del Consell²³ que regula la composición, las funciones y el funcionamiento del Ejecutivo valenciano, la técnica ha avanzado hasta permitir “en un marco seguro, la realización de reuniones y conferencias, y la implantación de procesos co-

²¹ Diario Oficial de la Generalitat Valenciana nº 8768, de 23 de marzo de 2020.

²² Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, reformada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril.

²³ Ley 5/1983, de 30 de diciembre.

laborativos la utilización de los cuales no se previó expresamente”. Por otro lado, se hace expresa mención a la situación que provocó la nueva regulación: “la actual situación de emergencia creada por la pandemia de el (*sic*) Covid-19”, que “obliga a adoptar las medidas necesarias para garantizar la viabilidad de la acción de gobierno, en sus diferentes niveles, y la seguridad jurídica del proceso de toma de decisiones”.

En el artículo único del Decreto, “Funcionamiento telemático de los órganos de gobierno de la Administración de la Generalitat”, se determina que las reuniones ordinarias del Consell, sus comisiones delegadas, la Comisión de Secretarías Autonómicas y Subsecretarías, y los órganos colegiados de gobierno de los departamentos y organizaciones de la Administración de la Generalitat, serán presenciales. Pero que “excepcionalmente, cuando las circunstancias así lo aconsejen o en situaciones de crisis, la presidencia de estos órganos colegiados podrá decidir motivadamente que se reúnan, deliberen, adopten acuerdos y aprueben actas de manera telemática siempre que quede acreditada la identidad de las personas participantes, la sesión se celebre en tiempo real, y se dispongan los medios necesarios para garantizar el secreto o reserva de las deliberaciones”. Se prevé por otra parte que en estas reuniones telemáticas “todas o parte de las personas integrantes de estos órganos puedan asistir a las mismas telemáticamente, y el resto de manera presencial”. En la disposición adicional se determina qué entiende el Decreto por medios telemáticos: las audioconferencias y las videoconferencias.

Como era previsible, mayor problema ofreció el caso del parlamento autonómico por su carácter colectivo, su naturaleza representativa y su función deliberativa. Cabe insistir en que es el parlamento el que ejerce, con el juego de las diferentes mayorías, la plena función legislativa y de control al Gobierno, por lo que la naturaleza representativa aboga por la presencialidad de la colectividad parlamentaria tanto en la participación en sus sesiones como en el voto final. El caso del parlamento autonómico valenciano (Corts valencianes) es paradigmático, y las dificultades de adaptarse a la situación de crisis causada por la Covid-19 fueron evidentes. En un primer momento se optó por la suspensión de la actividad parlamentaria²⁴

²⁴ Acuerdo sobre la suspensión del actual periodo de sesiones y otras medidas de aplicación consecuencia del estado de alarma a la actividad de la Cámara, de 19 de marzo de 2020. Butlletí Oficial de les Corts valencianes 71/X, 20 de marzo de 2020.

y la reducción al mínimo de la presencia de personas en las instalaciones de las Corts a través de la suspensión del período ordinario de sesiones, pasando la Diputación Permanente a velar por los poderes de la Cámara, y se adoptó la Resolución de Presidencia de carácter general 1/X, de 17 de abril de 2020²⁵, sobre la ampliación de supuestos de voto a distancia en las sesiones de la Diputación Permanente durante la declaración del estado de alarma. Pero a medida que avanzaba la crisis y no se preveía una solución rápida de la pandemia se plantearon fórmulas para regresar paulatinamente a la actividad parlamentaria, aunque de manera limitada y consecuente con la situación de excepcionalidad. El Acuerdo 655/X de la Mesa de les Corts valencianes de 5 de mayo de 2020²⁶ retomaba el periodo de sesiones y se establecían las medidas de protección y seguridad para el desarrollo de la actividad parlamentaria.

A raíz de la crisis se emitieron una serie de resoluciones por parte del parlamento valenciano con el objetivo de dar respuesta a la situación de excepcionalidad. En la resolución de la Presidencia de carácter general de les Corts valencianes 2/X, de 12 de mayo de 2020²⁷ se hacía referencia al marco establecido por el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020 y se limitaba la asistencia a las sesiones plenarias a los cinco miembros de la Mesa y dieciocho parlamentarios que representarían proporcionalmente a los seis grupos parlamentarios, y que podían alternarse en los sucesivos puntos del orden del día pero sin que la presencia global superara veintitrés parlamentarios de un pleno formado por noventa y nueve diputados. Se recomendaba una menor presencia de los miembros del Gobierno, aunque no se limitaba su acceso. La resolución preveía una compleja fórmula de votación por parte de los diputados que no acudieran presencialmente a la sesión parlamentaria ni pudieran conectarse por una aplicación; en este caso se ofrecía la posibilidad del voto a distancia para lo cual se habilitaba el envío de correos electrónicos a la Secretaría General de la institución, prohibiendo la votación a distancia para el voto secreto. En la resolución de la Presidencia de les Corts valencianes de 19 de mayo de 2020 se corrigió afortunadamente el complejo sistema de votación y se aplicó el voto

²⁵ Butlletí Oficial de les Corts valencianes 74/X, 21 de abril de 2020.

²⁶ Butlletí Oficial de les Corts valencianes 76/X, 8 de mayo de 2020.

²⁷ Butlletí Oficial de les Corts valencianes 78/X, 19 de mayo de 2020.

ponderado para la toma de decisiones, que sería ejercido por la síndica o el síndic (portavoz del grupo parlamentario), lo cual entra en colisión con el carácter personal de la representación en el parlamento al que ya se ha aludido. Por otro lado, la resolución reiteraba la limitación de la presencialidad de los diputados, y se impedía la presencia de personas invitadas y de medios de comunicación; para suplir la falta de medios de comunicación se ofrecían recursos audiovisuales a través de los servicios del propio parlamento y los de la televisión pública valenciana, ÀPunt.

En definitiva, tanto el Gobierno valenciano como, aunque con mayores variaciones y dificultades, el Parlamento, reaccionaron con celeridad a la situación de crisis experimentada. La incertidumbre y la necesidad perentoria del Consell de gestionar la crisis al tiempo que se mantenía el resto de funciones incidieron en que las actualizaciones normativas fueran más aceleradas. En el caso más dubitativo de les Corts sigue sin resolverse la cuestión principal: cómo asegurar en circunstancias excepcionales la función presencial de deliberación y decisión y la participación personal en un órgano de carácter representativo cuyo funcionamiento de cimiento justamente en la presencialidad de las diputadas y los diputados electos democráticamente para desarrollar esa función.

Consideraciones finales

Los desafíos de las nuevas tecnologías han tomado una dimensión diferente a raíz de la crisis de la Covid-19 y las actualizaciones de urgencia que han surgido en el marco de la excepcionalidad. En el caso del voto electrónico en los procesos electorales aún están por ver las consecuencias de la pandemia, aunque la situación pareciera recomendar un avance en los esfuerzos de modernización de los procesos por parte de las administraciones electorales y los decisores políticos. Por otro lado, los procedimientos para las deliberaciones y la toma de decisiones de los órganos colegiados han experimentado, como tantos otros ámbitos de la sociedad, cambios que han sido producto de la situación de crisis que ha padecido la humanidad. Y estos cambios apuntan todos hacia el mismo lugar: el desarrollo de medios tecnológicos y de regulaciones normativas que permitan una *presencialidad virtual* en el funcionamiento de los órganos colegiados tanto en los procesos de deliberación y argumentación como en la toma de decisiones.

La celeridad con la que tuvieron que instalarse los medios audiovisuales y actualizarse las regulaciones normativas, muchas de las cuales permanecían inmodificadas desde tiempos pre-digitales, recomiendan sin duda una reflexión más profunda y requerirán de reajustes y desarrollos posteriores. Aún no tenemos respuesta a varias preguntas que surgen a raíz de la experiencia de la participación telemática en los órganos colegiados; por ejemplo, cómo asegurar que ninguna persona más fuera del alcance de los medios audiovisuales esté presente en la reunión del órgano colegiado, o cómo garantizar el secreto de las deliberaciones y las votaciones cuando existen medios electrónicos para grabar las intervenciones y los sentidos del voto de los miembros que participan en el órgano colegiado. Se trata, con todo, de cuestiones accesorias sobre cuya reflexión obtendremos sin duda una mejora en los procedimientos que repercutirá favorablemente en el uso de las nuevas tecnologías para el funcionamiento de los órganos colegiados.

Pero no cabe duda de que la situación es diferente, y los desafíos distintos, según la naturaleza de los órganos colegiados a tener en cuenta. En el caso de los órganos de gobierno, sin ninguna duda las facilidades para la implementación de las nuevas tecnologías y de la presencialidad virtual son mayores: sus funciones están destinadas principalmente a la gestión y su función representativa es atenuada o nula. En el caso de los parlamentos, la propia naturaleza representativa de sus funciones dificulta la potencialidad de las nuevas tecnologías, aunque el reto sigue presente.

En definitiva, la pandemia mundial ha acelerado los procesos telemáticos de toma de decisiones y su regulación normativa, ha confirmado a través de la experiencia la posibilidad real de la presencialidad virtual en el funcionamiento de los órganos colegiados, y ha planteado nuevos retos presentes y futuros en el uso de las nuevas tecnologías en las democracias avanzadas. Es el momento de avanzar en propuestas que articulen respuestas a estos recién llegados desafíos.

Bibliografía

ÁLVAREZ, R. Michael y HALL, Thad E. *Electronic elections. The perils and promises of digital democracy*. Princeton University Press, New Jersey, 2008.

- BARRAT I ESTEVE, Jordi. “Vot electrònic i òrgans col·legiats. El cas de les Corts Valencianes”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 21, 2009, págs. 125-138.
- BARRAT I ESTEVE, Jordi (coord.). *El voto electrónico y sus dimensiones jurídicas: entre la ingenua complacencia y el rechazo precipitado*. Iustel, Madrid, 2016.
- BARRAT I ESTEVE, Jordi y Pérez-Moneo, Miguel. *La digitalización de los partidos políticos. El uso del voto electrónico*. Aranzadi, Navarra, 2019.
- BIMBER, Bruce. *Information and American Democracy. Technology in the evolution of political power*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. *Administración electrónica*. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- COTINO HUESO, Lorenzo (ed.). *Democracia, representación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Comares, Granada, 2007.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. “La personalidad e indelegabilidad del voto y las reformas de los Reglamentos de los parlamentos autonómicos”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 90, 2010, pp. 149-169.
- DRIZA MAURER, Ardita y BARRAT, Jordi. *E-Voting Case Law. A comparative Analysis*. Ashgate, UK, 2015.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- GARCÍA-ATANCE GARCÍA, María Victoria. “La indelegabilidad del voto y la junta de portavoces”. *Revista de Derecho Político* n. 36, 1992, pp. 399-406.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, “Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 24, 2010, pp. 84-91.
- MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio y VISIEDO MAZÓN, Francisco J. “Nota sobre la articulación de un procedimiento en les Corts Valencianes para posibilitar el voto a distancia de una diputada durante el permiso maternal”. *Asamblea* n° 20, 2009, pp. 339-348.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “Aspectos diferenciales del uso del voto electrónico en los procesos electorales y en los órganos colegiados”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 25, 2011, pp. 229-245.

- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “Constitucionalismo y democracia ante las nuevas tecnologías de la comunicación y la información”, en Noguera Fernández, Albert (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Tirant, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, «Política i participació electrònica: el cas d’Agora Voting/nVotes», en Barrat, Jordi (ed.), *Votacions electròniques: Una eina de gestió pública per a la millora de la qualitat democràtica i la participació política*. Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2018.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “Parlamento, representación y soberanía”, en AA.VV., *Una vida dedicada al Parlamento. Estudios en Homenaje a Lluís Aguiló i Lúcia. Corts valencianes*, Valencia, 2019, pp. 347-356.
- RENIU I VILAMALA, Josep Maria. “Entre el papel y la red. Evaluación y percepciones sociopolíticas del voto electrónico en España”, en Cotino Hueso, Lorenzo, *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Comares, Granada, 2006.
- RENIU VILAMALA, Josep Maria (ed.), *E-Voting: The Last Electoral Revolution*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2008.
- ROIG BATALLA, Antonio, *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones*. Bosch, Barcelona, 2011.
- SANJAY, Kumar. “Analysis of electronic voting system in various countries”. *International Journal of Computer Science and Engineering* vol. 3, nº5, mayo 2011, pp. 1825-1830.
- SEVILLA MERINO, Julia. y SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique. “El voto no presencial de Sus Señorías”. *La Ley* nº 7110, 2009, pp. 1-6.

APORTES DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS FRENTE A UNA SITUACIÓN DE PANDEMIA COMO LA COVID-19

Ricardo Abello-Galvis*
Académico correspondiente

Resumen: El presente artículo busca resaltar aquellos trabajos que ha realizado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas –CDI– en el marco de sus funciones de positivización y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Estas normas serán de gran utilidad en el marco de las relaciones jurídicas interestatales que se han venido generando y que han sido fuente de diferencias como consecuencia de la pandemia generada por la COVID-19. En este sentido, se analizan las normas pertinentes de dos proyectos de la CDI como son el de *Protección de las personas en caso de desastre* y el de *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.

Palabras clave: Comisión de Derecho Internacional, COVID-19, Derecho Internacional, Protección de las personas en caso de desastre, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, normas imperativas, *ius cogens*, crímenes, delitos.

* Profesor Principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Miembro del Grupo Nacional ante la Corte Permanente de Arbitraje - CPA (2014 – 2025), Agente de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva No. 23-17), Director / Editor del ACIDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Abogado de la Universidad del Rosario, DES (Maestría) del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra – Suiza; Expresidente de ACCOLDI – Academia Colombiana de Derecho Internacional; Expresidente del Colegio de Abogados Rosaristas; Miembro de IHLADI – Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Correo electrónico: ricardo.abello@urosario.edu.co.

CONTRIBUTIONS OF THE UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION IN THE FACE OF A PANDEMIC SITUATION LIKE COVID-19

Abstract: This article analyses the work of the International Law Commission –ILC– related to his codification and progressive development of International Law, specifically those related to Protection of persons in the event of disasters and the Responsibility of States for internationally wrongful acts. These norms shall be extremely useful within the framework of interstate juridical relations which will be generated out of disputes that may arise as a consequence of the Pandemic created by COVID-19.

Key words: International Law Commission, COVID-19, International Law, Protection of persons in the event of disasters, Responsibility of States for internationally wrongful acts, *force majeure*, distress, necessity, peremptory norms, *ius cogens*, crimes, delicts.

Introducción

El año 2020 llegó enmarcado por la declaración de pandemia, realizada por la OMS el 11 de marzo¹ como consecuencia del virus COVID-19 que atacó la ciudad de Wuhan, en China, y que llevó a que el Gobierno chino “cerrara” esta ciudad de once millones de habitantes, el 22 de enero de 2020².

La ciudad de Wuhan es la capital automotriz de la China, en consecuencia empresas como Renault³, han sido deslocalizadas allí. En este sentido, es una ciudad con un amplio movimiento migratorio hacia y desde Europa.

Ahora bien, el Derecho Internacional no se había preparado para una situación tan compleja como la que se ha vivido a lo largo del año 2020. En este sentido, varios proyectos de tratados son de mucha utilidad en aras de materializar la realidad de las relaciones jurídicas internacionales que se

¹ Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. (Revisado el 8 de junio de 2020).

² https://elpais.com/sociedad/2020/01/22/actualidad/1579676709_778396.html, (Revisado el 1 de junio de 2020).

³ <https://www.eltiempo.com/mundo/asia/empresas-vuelven-a-operar-en-wuhan-el-epicentro-del-coronavirus-471510>, (Revisado el 1 de junio de 2020).

han visto alteradas como consecuencia de la pandemia. En este sentido, los diferentes trabajos de la CDI serán de una gran utilidad para establecer, regular y resolver los diferendos que van a surgir como consecuencia de la coyuntura que estamos viviendo, dejando en claro que no hay un único texto que regule una situación tan compleja como la actual.

De acuerdo con lo anterior, el presente estudio se centrará especialmente en dos de los proyectos elaborados por la Comisión, como son, en primer lugar, el de *Protección de las personas en caso de desastre* cuyo Relator Especial fue, nuestro compatriota, el colombiano Eduardo Valencia-Ospina y, en segundo lugar, el de *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, cuyo último Relator Especial fue el australiano y hoy juez de la Corte Internacional de Justicia, James Crawford.

Protección de las personas en caso de desastre; Relator Especial Eduardo Valencia Ospina de Colombia. Artículos aprobados en el año 2016

Este proyecto fue incluido por la Comisión en su agenda de trabajo en el año 2007 y los artículos fueron aprobados en el año 2016. Este trabajo estuvo a cargo de Eduardo Valencia-Ospina que fue el único Relator del tema⁴. Así mismo, es claro que, como es la función de la Comisión de Derecho Internacional, este proyecto reúne positivización de normas consuetudinarias, así como desarrollo progresivo del mismo.

El proyecto, aunque fue ideado para resaltar las obligaciones estatales frente a la importancia de la cooperación y la solidaridad como consecuencia de “la frecuencia y la gravedad de los desastres naturales y los causados por el hombre, y sus efectos perjudiciales, que han suscitado la preocupación de la comunidad internacional”, consideramos que la actual pandemia se enmarca en los términos señalados por el proyecto, tal y como lo analizaremos a continuación.

⁴ Asamblea General, Septuagésimo primer período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/71/10); “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016”, pg. 23. Documento revisado el 13 de mayo de 2020: <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2File%2Freports%2F2016%2Fspanish%2Fchp4%2Epdf&lang=EFSSRAC&referer=http://legal.un.org/cod/>, (Revisado el 1 de junio de 2020).

En este sentido, el artículo 3 del proyecto establece lo siguiente:

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) por “desastre” se entiende un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad.

Así mismo, aunque el artículo no señala una pandemia como situación de desastre, si creemos que una situación como la que estamos viviendo por la COVID-19, si se enmarca claramente en los términos de éste artículo, sobre todo, teniendo en cuenta que los ejemplos a los que hace referencia el Relator Especial son considerados enunciativos y no taxativos. Sin embargo, el proyecto señala en los comentarios que se guio en esta sección del artículo de las definiciones del Convenio de Tampere, así como la dada por el *Institut de Droit International* en su sesión de Brujas del año 2003. Esto es supremamente significativo en la medida que en este documento el Relator Especial, Budislav Vukas, al momento de ejemplificar lo que puede ser una “catástrofe” o desastre⁵ de origen natural señaló que estos pueden ser “temblores⁶, erupciones volcánicas, tempestades, fuertes lluvias, inundaciones, deslizamientos de tierra, sequía, incendios, hambre, hambruna o epidemias”⁷ (El resaltado es nuestro).

Podemos deducir de forma clara que, en la medida que el proyecto de la CDI buscó seguir la definición dada por el *Institut de Droit International*, en el que se hace referencia a las epidemias, con mayor razón se debe in-

⁵ Idiomáticamente el alcance de estos dos terminos pueden ser asimilados al tener en cuenta el objeto y fin de cada uno de los instrumentos en los diferentes idiomas de Naciones Unidas.

⁶ En francés la palabra “tremblement de terre” hace referencia tanto a los temblores como los terremotos.

⁷ Institut de Droit International; Resolución sobre Asistencia humanitaria, Reunion de Brujas (Bélgica), 2003. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_03_fr.pdf, pg. 3. (Revisado el 1 de junio de 2020).

terpretar que incluye las pandemias, pues la idea del proyecto de la CDI era abarcar también este tipo de fenómenos.

Así mismo, el proyecto sobre *Protección de las personas en caso de desastre* hace referencia a las garantías que los Estados deben mantener en todo momento hacia los individuos. En este sentido, el artículo 4 señala que “la dignidad inherente al ser humano se respetará y protegerá en caso de desastre”; el artículo 5 a su vez establece que “las personas afectadas por los desastres tienen derecho a que se respeten y protejan sus derechos humanos de conformidad con el Derecho Internacional” y el 6 que “la respuesta a los desastres se llevará a cabo de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables”.

Ahora bien, estas garantías de protección de los derechos humanos deben ir de la mano por lo señalado por los artículos que sobre la materia han sido ratificados por los Estados y en los que los sistemas regionales juegan un rol fundamental de protección y de defensa de estos derechos. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocido como el Pacto de San José, establece en su artículo 27 que puede haber “Suspensión de Garantías” cuando sea necesario tomar medidas excepcionales por un tiempo limitado y previa notificación a los demás Estados parte por intermedio del Secretario General de la Organización de Estados Americanos – OEA. Sin embargo, hay derechos que no pueden suspenderse, como son el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”⁸. Sería

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27: SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones

interesante que se publicara qué Estados parte del Pacto de San José han cumplido con esta obligación.

Por otro lado, queremos referirnos a los artículos 7 y 8 del proyecto que desarrollan la obligación que tienen los Estados de cooperar en este tipo de situaciones. Así, estos establecen que “en la aplicación del presente proyecto de artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, con las Naciones Unidas, con los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y con otros actores que presten asistencia” y las formas de “la cooperación en la repuesta a los desastres incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos”.

Sin lugar a dudas, la actual pandemia de la COVID-19 nos ha mostrado hasta la saciedad la necesidad de que haya un trabajo conjunto y mancomunado entre los Estados. Este tipo de lucha frente a un virus que ha demostrado ser de fácil contagio, requiere que se tomen medidas claras, oportunas y eficaces para evitar la propagación del mismo. En este sentido, este deber de cooperación, se vuelve fundamental en las relaciones interestatales.

contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; aprobado por Resolución de la Asamblea General en el año 2001 (AG/56/83)

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas trabajó durante cuarenta y cinco años este proyecto sobre *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* y cuyo último Relator Especial fue el australiano, y hoy juez de la Corte Internacional de Justicia, James Crawford. En efecto, es por medio de la Resolución 799 (VII) de 1953 que “se le encarga a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) que, como es su función, se ocupe de identificar las normas consuetudinarias existentes sobre el tema; así como su desarrollo progresivo a la luz del Derecho Internacional”. Finalmente, la Comisión lo aprobó en el año 2001 y la Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó por medio de la Resolución 56/83⁹.

En el proyecto se dedica el capítulo V a las circunstancias que excluyen la ilicitud, aquí vemos la opción, como lo señala el argentino Julio Barboza, de “convertir en lícita una conducta que de otro modo sería ilícita, y no simplemente el desproveer de consecuencias a un hecho que continúa siendo ilícito”¹⁰, o como lo señala el Relator Especial, estas circunstancias su efecto no es el de anular o extinguir la obligación, más bien constituye un hecho que justifica, una excusa, del incumplimiento mientras persisten las circunstancias que llevaron al Estado a actuar en ese sentido¹¹.

Ahora bien, en el presente artículo pretendemos mostrar como la actual coyuntura puede llevar a los Estados a invocar diferentes causas de exclusión de la ilicitud para justificar algunas de sus actuaciones cuando estas sean contrarias al Derecho Internacional. En este sentido, consideramos

⁹ ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Responsabilidad del Estado por el hecho Internacionalmente Ilícito; la aplicación y desarrollo del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional – CDI de la Organización de las Naciones Unidas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Vol. 366, Diciembre de 2017, p. 216.

¹⁰ BARBOZA, Julio. *Uso de la fuerza. Responsabilidad Internacional*, Zavalia Ed. Buenos Aires, 2006, p. 97.

¹¹ CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Ed Pedone, París, 2003, p. 191.

pertinente hacer referencia a la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. A nuestro modo de ver, el cumplimiento de normas imperativas merece un análisis independiente, por lo que se analizará en la tercera parte del artículo.

- Fuerza Mayor

El artículo 23 del proyecto regula la fuerza mayor como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud de una actuación de un Estado que sea contraria al Derecho Internacional. En este sentido establece que:

Artículo 23: Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.
2. El párrafo 1 no es aplicable si:
 - a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
 - b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

De acuerdo con el artículo en mención, son tres los requisitos que se deben presentar para que se pueda configurar la fuerza mayor. En primer lugar, debe tratarse de una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto; en segundo lugar, que sea ajeno al control del Estado y, en tercer lugar, que sea materialmente imposible poder cumplir la obligación. Queda claro del texto, así como de los comentarios del Relator Especial, que el tercer elemento no admite ningún tipo de interpretación. Es decir, no se trata de que sea más difícil, o más complejo, cumplir con la obligación, sino que es realmente imposible de cumplir¹².

Así mismo, tal y como lo señala Bjorklund, la fuerza mayor “involves an unforeseen and unavoidable external occurrence, constitutes a circum-

¹² CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Ed Pedone, París, 2003, p. 206.

stance precluding wrongfulness because the State is physically unable to comply with the obligation. Hence, the breach can be seen as involuntary”¹³.

Por otro lado, es necesario resaltar que cuando hablamos de fuerza mayor nos encontramos frente a un Principio General del Derecho. En efecto, éste ha sido reconocido como tal en varios instrumentos internacionales¹⁴, así como en diferentes decisiones judiciales¹⁵. Esto hace que nos encontremos frente a una de las fuentes del Derecho Internacional de acuerdo con lo estipulado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es decir, que no se trata de una norma que haya sido elaborada por la CDI como desarrollo progresivo del Derecho Internacional, sino que nos encontramos frente a una norma que tiene *per se* carácter vinculante para todos los Estados, independientemente de que se encuentre incluido en un tratado ratificado por el Estado.

Ahora bien, es claro que, si el Estado ha aceptado el riesgo de forma unilateral, éste no podrá invocar la fuerza mayor como circunstancia que excluya la ilicitud por su incumplimiento¹⁶.

- Peligro extremo

El peligro extremo es una figura que busca proteger un bien jurídico superior. En este sentido, el ejemplo clásico incluido por el Relator Especial en

¹³ BJORKLUND, Andrea K. “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, en: Muchlinski, Peter T *et al.*; *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 464.

¹⁴ Por ejemplo: Naciones Unidas; Convención de 1958 sobre mar territorial y zona contigua (Art. 14, párr. 3), *Recueil des Traités*, Vol. 516, pg. 205, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20516/v516.pdf> (Revisado el 4 de junio). El texto en español se refiere a una “arribada forzosa o un peligro extremo”; el texto en francés dice “en état de relâche forcé ou de détresse”; mientras que el texto en inglés dice “are rendered necessary by force majeure or by distress”, pgs. 377, 215 y 214 respectivamente y Naciones Unidas; Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Recueil des Traités*, Vol. 1834, p. 377, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201834/v1834.pdf> (Revisado el 4 de junio).

¹⁵ Asamblea General; Documentos Oficiales 56º período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/56/10), Informe de la Comisión de Derecho Internacional; 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), p. 192.

¹⁶ CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Ed Pedone, París, 2003, p. 208.

su informe hace referencia al ingreso de aeronaves en territorio extranjero sin autorización cuando se busca evitar una situación extrema de peligro, como puede ser proteger la vida de los ocupantes de un avión que se encuentra con problemas mecánicos.

El artículo respectivo fue redactado en los siguientes términos:

Artículo 24: Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

¿Ahora bien, la actual pandemia generada por la COVID-19 ha puesto a los Estados frente a una situación de peligro extremo en la que se encuentra en la necesidad de incumplir sus obligaciones internacionales como único modo de salvar la vida de sus nacionales? Es claro que este artículo solo puede aplicarse cuando la vida humana se encuentra en peligro, no basta que sea su integridad física¹⁷, y el caso más cercano temáticamente a la coyuntura actual, en el sentido de la dificultad inherente para determinar el punto en el que se debe inclinar la balanza a favor de aceptar esta circunstancia la encontramos en la decisión arbitral del caso *Rainbow Warrior*¹⁸ en el que el tribunal aceptó el argumento de Francia, solo con relación a uno de los casos, de haber sacado de la isla de Hao a uno de sus

¹⁷ CASSESE, Antonio. *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 255.

¹⁸ *Rainbow Warrior (Nueva Zelanda / Francia)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, pgs 254 y 255, párr. 78 (1990). https://legal.un.org/riaa/dtSearch/Search_Forms/dtSearch.html (Revisado el 4 de junio).

funcionarios por consideraciones humanitarias con el visto bueno de un médico neozelandés¹⁹.

Sin embargo, no es clara la aplicabilidad de esta circunstancia a la luz de derechos que se enfrentan. Es decir, ¿cuál es el Estado que lo podría invocar cuando cada uno debe defender la vida? ¿Quién los adquirió? O ¿Quién invoca la presente causal? Ambos Estados quieren defender la vida de sus ciudadanos.

En este sentido, consideramos que la respuesta no es fácil. Sin embargo, consideramos que, aunque muchos factores cualitativos y cuantitativos se deben tener en cuenta, *a priori* quien tiene una mejor posición al momento de ponderar la situación, debe primar el derecho de quien actúa con el derecho contractual originario.

- Estado de necesidad

El estado de necesidad es una de las figuras clásicas del Derecho Penal, sin embargo, siempre he considerado que es una figura compleja y de difícil aplicabilidad a la luz de la Responsabilidad Estatal en Derecho Internacional cuando se trata de relaciones interestatales.

En efecto, en reiteradas ocasiones se ha invocado el estado de necesidad como circunstancia para excluir la ilicitud de un hecho que sea contrario a una obligación internacional²⁰. Sin embargo, aunque los diferentes tribunales ante quienes se ha invocado han reiterado que se trata de una norma consuetudinaria; en estas diferentes decisiones, no se ha aceptado el argumento invocado como una causal válida para excluir la ilicitud del hecho ilícito²¹. Ahora bien, es claro que en ningún caso se puede invocar la

¹⁹ CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Ed Pedone, París, 2003, pp. 210 y 211.

²⁰ GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. *Anuario mexicano de derecho internacional*. Vol. 17 (2017): 469 – 512.

²¹ En este sentido ver: Naciones Unidas; “Indemnizaciones Rusas”, *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. XI, pp. 443 (1912). *Sociedad Comercial de Bélgica, 1939, C.P.J.I. serie A/B N° 78*, p. 160. *Rainbow Warrior (Nueva Zelanda / Francia)*, Naciones Unidas, *Recueil des*

presente causal cuando el incumplimiento es de una norma imperativa o de *Ius Cogens*, como se verá en la tercera parte de este artículo²².

El artículo quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 25: Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Es claro que se requieren una serie de condiciones acumulativas para que se pueda invocar el estado de necesidad, es así como la redacción del artículo es clara al afirmar que debe ser el único modo para (1) salvaguardar un interés esencial. Contra un peligro grave e inminente y (2) que no afecte gravemente un interés esencial de quien sufre esta reacción²³.

Ahora bien, desde el tribunal arbitral sobre las *Indemnizaciones rusas*, se sostuvo, al momento de negarle el argumento al Imperio Otomano, en lo relativo a la fuerza mayor y, sobre todo, con relación al estado de necesidad, que se requería que si Estado tuviera que cumplir con la obligación, esta fuera *self destructive*, lo que no se presenta en el caso en concreto²⁴ en

Sentences Arbitrales, Vol. XX, Pg. 254 (1990). *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

²² BARBOZA, Julio. *Uso de la fuerza. Responsabilidad Internacional*, Zavalía Ed. Buenos Aires, 2006, p. 103.

²³ SHAW, Malcolm N. *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pág. 712. También ver: Salmon, Jean; *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 732 – 733.

²⁴ Naciones Unidas; “Indemnizaciones Rusas”, *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. XI, p. 443 (1912).

la medida que el pago de la deuda contraída por el Imperio Otomano con Rusia en ningún caso conllevaría a la desaparición del Estado.

Así mismo, el gobierno de Hungría invocó y argumentó el estado de necesidad en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*. En este diferendo, la Corte sostuvo que este solo podía aplicarse de forma absolutamente excepcional y afirmó que:

“The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis...”²⁵ (El subrayado es nuestro).

Es necesario dejar en claro que el estado de necesidad es una figura cuyos elementos constitutivos, para que se configure, suelen confundirse con la fuerza mayor y con la legítima defensa; en este último caso, la reacción del Estado se debe a la agresión de quien está siendo víctima, mientras que en el Estado de necesidad la reacción se presenta sin que haya habido ningún hecho ilícito que genere la conducta²⁶.

Uno de los puntos complejos que tocará analizar en cada caso en concreto es el hecho de que frente a la actual pandemia que vive el mundo nos encontramos frente a Estados que se encuentran todos en una situación que puede excluir la ilicitud del hecho ilícito, tal y como sucedió con la retención de respiradores por parte del Gobierno turco que habían sido adquiridos por los gobiernos de Castilla-La Mancha y Navarra²⁷. En este sentido, quienes deban dirimir el conflicto deberán entrar a ponderar situaciones concretas para poder determinar qué Estado se encontraba en una situación más compleja o si, definitivamente, se generó un caos de tal magnitud con una inestabilidad jurídica sin precedentes en los que el mundo regresó a la ley del más fuerte.

²⁵ *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 40, párr. 51.

²⁶ BJORKLUND, Andrea K. “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, en: Muchlinski, Peter T *et al.*; *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 464.

²⁷ El País; <https://elpais.com/sociedad/2020-04-03/turquia-retiene-un-cargamento-de-respiradores-para-espana.html>. 3 de abril de 2020. (Revisado el 4 de julio).

El manejo que se le dé a estas circunstancias que excluyen la ilicitud por parte de los Estados será fundamental en el desarrollo y el manejo que tengan los diferendos que surjan como consecuencia de la actual crisis que se ha generado con la COVID-19. En este sentido, es fundamental que los Estados asuman el rol que les corresponde y logren fortalecer los principios de colaboración y solidaridad con el fin de minimizar los diferendos que puedan surgir y de esto depende que realmente se pueda luchar de forma clara y decidida contra este enemigo invisible que no ha respetado ningún tipo de frontera, cultura, creencia o idioma.

Normas imperativas o de *Ius Cogens*

Este tipo de normas requiere un análisis separado e independiente por el mismo carácter que las define, a pesar de ser consideradas, también, como una circunstancia que excluye la ilicitud. En este sentido, el análisis detallado de su definición, así como la de los crímenes internacionales, ambos conceptos desarrollados por la CDI, es fundamental para entender el alcance, el objeto y el fin de los mismos. En este sentido, podría decirse, *a priori*, que se trata de obligaciones que se tiene frente a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es decir de obligaciones erga omnes²⁸. Así mismo, es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el tribunal internacional que más ha desarrollado este concepto²⁹.

El concepto de normas de imperativas es un desarrollo normativo que se da en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en el que el profesor Jesús María Yepes, miembro de Número y expresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia³⁰, jugó un

²⁸ SEIFI, Jamal. “Peremptory Norms and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, en: Crawford, James *et al.*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Montaz*, Brill – Nijhoff, La Haya, 2017, pp. 162-163.

²⁹ ABELLO-GALVIS, Ricardo. “La Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme et le *Jus Cogens* (2013 – Février 2016)”, en: Crawford, James *et al.*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Montaz*, Brill – Nijhoff, La Haya, 2017, p. 536.

³⁰ OLANO-GARCÍA, Hernán Alejandro. *Mil trescientos Juristas, Diccionario Biográfico de los Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: 1894-2015*, Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2015, p. 463.

rol fundamental en la medida que, como miembro de la CDI, ya en 1950 propuso una definición de normas imperativas. No fue sino en 1963, con Sir Humphrey Waldock como Relator Especial, que el concepto de *Ius Cogens* se empezó a consolidar en la CDI, hasta que finalmente en el año 1966 se aprobó el proyecto sobre Derecho de los Tratados, que terminaría siendo el instrumento que hoy se conoce como la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”³¹, y cuyo artículo 53 contiene la definición de las normas imperativas y que va acompañado y complementado por el artículo 64 del mismo instrumento³².

Ahora bien, el proyecto Crawford sobre Responsabilidad incluyó lo relativo al deber cumplir las normas de *Ius Cogens* sobre cualquier otro tipo de normas como una circunstancia que excluye la ilicitud de toda actuación contraria al Derecho Internacional. En este sentido, el Relator Especial redactó el artículo así:

Artículo 26: Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

En lo relativo a este tema, es muy interesante reunir cuatro momentos diferentes de la historia del derecho internacional en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El primero de ellos, el proyecto sobre el derecho de los tratados de 1966, que se convertiría en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; el segun-

³¹ ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Introducción al estudio de las normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Vniversitas*, N° 123, 2011, pp. 81-88.

³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículos 53, 64 y 66. U.N. Doc A/CoNF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. La definición Convencional es la siguiente: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

do, el informe presentado por el Relator Especial, Roberto Ago, sobre la distinción entre crímenes y delitos, antiguo artículo 19, sobre la Responsabilidad Internacional del Estado; el tercero, el Proyecto Crawford del año 2001 sobre *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* y el cuarto, el informe presentado por el Relator Especial Dire D. Tladi del año 2019 en el que se aprobó una lista de normas imperativas por parte de la CDI.

El análisis de los anteriores instrumentos es fundamental en la medida que, históricamente la distinción entre crímenes y delitos estaba en el proyecto de Responsabilidad redactado por Roberto Ago y, como lo señala Pastor-Ridruejo en su curso general dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, “en cuanto a los ejemplos de los crímenes internacionales enunciados en éste artículo, se debe señalar su estrecho vínculo temático con las normas imperativas o de *jus cogens*”³³, (Traducción libre del autor). En este sentido, los ejemplos que Herbert W. Briggs, miembro norteamericano de la CDI, se negó a que fueran incluidos en el proyecto³⁴, finalmente, cerca de cinco décadas después, Dire D. Tladi logró poner de acuerdo a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional para que se aprobara una lista ejemplificativa, no taxativa, de normas imperativas.

Miremos paso a paso todo el proceso *in extenso* de la redacción de estos artículos para poder entender plenamente el alcance de este tipo de normas.

En la década de los sesenta Briggs logra imponer que no debe haber una lista ejemplificativa de normas de *ius cogens*, en la definición de normas imperativas del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; En los años setenta, Roberto Ago incluye lo que inicialmente sería el artículo 18, posteriormente el artículo 19 del proyecto de *Responsabilidad del Estado*. Este artículo estableció la diferencia entre crímenes y delitos. La definición, de forma residual, estableció que todo lo que no fuera crimen sería delito. En este sentido, los ejemplos de crimen serían

³³ PASTOR-RIDRUEJO, José Antonio. “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, *RCADI*, Vol. 274, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1999, p. 78.

³⁴ ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Introducción al estudio de la normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Vniversitas*, N° 123, 2011, p. 88.

considerados como los más cercanos a las normas imperativas, como ya lo referenciamos según lo mencionado por Pastor-Ridruejo.

Finalmente, el último Relator Especial, James Crawford, borró el artículo 19 para centrarse en lo que hoy es el artículo 26 arriba transcrito. Esto, lo argumentó teniendo en cuenta que el crimen es un tipo que es inherente al individuo como sujeto de Derecho Internacional y no al Estado. Se eliminó del articulado porque el relator especial, James Crawford, consideró que:

- i. Los Estados no podían cometer crímenes. Se trata de un delito más apropiado para la CPI, que es el tribunal internacional encargado de juzgar a individuos y que, en ese momento (2001) estaba por entrar en vigor.
- ii. Era necesario “establecer en el proyecto un régimen especial más estricto de responsabilidad con respecto a las infracciones más graves del Derecho Internacional, esto es, las de normas de *jus cogens* o de obligaciones *erga omnes*,.... Se dijo que era preferible remplazar el concepto de crimen internacional de un Estado por el concepto de “infracción particularmente grave de una obligación internacional”. Para oponerse a la inclusión del concepto de crimen de Estado se adujo que la Comisión debía estudiar si había una jerarquía de obligaciones internacionales y se debían establecer consecuencias jurídicas especiales por la infracción de esas obligaciones ya que no servía para nada hacer una categoría de obligaciones internacionales si no se preveían distintas consecuencias jurídicas para su infracción”³⁵.

Ahora bien, el antiguo artículo 19, inicialmente 18, del proyecto de *Responsabilidad del Estado* guardaba un estrecho vínculo con el medio ambiente. El artículo en su integralidad era el siguiente:

Artículo 19: Crímenes y delitos internacionales

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

³⁵ Organización de las Naciones Unidas; Asamblea General, A/CN.4/504, 8 de febrero de 2000, pp. 10 y 11.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia de la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. (El resaltado es nuestro).

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito internacional.

Sin lugar a dudas, es el literal *d* el que es de nuestro total interés en el caso que nos ocupa. Si nos remitimos a las sesiones que se adelantaron al interior de la CDI, podemos ver que en la Sesión 1403 del 6 de julio de 1976, el Sr. Ushakov estima que, en el apartado *d* del párrafo 3, el Comité de Redacción no ha seguido la regla que se había fijado al redactar el párrafo 3: remitirse únicamente a nociones existentes, como la agresión, el genocidio o el apartheid. No es éste el caso, en efecto, de la expresión «contaminación masiva de la atmósfera o de los mares» que no remite a una noción existente. ¿Qué se entiende por ‘contaminación masiva de la atmósfera o de los mares’? ¿Se trata de la contaminación nuclear, de la contaminación petrolera o de la contaminación bacteriológica? (El resaltado en nuestro).

Es imposible saberlo, a falta de una definición del concepto de contaminación. Por otra parte, cuando se habla de la protección del medio humano, se piensa en la biosfera en general y no solamente en la atmósfera o en los mares. El Sr. Ushakov estima, pues, más prudente que se suprima en el apartado y la última expresión, que dice: “como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”³⁶.

Desde su aprobación, varios de los miembros de la CDI manifestaron su dificultad con relación a la contaminación al manifestar que se “ha escogido como ejemplo el de una violación de las obligaciones que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. Algunos miembros expresaron ciertas reservas en cuanto a la elección del ejemplo de la contaminación, noción que, a su juicio, no está definida con una precisión comparable a la de los otros ejemplos que se dan en el mismo párrafo”³⁷. Sin embargo, el texto fue aprobado incluyendo dicha referencia.

Finalmente, lo curioso del caso es que, en el reciente estudio adelantado por la CDI, realizado por el Relator Especial Dire D. Tladi, sobre normas de *ius cogens* y cuyo texto fue aprobado en el año 2019, se quitó del texto lo relativo a la contaminación masiva de la atmosfera o de los mares. Esta parte del texto era el vínculo con la “contaminación bacteriológica” que era el ejemplo dado por Ushakov en 1976³⁸.

³⁶ Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas; Anuario de la CDI, Vol. I, 1976, sesión 1403 de la CDI del 6 de julio de 1976, pgs. 259, Párr. 10, <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2File%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2File%5F1976%5Fv1%2Epdf&lang=EFSS&referer=http://legal.un.org/cod/>. (Revisado el 8 de junio de 2020).

³⁷ Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas; Anuario de la CDI, Vol. II, 1976, Parr. 71, pg. 120, <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2File%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2File%5F1976%5Fv2%5Fp2%2Epdf&lang=EFSS&referer=http://legal.un.org/cod/>. (Revisado el 8 de junio de 2020).

³⁸ La actual lista de normas imperativas aprobada por la CDI es la siguiente: a) La prohibición de la agresión; b) La prohibición del genocidio; c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad; d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario; e) La prohibición de la discriminación racial y el apartheid; f) La prohibición de la esclavitud; g) La prohibición de la tortura; h) El derecho a la libre determinación. En: Asamblea General; Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.936, 71 período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019, p. 7. <https://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A%2FCN%2E4%2FL%2E936&referer=http://legal.un.org/cod/&Lang=S>. (Revisado el 8 de junio de 2020).

En este sentido, consideramos que no incluir lo relativo al tema ambiental, que cubra todo tipo de afectación y riesgo del ambiente, conlleva a un profundo retroceso en lo relativo a las herramientas jurídicas para luchar y defender los intereses estatales, así como los de los individuos, en la lucha contra todo aquello que afecta el ambiente, como la actual pandemia. Sobre todo, teniendo en cuenta que esta defensa debe ser adelantada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto apelando a los principios de solidaridad y cooperación, para que pueda haber un pleno ejercicio y goce de los derechos a la integridad personal y la vida, entendida en el sentido amplio que incluye una vida digna³⁹.

Conclusiones

A modo de conclusiones, es claro que la actual pandemia nos ha puesto a pensar en las diferentes aristas que seguramente van a surgir como consecuencia de las dificultades para cumplir con las diferentes obligaciones que tienen los Estados, así como los diferentes actores del Derecho Internacional. Por esto la importancia de tener un estado del arte en materia de Derecho Internacional para enfrentar y resolver los diferendos que surjan como consecuencia de los incumplimientos de las obligaciones internacionales.

De acuerdo con lo anterior, algunas conclusiones son las siguientes:

- Es claro que el Derecho Internacional tiene herramientas para enfrentar las dificultades jurídicas que surjan como consecuencia del COVID-19. En este sentido, instrumentos como los proyectos de la CDI relativos a la “Protección de las personas en caso de desastre” y el de “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” serán fundamentales para resolver los conflictos jurídicos que surjan.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Medio ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva N° 23 de 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf (Visto el 8 de junio de 2020). Ver también: Feria-Tinta, M & Milnes, S.C., “International environmental law for the 21st century: the constitutionalization of the right to a healthy environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2019, 12, pp. 43-84 y Abello-Galvis, Ricardo y Arévalo-Ramírez, Walter; “Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection”, *RECIEL - Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2019, 28, pp. 217-222.

- En el caso específico de la “Protección de las personas en caso de desastre”, vemos como allí se identifica una guía clara con relación a su pertinencia y aplicabilidad. Como la cooperación y la solidaridad entre los Estados es fundamental. Así mismo, estableciendo y garantizando el respeto de los derechos humanos.
- Así mismo, entendemos que, en un sentido amplio, el proyecto sobre “Protección de las personas en caso de desastre” sí incluye los relativos a las pandemias al haber sido inspirado, al menos en el alcance de su definición, del estudio realizado por el *Institut de Droit International* en el año 2003.
- El deber de cooperación entre los Estados se ha vuelto fundamental para poder tener una “lucha” común, aprovechando el conocimiento y las experiencias que cada Estado ha tenido en la lucha contra la COVID-19.
- Con relación a la fuerza mayor, al ser considerada como un Principio General del Derecho, es una norma que es vinculante de forma automática para la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por lo que será una figura muy presente en los procesos que busquen dirimir conflictos generados por la actual pandemia.
- Por su parte, el peligro extremo y el estado de necesidad han sido considerados como costumbre internacional o norma consuetudinaria. En este sentido, también hacen parte del *corpus juris* internacional con carácter vinculante para todos los Estados independientemente de que el Estado respectivo haya, o no, ratificado un tratado que incluya estas normas.
- En cuanto a las circunstancias que excluyen la ilicitud, es claro que el alto número de víctimas que ha habido como consecuencia de la COVID-19, conlleva a que estos artículos sean fundamentales en las relaciones jurídicas que no han sido cumplidas. En este sentido, los encargados de dirimir los conflictos específicos seguramente tendrán que entrar a ponderar los argumentos de los Estados que, con justa razón, hayan invocado la defensa de la vida de sus ciudadanos para incumplir una obligación internacional y se hayan visto abocados a invocar una de las cláusulas que excluyen la ilicitud, tendrán que llevar el análisis de esta figura jurídica a un plano superior al que hasta ahora se ha usado.

- En lo relativo a las normas imperativas, consideramos fundamental que la CDI retome todo lo relativo al medio ambiente en su estudio sobre el *Ius Cogens*. Es claro, hoy en día, que su defensa y protección deben ser interpretadas en un sentido amplio para que se incluyan todo tipo de afectaciones al ambiente, ya que de éste depende no solo la integridad personal y la vida digna, sino, en general simplemente la ¡¡¡Vida!!!.

Bibliografía

Tratados

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. U.N. Doc A/CoNF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

Naciones Unidas; Convención de 1958 sobre mar territorial y zona contigua, *Recueil des Traités*, Vol. 516.

Naciones Unidas; Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Recueil des Traités*, Vol. 1834.

Documentos

Asamblea General, Septuagésimo primer período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/71/10); “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016”.

Asamblea General; Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.936, 71 período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. <https://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A%2FCN%2E4%2FL%2E936&referer=http://legal.un.org/cod/&Lang=S>.

Asamblea General; Documentos Oficiales 56° período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), Informe de la Comisión de Derecho Internacional; 53° período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), p. 192.

Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas; Anuario de la CDI, Vol. I, 1976, sesión 1403 de la CDI del 6 de julio de 1976. <https://legal>.

un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2F%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2F%5F1976%5Fv1%2Epdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/cod/.

Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas; Anuario de la CDI, Vol. II, 1976. <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2F%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2F%5F1976%5Fv2%5Fp2%2Epdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/cod/>.

Institut de Droit International; Resolución sobre Asistencia humanitaria, Reunión de Brujas (Bélgica), 2003.

Decisiones Judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Medio ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva N° 23 de 2017.

Indemnizaciones Rusas, Naciones Unidas, *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. XI (1912).

Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997.

Rainbow Warrior (Nueva Zelanda / Francia), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, (1990).

Sociedad Comercial de Bélgica, 1939, C.P.J.I. serie A/B N° 78.

Obras

BARBOZA, Julio. *Uso de la fuerza. Responsabilidad Internacional*, Zavalia Ed. Buenos Aires, 2006.

CASSESE, Antonio. *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Ed Pedone, París, 2003.

OLANO-GARCÍA, Hernán Alejandro. *Mil trescientos Juristas, Diccionario Biográfico de los Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: 1894 – 2015*, Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2015.

SHAW, Malcolm N. *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Contribuciones en obras colectivas

- ABELLO-GALVIS, Ricardo. “La Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme et le *Jus Cogens* (2013 – Février 2016)”, en: Crawford, James *et al.*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Brill – Nijhoff, La Haya, 2017, pp. 536-543.
- BJORKLUND, Andrea K. “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, en: Muchlinski, Peter T *et al.*; *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, pp. 459-520.
- PASTOR-RIDRUEJO, José Antonio. “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, *RCADI*, Vol. 274, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1999, pp. 9 – 308.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruselas, 2001.
- SEIFI, Jamal. “Peremptory Norms and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, en: Crawford, James *et al.*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Brill – Nijhoff, La Haya, 2017, pp. 162-163.

Revistas Especializadas

- ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Introducción al estudio de las normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Vniversitas*, N° 123, 2011, pp. 75 – 104.
- ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Responsabilidad del Estado por el hecho Internacionalmente Ilícito; la aplicación y desarrollo del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional – CDI de la Organización de las Naciones Unidas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Vol. 366, Diciembre de 2017, pp. 211-234.
- ABELLO-GALVIS, Ricardo y ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. “Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection”, *RECIEL - Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2019, 28, pp. 217 -222.

FERIA-TINTA, M & MILNES, S.C. “International environmental law for the 21st century: the constitutionalization of the right to a healthy environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2019, 12, pp. 43-84.

GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria y ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter. “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. *Anuario mexicano de derecho internacional*. Vol. 17 (2017), pp. 469-512.

Páginas Web

El Tiempo; <https://www.eltiempo.com/mundo/asia/empresas-vuelven-a-operar-en-wuhan-el-epicentro-del-coronavirus-471510>, (Revisado el 1 de junio de 2020).

Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. (Revisado el 8 de junio de 2020).

El País; https://elpais.com/sociedad/2020/01/22/actualidad/1579676709_778396.html, (Revisado el 1 de junio de 2020).

El País; <https://elpais.com/sociedad/2020-04-03/turquia-retiene-un-cargamento-de-respiradores-para-espana.html>. 3 de abril de 2020. (Revisado el 4 de julio).

CORONAVIRUS E ILEGITIMIDAD DEL ESTADO

Rafael Ballén*
Profesor invitado

Resumen: Este artículo investiga la ilegitimidad del Estado y de sus gobernantes al no satisfacer los derechos fundamentales de los asociados. Como unos y otros, al iniciar el tercer decenio del siglo XXI, no estaban preparados para atender una emergencia de sanidad como la causada por el coronavirus, el capitalismo en su fase neoliberal dejó al descubierto cuatro crisis: una crisis sanitaria, una crisis económica, una climática y una de legitimidad. Para obtener la información, el investigador recurrió a fuentes secundarias de carácter documental, utilizando tres métodos: el descriptivo, el histórico y el analítico-deductivo. Al finalizar la investigación, se llegó a la conclusión de que el Estado debe reasumir tres tareas: educación, salud y servicios públicos.

Palabras clave: Política, Estado, ilegitimidad, capitalismo, lenguaje, coronavirus.

* Profesor investigador y escritor. Ph.D en derecho público de la Universidad de Zaragoza-España. En ficción es autor de *Cenizas* y *La vida ejemplar de Constantina* y de cuatro novelas inéditas, sobre el conflicto armado colombiano. En no ficción ha publicado más de dos docenas de libros y numerosos ensayos, en temas de ciencia política, filosofía, sociología jurídica e historia. Entre sus obras destacan: *Ilegitimidad del Estado*; *La pequeña política de Uribe*; *Carta sin sobre a los Inconformes de Colombia*; *Platón: vigencia de su pensamiento político*; *Los males de la guerra: Colombia 1988-2008*; *Corrupción: los otros bandidos*, y *Estructura del Estado*.

COVID-19 AND LEGITIMACY OF THE STATE

Abstrac: This article researches the loss of legitimacy of the State and government officials in their failure to guarantee the fundamental rights of the members of society. At the start of the third decade of the twenty-first century, neither was prepared to confront a public health emergency such as that caused by COVID-19. As a result, underlying crises revealed themselves in four areas: public health, the economy, climate change, and that of the legitimacy of the State. To compile the data, the researcher used secondary source documents, applying three methods: descriptive, historical, and deductive-analytical. Upon completion of the research, the conclusion reached was that the State must once again take charge of three areas: education, health, and public utilities.

Keywords: Politics; the State; illegitimacy; capitalism; language; COVID-19.

Introducción

El problema del Estado es que no es del Estado, sino de quienes actúan detrás de él, movidos por sus intereses y pasiones. Partiendo de esta premisa, la pandemia del coronavirus puso en evidencia, más que la ilegitimidad del Estado, la ilegitimidad de sus gobernantes al comenzar el tercer decenio del siglo XXI. Aunque no todo lo anterior fue legítimo, lo de hoy deja desnuda la crisis del capitalismo, en su fase neoliberal, que no es otra cosa que el gigantismo del mercado y la reducción del Estado a su más mínima expresión; pero siempre al servicio de los que más tienen. “La primera lección que deja el virus –dice Chomsky–, es que estamos ante otro fallo masivo y colosal de la versión neoliberal del capitalismo”¹.

Las imágenes que le han dado la vuelta al mundo dejan a los gobiernos, que a su vez son los voceros del capitalismo neoliberal, al desnudo: calles y centros geriátricos llenos de muertos sin que haya una autoridad que los recoja antes de que sigan contagiando; camiones que transportan los cadáveres, sin que sus deudos vayan tras ellos con sus llantos y sus rezos a recoger sus cenizas, como ocurre cuando no hay pandemia; ríos de pobres que se agolpan en plazas públicas y calles o frente a las oficinas de los gobiernos pidiendo comida; tropas de médicos y auxiliares que carecen de los elementos mínimos de protección para atender los pacientes.

¹ CHOMSKY, Noam. “Los gobiernos no están siendo la solución, sino más bien el problema”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.16.

Ante esas imágenes, que deprimen e indignan, surge una borrasca de preguntas: ¿Dónde están los gobiernos para que resuelvan estos problemas? ¿Dónde se encontraban durante las últimas cuatro décadas, que no se prepararon para proporcionar salud, comida y techo a la población de sus países? ¿Cuál es el grado de legitimidad de aquellos súper-Estados y de sus gobernantes que aprovechan una pandemia para amenazar a Estados más pequeños con invadirlos? ¿Qué legitimidad les asiste a esos gobernantes departamentales, distritales y municipales que aprovechan la miseria humana que ha traído la pandemia para enriquecerse con contratos de miles de millones?

Sobre la pandemia misma, sus orígenes, su propagación, sus estragos, los métodos para combatirla, sus consecuencias, la crisis que ha generado y los cambios que deben darse una vez que pase o decaiga, están inundadas las redes, los ordenadores, los periódicos y revistas de millones de conceptos, artículos y ensayos. Entendiendo ese ejercicio como una tertulia –aunque convendría mejor un diálogo– de millones de personas alrededor del mundo, intervengo para decir un par de ideas sobre el Estado, la ilegitimidad de sus gobernantes y los cambios que se avecinan. El primero y más importante de todos esos cambios consiste en separar lo *público* de lo *privado*. Mientras eso no se haga, atenuar la desigualdad es una utopía.

¿Para qué sirve el Estado?

El Estado se fundó, se creó o se estatuyó para solucionar las necesidades de los asociados. El esfuerzo teórico de mayor hondura filosófica sobre la formación del Estado de que se tenga noticia lo hizo Platón en el diálogo *República* hacia el siglo IV antes de nuestra era. Es Platón quien por vez primera habla de la necesidad que tienen los hombres de resolver los problemas y de la bondad que resulta de crear la sociedad y fundar el Estado. “Cuando un hombre se asocia con otro –dice Platón– por una necesidad, con otro por otra necesidad, habiendo necesidad de muchas cosas, llegan a congregarse en una sola morada muchos hombres para asociarse y auxiliarse. A este alojamiento común le daremos el nombre de Estado. Vamos, pues, –concluye– forjemos en teoría el Estado desde el comienzo; aunque según parece, lo forjarán nuestras necesidades”².

² PLATÓN. *República. Libro II, 369c.*

A continuación, el pensador ateniense menciona las diversas necesidades de su época: “La primera y más importante de nuestras necesidades es la provisión de alimentos con vista a existir y vivir. La segunda de tales necesidades es la vivienda y la tercera es la vestimenta y cosas de esa índole”. Luego, agrega el calzado, el pastoreo, el cuidado del ganado y la importación de mercancías. Aquí llega a otra conclusión, dando los primeros pasos teóricos de la globalización, que desde luego ya existía³. “Por consiguiente, se debe producir en el país no solo los bienes suficientes para la propia gente, sino también del tipo y cantidad requeridos por aquellos con los que se necesita intercambiar bienes”⁴.

Por los tiempos de Platón, el desarrollo de la sociedad era supremamente avanzado, y de manera directa a esos desarrollos eran las necesidades. Sin embargo, aparte del alimento y del abrigo, durante miles de años antes de Platón, el hombre había tenido otras necesidades primarias, como comunicarse entre sí, acompañarse en la caza y la recolección de frutos y defenderse de los animales salvajes. Andando juntos, hombres y mujeres, resolviendo las urgencias de cada momento, mediante un proceso antropológico de división del trabajo y selección cultural, surgió el Estado. Hasta ahí todo iba bien: el Estado como un instrumento para resolver las necesidades generales de todos los asociados. El problema surgió el día en que un puñado de ingeniosos, pillos e impostores, con cualquier pretexto –en nombre de Dios, de los dueños de la tierra, del comercio, de la industria, del mercado, de la banca– asaltaron el Estado y lo pusieron a su servicio.

Hoy, el menú de necesidades del hombre es de tal magnitud, que para satisfacerlas, la división del trabajo ha contabilizado más de 20.000 oficios. Ese cúmulo de necesidades va desde proteger la vida, la dignidad y la libertad del hombre, hasta las más suntuarias e inocuas. El argumento de la necesidad formulado por Platón se ha repetido a través de los siglos por todos los pensadores, y ahora se acepta sin discusión alguna que aquella es la finalidad del Estado. Entonces surgen dos preguntas: si no es para satisfacer

³ La *globalización* no es patrimonio intelectual del capitalismo neoliberal. La especie humana soñó con un mundo universal. El propio Platón así lo concibió y lo dejó escrito.

⁴ *Ibíd.*, 371a.

las necesidades de las personas, ¿para qué sirve el Estado? ¿Hoy los gobernantes le resuelven las más apremiantes necesidades a la humanidad?

La respuesta a la segunda pregunta está a la vista: los gobernantes no han sido capaces de satisfacerles las necesidades básicas a las personas. Al contrario, a medida que la sociedad evoluciona, que los Estados crecen y se burocratizan más, los problemas aumentan y, cuando el equilibrio de la diversidad natural se rompe y se genera un daño que amenaza la existencia de la especie humana –como ocurre ahora con el coronavirus–, la ilegitimidad del Estado y sus gobiernos se agiganta y se hace tan visible como si hubiera caído un asteroide ante nuestros ojos.

¿Por qué los gobiernos son incapaces de resolver los problemas generales, las necesidades de todos, los asuntos del público? Porque están atareados en acrecentar la riqueza de los que más tienen, utilizando las instituciones del Estado para privatizar lo público y someter y reprimir al que se oponga a ese despropósito.

Antes

Crisis del capitalismo e ilegitimidad del Estado

El primer día de la pandemia del coronavirus el capitalismo fue sorprendido, entre otras, al menos por cuatro crisis. En primer lugar, una crisis sanitaria, por cuanto el sistema de salud pública se convirtió en negocios privados, y “ningún Estado en el mundo estaba preparado para enfrentar una agresión sanitaria de estas dimensiones”⁵. A esta apreciación de la médica Lina Saucedo, es preciso hacer, por lo menos, tres excepciones: Cuba, Vietnam y China. Para estos tres países, la salud es prioridad; por eso, a pesar de la súbita aparición de la pandemia, la controlaron rápidamente. En segundo lugar, una crisis económica, pues tuvo que habilitar recursos financieros que no había previsto para organizar, a las carreras, camas de cuidados intensivos con respiradores mecánicos, que no tenía para atender miles de contagiados. En tercer lugar, una crisis climática,

⁵ SAUCEDO, Lina. “Estamos viviendo un ‘tsunami’ sanitario”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 12 de abril de 2020, p. 1.36.

por la dependencia de los combustibles fósiles que han contaminado el ambiente⁶. “La ciencia nos alerta sobre el rol que tiene y tendrá la deforestación en la transmisión de enfermedades infecciosas”⁷. “En poco más de una década, el planeta perdió 3,3 millones de kilómetros cuadrados de territorio de vida silvestre”⁸. Pero la más gigantesca de las crisis, es la de legitimidad.

El gobierno de un Estado tiene legitimidad cuando logra la motivación colectiva de los miembros de la sociedad para respetar un sistema político y unas autoridades sin recurrir a la fuerza. Esas motivaciones colectivas son de tres tipos: creencia en la validez del ordenamiento legal, creencia en la bondad de las ramas del poder público y creencia en las calidades de los gobernantes. Esas motivaciones colectivas estuvieron ausentes en las últimas dos décadas del siglo XX y las dos primeras del XXI. Al contrario, se presentaron muchas manifestaciones masivas en todo el mundo, por parte de distintos sectores sociales, especialmente de los jóvenes y estudiantes, exigiendo a los gobiernos el cumplimiento de los derechos fundamentales de la población.

La Biblia define los pecados capitales como aquellos que a su vez dan origen a otros pecados. “Se les llama *capitales* –dice el texto bíblico– porque son la fuente o raíz de otros pecados”. Son siete: soberbia, avaricia, lujuria, ira, gula, envidia y pereza. Claro que los gobernantes de hoy y los de los últimos cinco mil años estuvieron y están desbordados por esos siete pecados capitales bíblicos; pero a esos, hay que agregar otros catorce más: la pobreza, el hambre, las enfermedades, el desempleo, la gran ciudad y la soledad del hombre; la violación de los derechos humanos, la destrucción del ambiente, la burocracia, la guerra, el abuso de publicidad, la corrupción, la pérdida de soberanía, la cooptación del Estado por las mafias y los gánsteres, y el abuso del lenguaje.

⁶ MAZZUCATO, Mariana. “La triple crisis del capitalismo”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo, abril 12 de 2020, p. 1.15.

⁷ ANDRADE, Ángela. “La naturaleza antes y después del coronavirus”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 29 de marzo de 2020, p. 1.25.

⁸ SALA, Enric. “Salvar la naturaleza: es ahora o nunca”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 22 de marzo de 2020, p. 2.1.

La pobreza lleva de la mano el hambre, las enfermedades y el desempleo. Y, como si estos fenómenos sociales no causaran el suficiente sufrimiento, también los desastres naturales se ensañan con los más pobres, como ocurre con los terremotos, las inundaciones, los incendios y, claro, los virus. El hecho más desafiante a la capacidad de tolerancia de los pobres es la injusta distribución de la riqueza, y la concentración de los bienes en cada vez menos personas y grupos económicos. El jefe de la ONG Oxfam, Chema Vera, advierte que “en la actual coyuntura mirar para el lado con respecto al drama que viven los más pobres del mundo equivale a dispararse no en el pie, sino en el pecho”⁹. Y, el informe anual del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Pnud) 2018, señala que en el mundo hay 1.300 millones de pobres, la mitad de los cuales son niños.

De la escasez de alimentos y del hambre nos habló hace doscientos veinte años Thomas Robert Malthus, cuando alarmó a todo el mundo con su famosa obra *Ensayo sobre el principio de población* (1798). Entonces, el número de habitantes aún no había llegado a 900 millones de personas¹⁰. Textualmente dice Malthus: “Afirmo que la capacidad de crecimiento de la población es infinitamente mayor que la capacidad de la tierra para producir alimentos para el hombre”¹¹. Dejando atrás las especulaciones de Malthus, y aterrizando en el mundo de hoy, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), dice: “El hambre está creciendo paulatinamente y se han perdido años de avance [...] La amenaza de no tener un plato de comida asegurado al día alcanza al 26.4 % de la población mundial”. Ante esa realidad conviene formular estas preguntas: ¿A cuántos seres humanos puede alimentar el planeta? ¿La causa del hambre radica en la incapacidad de la Tierra para producir los alimentos necesarios? ¿Están los alimentos distribuidos justamente?

Según la FAO, está plenamente probado que los recursos de la Tierra, tomados en su totalidad, pueden alimentar a todos sus habitantes. Así que, a

⁹ VERA, Chema. “Ya no podremos seguir evadiendo el tema de la desigualdad”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 2.1.

¹⁰ MALTHUS, Thomas Robert. *Primer ensayo sobre la población*. Barcelona, Grandes Obras del Pensamiento, No. 20, Altaya, 1993.

¹¹ *Ibid.*, p. 278. Malthus explica su teoría con base en datos tomados de una fuente de tercera mano, del doctor Price, quien a su vez los había tomado del doctor Styles, y hace mención de ellos en la nota 3 de sus fuentes.

la escasez de alimentos es preciso buscarle otra causa. La escasez de alimentos puede obedecer a dos razones. En primer lugar, a procedimientos artificiales mediante los cuales se utiliza el hambre como arma política para someter a los pueblos o expulsarlos, porque “quien tiene el control de los alimentos tiene el poder”¹². Bloquear el suministro de alimentos, apoderarse de los graneros del “enemigo” y sitiar a los pueblos, son tácticas poderosas para vencer en una confrontación política. En segundo lugar, a la disminución real de alimentos. Esta proviene de un hecho cierto: cada vez el hombre está más dedicado a la especulación y cada vez menos a la producción objetiva de bienes. En medio de esa realidad, el Programa Mundial de Alimentos (PMA) señala que el coronavirus dejará 265 millones de personas muertas de hambre este año, es decir, 100 millones más que el año anterior.

¿Por qué las enfermedades van de la mano con la pobreza? Porque el estado de salud de una persona siempre se halla afectado por todos los demás factores sociales: edad, género, etnia, clase social, cultura y subdesarrollo. Así, por ejemplo, las personas de edad avanzada y los pobres están más propensos a los malestares. La pobreza, en sí misma, significa desnutrición; vivienda antihigiénica, sin aire, luz ni temperatura adecuadas; menos visitas al médico para controlar molestias menores y estar más propensos a la tensión y a la violencia. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) los sectores más vulnerables de la población son más propensos a las siguientes diez enfermedades: gripe pandémica, la salud en los países en conflicto, cólera, difteria, paludismo, meningitis, fiebre amarilla, catástrofes naturales, malnutrición e intoxicación. Y, un dato que alarma aún más: “Las cuatro quintas partes de la población del mundo carecen de acceso a alguna forma de cuidado de la salud. Los servicios de salud pública de las 67 naciones más pobres, gastan menos en el cuidado de la salud de lo que las naciones más ricas gastan solamente en tranquilizantes”¹³. ¿Cuánto gastarán estas últimas en drogas psicoactivas?

El desempleo es otro de los pecados capitales del capitalismo en la dirección del Estado. De acuerdo con estudios realizados por la Organización

¹² *Geopolítica del hambre. Cuando el hambre es un arma. Informe 2000*, prólogo de Jorge Semprún y Oliver Longué. Acción contra el hambre, Barcelona, Icaria, 1999, p. 25.

¹³ LIGHT, Donald y otros. *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 551.

Internacional del Trabajo (OIT) unos 200 millones de personas están desempleadas, y en 2020 pueden agregarse 2,5 millones más. Pero los subempleados pueden estar por los 400 millones. Estos datos son antes de hacer su presencia el coronavirus. La pandemia podrá agregar otros 25 millones más de desempleados este año.

La más elemental observación que se haga sobre la gran ciudad dará como resultado que, al lado de las múltiples ventajas juntas que el hombre encuentra en una sola metrópoli, ahí mismo están, igualmente juntos, los problemas que le hacen perder legitimidad a los gobernantes contemporáneos. La concentración de la riqueza, en sus más diversas manifestaciones, florece arrogante y humilladora, en los grandes centros urbanos. Con todo, la mayor desgracia de la gran ciudad no se halla en la discriminación social y económica o en el ahondamiento de las desigualdades sociales entre la población, el mayor perjuicio se halla en el deterioro de la dignidad del ser humano, en la disminución de sus valores comunitarios y en la reducción de su calidad de vida. Una gran paradoja: el hombre, en la gran ciudad, comparte la superficie del perímetro urbano con cinco, diez, quince, veinte o treinta millones de personas, pero se encuentra en la más absoluta soledad.

Entre más larga es la lista de derechos humanos reconocidos por organismos internacionales, más larga es la relación de las violaciones y más numerosas sus víctimas. Desde Alaska hasta la Patagonia y desde el sur del África hasta el oriente de Europa, por doquier están los genocidios, las torturas, los asesinatos, los desplazamientos forzados, las mutilaciones, la privación injusta de la libertad, las amputaciones físicas y culturales, el sufrimiento y la aflicción de los pueblos: por pensar distinto, por ser distintos en religión, política o raza a la de los tiranos de turno y a la de sus ejércitos. Si no se tiene derecho ni siquiera a la vida, mucho menos se tendrá derecho a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud, a la recreación, a pertenecer a un partido político o a tener un ambiente sano y un entorno físico y social donde desarrollar las propias aptitudes e ideales: todos pueden estar muy bien escritos en el papel, pero muy lejos de la realidad. Ningún gobierno que patrocine o permita la violencia y el terror contra su pueblo puede tener legitimidad.

Uno de los derechos humanos es, precisamente, el derecho a un ambiente sano. Es quizá el más violentado, porque no tenemos en cuenta las lecciones

simples de la naturaleza y, con los ojos abiertos, andamos en una loca y ciega carrera en la producción de compuestos químicos no biodegradables. “Tanto los ciudadanos, políticos y científicos que consideran el cambio climático producido por el hombre como el más grave problema del planeta, como aquellos que niegan su existencia, han sido testigos y víctimas de las inenarrables tragedias producidas por la variabilidad climática registrada desde 1992, fecha en la cual los jefes de Estado del mundo firmaron la Convención de Cambio Climático”¹⁴. Los jefes de Estado firman los acuerdos, pero luego se deslegitiman, porque sus gobiernos no hacen otra cosa que conceder licencias a las compañías transnacionales dedicadas a destruir el planeta mediante la explotación de los recursos naturales.

La ilegitimidad del capitalismo en la jefatura del Estado se acentúa con la actuación de la burocracia, a la que no le preocupa ninguno de los grandes problemas de la sociedad: ni el crecimiento anarquizado de las ciudades, ni el aumento de la población y la muerte por hambre de muchas personas, ni la violación de los derechos humanos por otros burócratas, ni la guerra y los desplazamientos forzados, ni los abusos de la publicidad. Ese no es su problema. Su preocupación consiste en permanecer ahí, aferrarse más al aparato burocrático, fingir mover algunos papeles y expedientes de aquí para allá, y de manera inexorable recibir su sueldo a final de quincena o de mes. Esa es la primera preocupación del burócrata. La segunda, consiste en asegurarse de cuál será el próximo jefe máximo para mover las cuerdas necesarias a fin de que lo ratifique y lo ascienda, así tenga que convertirse en su esclavo para seguir ultrajando, humillando y manipulando a la sociedad local, regional o global.

Dicen las primeras líneas del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, lo siguiente: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la *guerra* que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles [...] hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios”. A pesar de la síntesis sociológica de esa declaración y de sus propósitos generosos para la vida futura de los pueblos, hoy las guerras hacen ilegítimo al capitalismo en el manejo del Estado, con mayor razón

¹⁴ RODRÍGUEZ BECERRA, Manuel. *Nuestro planeta. Nuestro futuro*. Bogotá, Debate, 2019, p. 25.

las guerras intestinas, como la de Colombia. Aquí, los gobiernos, que están al servicio del capitalismo neoliberal, en vez de resolverle las necesidades básicas a las familias, se gastan buena parte del presupuesto en la compra de armas para enfrentar al pueblo.

¿Por qué el abuso de la publicidad es uno de los pecados capitales, que hacen ilegítimos a los gobiernos y a los Estados? Sencillamente, porque cuando se abusa de la publicidad no se transmite la verdad sino el engaño. De manera artificial se crea, se fabrica o se modifica la verdad. Prevalidos de las técnicas de comunicación masiva, los dueños del mercado y sus nuevos siervos, los publicistas, trabajan para vender un producto, una marca, así como un candidato a gobernante o legislador. Y entre más malo o desconocido sea el producto o el candidato, mayor creatividad publicitaria, más horas de trabajo ideando imágenes y mayores volúmenes de dinero deberán gastarse en venderlo. Así, las realidades que percibe el público son manipuladas para que aparezcan como verdades objetivas, creando en los espectadores una necesidad compulsiva de compra. Gran parte de esa necesidad de compra se construye por medio de artes populares, utilizando valores culturales e insuflando en la inteligencia del usuario mensajes de promoción de un producto a través de periódicos, revistas, música popular, radio, televisión y redes sociales.

La corrupción deslegitima a los gobiernos neoliberales porque se halla incrustada en el núcleo de la alta burocracia, desde donde se dimana y se diversifica por el resto de las estructuras del poder y de los mandos medios y bajos de la administración. La corrupción, a la que hoy se denomina pandemia de la administración, es un acto ilegal –hay veces que es legal–, ilícito e ilegítimo, por medio del cual una persona, al servicio del Estado o de la empresa privada, busca obtener un resultado o una decisión que satisfaga sus ambiciones económicas o políticas. De esta manera, la corrupción viene a ser la materialización de un propósito deliberado de obtener un provecho personal con base en un cargo o en una posición de privilegio que se ocupe. Siempre se necesitan dos partes: opera como una contraprestación entre quien corrompe y el que se deja corromper.

Al lado de todos los problemas anteriores, el Estado, además, carece de soberanía. Esta, hoy se halla en el gigantismo del mercado, en el poder de las transnacionales y en la reducción del Estado como expresión del

poder nacional. La soberanía del Estado es una falacia, pues el centro del poder descansa, finalmente, en los dueños del mercado, y se hace cada vez más frágil en los países pobres. Estos, en verdad, tienen dos amos: el gran imperio político y militar de los Estados Unidos de Norteamérica y los conglomerados económicos de las transnacionales, que van recorriendo el mundo, corrompiendo gobiernos y sobornando parlamentos para apoderarse de empresas estatales y obtener leyes con las que puedan exprimir hasta la última gota de sudor y sangre de los pueblos¹⁵.

El décimo tercer pecado capital es la cooptación del Estado por parte de familias, clubes, monopolios económicos, mafias y gánsteres. Es la regla universal, con muy pocas excepciones. En Colombia, desde mediados del sexto decenio del siglo xx las mafias del narcotráfico y el paramilitarismo penetraron todos los sectores de la sociedad y las instancias del Estado. Ningún sector de los grandes capitales dejó de beneficiarse con los negocios de las mafias del narcotráfico. Es imposible establecer el orden, pero todos, a cuál más, se peleaban los dólares convertidos en pesos o en simples fajos verdes. El sector bancario y todo el sistema financiero, quizá fue el primer renglón de la economía en no dar abasto para recibir las toneladas de dinero en rama. Todas las autoridades de algún modo tenían que ver con Pablo Escobar —ejército, policía, jueces, agentes del das, magistrados, ministros, órganos de control, legisladores, constituyentes—, siempre estuvieron tras él, pero para lucrarse de su dinero a cambio de dejarlo operar a sus anchas. La exigua minoría de esas autoridades que investigaron sus crímenes y las pocas personas que lo enfrentaron política o socialmente fueron asesinadas.

El abuso del lenguaje

Si al comenzar el siglo xxi algún grado de legitimidad le quedaba al Estado cooptado por el capitalismo neoliberal, con el abuso del lenguaje, que es el décimo cuarto pecado capital, ha desaparecido totalmente. Apenas al finalizar el siglo xx, el lingüista y filósofo Noam Chomsky se encargó de

¹⁵ BALLÉN, Rafael. *Ilegitimidad del Estado. Reforma radical o revolución de la diversidad*, 2ª Ed., Bogotá, Temis, 2007, pp. 369-414.

estudiar el lenguaje y el conocimiento en la obra de Platón¹⁶. El ateniense, que no solo es el pensador político por excelencia, también se ocupa del lenguaje. En efecto, seis de sus diálogos tratan de este asunto: *Eutidemo*, *Teeteto*, *Sofista*, *Gorgias*, *Fedro* y *Crátilo*. Es en este último donde Platón habla del lenguaje como un problema del conocimiento. Aquí, se refiere a la adecuación del lenguaje con la realidad, lo que pone de manifiesto que el problema real no es lingüístico sino epistemológico: no de la exactitud del lenguaje en general, sino de la exactitud de los nombres.

De acuerdo con Platón, la palabra no es sino un instrumento, un vehículo, un medio para transmitir el conocimiento, las ideas, los afectos que el ser humano tiene en su inteligencia, en su alma. Si las cosas no andan bien en su inteligencia, la palabra destruirá de varias maneras: por ambigüedad, por complejidad de las ideas, por el lenguaje figurado, por la rabia y por la falacia. Las dos últimas pasiones son las más peligrosas en el uso del lenguaje. Con rabia se destruye al ser amado, con la falacia y el engaño se destruyen los pueblos. Cuando de mala fe, los hombres transmiten falacias, de tanto repetirlas para imponérselas a los demás, terminan por creerse sus propias mentiras. Es lo que hicieron Bush, Blair y Aznar con el cuento de las armas de destrucción masiva que poseía Hussein, para justificar la invasión a Irak.

Si los hombres y las mujeres se malentienden no es por culpa de las palabras, sino por el mal uso que de ellas hacen. En el mundo político una de las maneras de destruir al contendiente, al disidente, al contestatario es homogenizarlo, uniformarlo, igualarlo, asignándole un nombre, un epíteto, una palabra que de hecho lo estigmatice. En distintas épocas de la historia, quienes han dominado la sociedad y se han apoderado de las palancas de los imperios y de los Estados, han recurrido a ciertas palabras para estigmatizar y excluir a quienes no aceptan sin discusión sus puntos de vista: pagano, hereje, izquierdista, comunista, terrorista.

El coronavirus ha servido también para desnudar el propósito de los “prohombres” de esta época —¿o más bien los grandes bandidos?— de cambiarle de nombre a las cosas, para que no retraten la realidad, sino para que digan

¹⁶ CHOMSKY, Noam. *El lenguaje y los problemas del conocimiento*. Madrid, Gráficas Rogar, SA, 1988.

algo distinto. Tres casos son bien ilustrativos: Johnson, Trump y Bolsonaro. Los tres han luchado por cambiarle de nombre al coronavirus –gripita, resfriado–, para quitarle poder a esa pandemia, a efecto de que sus intereses políticos o económicos no sufran mengua. Antes de que el coronavirus apareciera, los tres, y otros cincuenta gobernantes de igual número de países, y sus medios de comunicación, hicieron ingentes esfuerzos para imponer una palabra en la inteligencia del mundo entero, y así cambiar la realidad: hacer creer que un chico bacán y amigo de los paramilitares colombianos es el presidente de Venezuela.

Los gobernantes colombianos y sus élites son campeones en tergiversaciones del lenguaje. Entre 2002 y 2010, fue cuando más se abusó de esta herramienta. A un ejército paramilitar, cuyo propósito era abrazarse con las élites gobernantes y con las tropas del Estado –para robarles las tierras a los campesinos, asesinarlos, desplazarlos o desaparecerlos, así como para eliminar intelectuales, maestros, sindicalistas, investigadores y población civil– se le dio el carácter de movimiento político, como si fuera una guerrilla, a sabiendas de que la insurgencia tiene el objetivo contrario: ir en contra del Estado, sus élites y sus gobiernos, para propiciar cambios estructurales.

El abuso del lenguaje se ve también, con el nombre que les dan a los partidos políticos, para confundir y engañar. Es una estafa a sus militantes y a la sociedad en general. ¡Cómo se atreven a matricular un partido de extrema derecha con el nombre de Centro Democrático! El ardid es tan ramplón, que su símbolo es la silueta de su fundador, caudillo y jefe eterno. Otro grupo de personas, también de derecha, en el más claro abuso del lenguaje, le dan a su partido el nombre de Cambio Radical, cuando no es ninguna de las dos cosas, sino todo lo contrario: el aseguramiento del más puro *statu quo*.

Hoy se regresa a esos ominosos años y se pretende convertir el Centro de Memoria Histórica, cuya esencia es guardar la memoria de las víctimas, en vocería de sus victimarios. Eso, es poner una cosa donde está escrita una palabra que simboliza todo lo contrario: donde está la palabra vida, poner un cadáver; donde está la palabra noche, dibujar el sol; donde está la palabra paz, poner una ametralladora. Para cumplir ese papel han nombrado un hombre culto, Darío Acevedo; pero es tan violenta su actitud que ha perdido toda credibilidad ante la opinión pública y él, que es inteligente,

también posa de víctima y dice: “Me han tratado prácticamente como un hereje”¹⁷. Por supuesto que no es un hereje, pero la tarea que tiene que cumplir para obedecer a Uribe/Duque, es tan agresiva e implacable que lo hacen ver como el más vulgar de los herejes.

Después

Los cambios que se avecinan

Ningún acontecimiento natural de hondo calado, como una pandemia, deja a la humanidad en las mismas condiciones en que la encontró. Alguna marca le ha de dejar, y la que hoy estamos viviendo no va a ser la excepción. Una mención rápida a las consecuencias más notorias que las distintas pestes de la historia trajeron a las sociedades de sus épocas puede servir para ilustrar los cambios que se esperan de la crisis que vivimos ahora.

La peste más antigua de la que se tenga noticia es la ocurrida en el marco de la guerra de Troya, acaecida hacia el año 1200 antes de nuestra era. De esa peste no se sabe exactamente qué cambios produjo. Conforme al texto homérico, Apolo, “irritado contra el rey, una maligna peste suscitó en el ejército, y perecían las huestes”¹⁸. Sin embargo, la peste le prestó una ayuda a los troyanos, de acuerdo con este verso: “La guerra y la peste juntas van a doblegar a los aqueos”¹⁹.

Una segunda peste de la antigüedad es la que nos narra Tucídides en su *Guerra del Peloponeso*. Fue la peste de Atenas, que ingresó a la ciudad por el puerto del Pireo, introducida, sin duda alguna, por las tripulaciones de los barcos. Se originó en Etiopía, pasó a Egipto y luego a Libia. “Nada podían hacer los médicos por su desconocimiento de la enfermedad que trataban por primera vez; al contrario, ellos mismos eran los principales afectados por cuanto eran los que más se acercaban a los enfermos”²⁰.

El propio Tucídides enfermó de la peste de Atenas y describió los síntomas así: “Con una intensa sensación de calor en la cabeza y con un enrojeci-

¹⁷ RUEDA, María Isabel. “Cara a cara”, *El Tiempo*, Bogotá, lunes 9 de marzo de 2020, p. 1.4.

¹⁸ HOMERO. *Iliada*, I,10.

¹⁹ *Ibid.*, 60.

²⁰ TUCÍDIDES. *Historia de la guerra del Peloponeso*. II, 47,4.

miento e inflamación en los ojos; por dentro, la faringe y la lengua quedaban enseguida inyectadas, y la respiración se volvía irregular y despedía un aliento fétido. Después de estos síntomas, sobrevenían estornudos y ronquera, y en poco tiempo el mal bajaba al pecho acompañado de una tos violenta; y cuando se fijaba en el estómago, lo revolvía y venía vómitos con todas las secreciones de bilis que han sido detalladas por médicos, y venían con un malestar terrible”. Los síntomas también podían incluir diarrea y afectación en los órganos genitales y en las manos y los pies. “Algunos incluso perdiendo los ojos. Otros, en fin, en el momento de restablecerse, fueron víctimas de una amnesia total y no sabían quiénes eran ellos mismos ni reconocían a sus allegados”²¹. Dos particularidades más. En primer lugar, “la enfermedad no se extendió al Peloponeso, sino que se fue cebando sobre todo en Atenas”. En segundo lugar, la epidemia duró dos años: 430-429 antes de nuestra era; se apaciguó durante unos dieciocho meses para resurgir con más fuerza en el año 427.

¿Qué consecuencias produjo la peste de Atenas? Según lo describe Tucídides, los cambios fueron de tipo social, moral y penal. Desde el punto de vista social, los pobres que eran la mayoría, tan pronto se moría algún rico se apoderaban de sus bienes. Eso constituía una inmoralidad, según el autor. “La epidemia acarreó a la ciudad una mayor inmoralidad. La gente se atrevía más fácilmente a acciones con las que antes se complacía ocultamente, puesto que veían el rápido giro de los cambios de fortuna de quienes eran ricos y morían súbitamente, y de quienes no poseían nada y de repente se hacían con los bienes de aquellos. Así aspiraban al provecho pronto y placentero, pensando que sus vidas y sus riquezas eran igualmente efímeras. Y nadie estaba dispuesto a sufrir penalidades por un fin considerado noble, puesto que no tenía la seguridad de no perecer antes de alcanzarlo”²².

En el devenir histórico se encuentra la peste de Justiniano, que afectó al Imperio Romano o Imperio Bizantino, acaecida entre los años 541 y 750 de nuestra era, que produjo entre veinticinco y cincuenta millones de muertos. La pandemia fue recurrente en los puertos del Mediterráneo, hasta aproximadamente el año de 750. La causa más aceptada de esa pandemia

²¹ *Ibíd.*, 49,8.

²² *Ibíd.*, 53, 2-3.

fue la peste bubónica, que posteriormente también causaría la peste negra, en el siglo XIV. Aunque estudios realizados en 2011 señalan que se trata de agentes patógenos diferentes, otras investigaciones indican que ambas enfermedades serían variantes de la peste bubónica, pero provenientes de cepas distintas.

La peste de Justiniano trajo consecuencias catastróficas al Imperio Bizantino, que para entonces afrontaba varios conflictos bélicos. Disminuyeron los ingresos por impuestos, porque la gente quedó muy pobre; se paralizaron las actividades comerciales y se devastaron grandes asentamientos y núcleos urbanos, así como extensas zonas dedicadas a la agricultura, actividad que era vital para el desarrollo del imperio, y cuya ausencia causó grandes conflictos. La rata negra, uno de los vectores propagadores de la epidemia, se sentía atraída por los cultivos de los campos o por los graneros donde se guardaban las cosechas. La gente por temor al contagio abandonó sus cultivos y ganados, así que los campos quedaron asolados. El imperio perdió entre el 13 % y el 26 % de su población, por lo que durante los siglos VI y VII, muchas ciudades y villas quedaron sin habitantes. La epidemia ayudó al declive de los mercados urbanos, así como a la reducción de las comunicaciones entre el gobierno y grandes sectores de Asia Menor, las zonas más ricas del imperio. Las ciudades dejaron de ser seguras, pues el imperio no pudo contener las invasiones como lo había hecho antes de la epidemia.

Ocho siglos más tarde —en 1341— comienza en Asia y se extiende por Europa la *Peste negra* (*Yersinia pestis*), a través de las rutas comerciales, siendo los agentes transmisores los marinos. Se estima que entre el 30 % y el 60 % de la población de Europa, unos 25 millones de personas, murieron entre el comienzo del brote, en 1341, hasta la mitad del siglo XIV, y unos sesenta millones en África y Asia. Algunas localidades fueron despobladas totalmente y los pocos sobrevivientes huyeron, llevando la enfermedad a lugares más lejanos. La gran pérdida de población trajo cambios económicos, basados en el incremento de la movilidad social, pues los campesinos que ya estaban debilitados abandonaron sus tierras tradicionales. La peste provocó la contracción del área cultivada en Europa, lo que a su vez hizo disminuir la producción agraria. La escasez de mano de obra trajo innovación y ayudó a poner fin a la Edad Media, por lo que los marxistas le atribuyen a la peste negra la crisis del sistema feudal.

En estos días se ha hablado mucho de la pandemia que sobrevino quinientos setenta y siete años después de la peste negra: de la llamada gripa española. El enfermo cero de ese virus fue Gilbert Michell, cocinero de Fort Riley, Kansas, Estados Unidos, quien ingresó al hospital el 4 de marzo de 1918. La peste se propagó hasta 1920 y entró a Europa por Francia, siendo sus agentes transportadores las tropas estadounidenses de la Primera Guerra Mundial. Los estudiosos no se han puesto de acuerdo en el número de muertos, pero lo sitúan entre cuarenta y cien millones de personas. La pandemia, de manera inmediata, produce en la geopolítica un cambio: la censura de la prensa. Ni los aliados ni los alemanes querían alarmar a sus tropas, por lo que prohibieron la información, y como España era neutral, fue el país que comenzó a dar la noticia. De ahí, se deriva su nombre. La pandemia trajo también un cambio de mediano plazo: la invención de la vacuna contra la gripa. Sus primeros estudios comenzaron en 1931 y se estrenó en los años cuarenta, en la Segunda Guerra Mundial.

Cien años después de la gripa española el coronavirus nos encierra, nos atemoriza y exalta nuestra imaginación para exclamar que después de esta pandemia el mundo no será igual²³. Esa es la opinión general. “Es la oportunidad perfecta para cambiar el rumbo”²⁴. “Una sociedad así no es viable a largo plazo. Esto lo está poniendo en evidencia el coronavirus”²⁵. “Estoy convencido de que después de este episodio de vida, uno no puede ser la misma persona. Es una marca indeleble”²⁶. “La consecuencia más estructural de la pandemia va a ser el regreso del Estado como actor esencial de las sociedades”²⁷. “¿Será que el coronavirus cambiará la actitud de los líderes políticos del mundo de hacer muy poco frente al cambio climático o

²³ Inmediatamente antes del coronavirus, la historia registra dos pandemias. El *sida*, que es descubierto en Estados Unidos en junio de 1981. Lo denominaron “peste rosa” por la aparición de unas manchas rojizas en la piel del infectado. Y, el virus *H1N1*, llamado “gripe porcina”, descubierto también en Estados Unidos, en abril de 2009. Sin embargo, estas dos pandemias son un juego de niños frente a la Covid-19.

²⁴ PULGAR VIDAL, Manuel. “La gente está reconociendo el alto deterioro del planeta”, en *El Tiempo*, Bogotá, jueves 16 de abril de 2020, p. 2.1.

²⁵ GALLÓN GIRALDO, Gustavo. “Coronavirus e inequivirus”, en *El Espectador*, Bogotá, jueves 9 de abril de 2020, p. 16.

²⁶ GÓMEZ C., Silverio. “Muy difícil...pero puedo contarlo”, en *El Tiempo*, Bogotá, sábado 11 de abril de 2020, p. 1.15. (Fue contagiado pero le ganó la pelea al coronavirus).

²⁷ FOFERO TASCÓN, Álvaro. “¿Qué mundo dejará la pandemia?”, en *El Tiempo*, Bogotá, jueves 6 de abril de 2020, p. 17.

modificará la inaceptable posición ética de algunos mandatarios que, como Trump o Bolsonaro, niegan su existencia?”²⁸ “Algo nos está diciendo que cambiar es necesario, y que ese cambio tiene que incluirnos y cobijarnos a todos”²⁹. “Si el capitalismo tiene posibilidad de sobrevivir en esta crisis [...] deberá convertirse en una ideología menos inclemente”³⁰. “Pienso por momentos que sí, que tenemos que cambiar; pero no estoy seguro”³¹. “Nada será como antes [...] Un sistema de salud como el colombiano [...] tiene que pasar por un cambio de fondo”³².

Hay personas menos optimistas que señalan que “cuando salgamos del coronavirus estaremos más que nunca en manos de los banqueros y expuestos a sus abusos de poder”³³. En fin, también hay políticos que formulan cambios concretos: “Después de esto, la ley 100 tiene que desaparecer, tenemos que montar un sistema de salud pública fuerte. Este no va a ser el último virus y, por tanto, las condiciones de normalidad que teníamos antes se acabaron. Tenemos que vivir de otra manera”³⁴.

El filósofo Edgar Morin se muestra un poco perplejo y señala que lo que se vive ahora es una crisis antropológica, pero que como no ha terminado la pandemia no se pueden predecir soluciones. “Vivimos una interdependencia generalizada, una comunidad de destinos sin solidaridad [...] Cada uno de nosotros lleva en sí la ignorancia, lo desconocido, el misterio, la locura, la razón de la aventura más que nunca incierta, más aterradora, más que nunca exaltadora”³⁵. Pero hay también pensadores que

²⁸ RODRÍGUEZ BECERRA, Manuel. “Coronavirus y cambio climático”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 5 de abril de 2020, p. 1.16.

²⁹ OSPINA, William. “La voz de Dios”, en *El Espectador*, Bogotá, domingo 5 de abril de 2020, p. 35.

³⁰ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “La ética de la codicia”, en *El Espectador*, Bogotá, sábado 4 de abril de 2020, p. 17.

³¹ GAVIRIA, Alejandro, “Lo que es insostenible tiene que parar”, en *El Espectador*, Bogotá, sábado 4 de abril de 2020, p. 3.

³² HOYOS, Andrés. “Los cambios drásticos que vendrán”, en *El Espectador*, Bogotá, miércoles 1 de abril de 2020, p. 17.

³³ DUZÁN, María Jimena. “Lo siento, todo puede ser peor”, en *Semana*, número 1980, Bogotá, 12 al 19 de abril de 2020, p. 23.

³⁴ PETRO, Gustavo. “Después de esto la ley 100 tiene que desaparecer”, en *El Espectador*, Bogotá, martes 31 de marzo de 2020, p. 9.

³⁵ MORIN, Edgar. “El humanismo regenerado”, en *El Espectador*, Bogotá, domingo 12 de abril de 2020, p. 15.

encabezan la lista de los optimistas, para quienes se avecinan cambios ya. Solo tres, para no recargar a los lectores con tantas citas: el que se hizo pasar por el editorialista de *The Washington Post*, Serge Halimi y Paul Mason. Es una triplete a la que uno quisiera acompañar.

Quien se hizo pasar por el editorialista de *The Washington Post* es muy radical y sin ambages plantea la disyuntiva: “O muere el capitalismo salvaje, o muere la civilización humana [...] La danza del capitalismo salvaje va dejando por su paso, la destrucción acelerada de los recursos naturales del planeta [...] La nueva pandemia ha quitado el velo ilusionista, y el maquillaje hipócrita de la civilización [...] porque su sistema de salud expiró en los brazos del capital privado, haciendo de la salud una mercancía [...] La realidad ha quitado el efecto de la anestesia del capitalismo salvaje, y ha tirado sus cartas sobre la mesa. Ha llegado la hora de replantear y humanizar este modelo económico”.

El director de *Le Monde Diplomatique*, Serge Halimi, propone de manera inmediata, una coalición de ruptura con el capitalismo: “Una vez que esta tragedia haya quedado atrás, ¿todo volverá a ser como antes? Cada una de las crisis de los últimos treinta años alimentó la esperanza irracional de una toma de conciencia, un regreso a la razón, un freno [...] Más vale no depender de los gobernantes responsables de la catástrofe, incluso si esos pirómanos se ponen melindrosos [...] El proteccionismo, la ecología, la justicia social y la salud son solidarios entre sí. Se trata de elementos clave para una coalición anticapitalista lo bastante fuerte como para exigir, ya mismo un programa de ruptura”³⁶.

El periodista y escritor inglés Paul Mason señala que, así como la peste negra del siglo XIV eliminó el feudalismo, después del coronavirus será el turno para eliminar el capitalismo. “En el siglo XIV, una vez que terminó la fase de muerte masiva de la plaga, las élites feudales intentaron reimponer sus viejos privilegios y tradiciones y lógica económica, en una población que acababa de vivir el evento más traumático imaginable [...] En aquel entonces, dio lugar a la revueltas inmediatas de los campesinos en Inglaterra [...] Aunque las revueltas posteriores a la peste fallaron, condujeron a un

³⁶ HALIMI, Serge. “Ya mismo”, en *Le Monde Diplomatique*, edición Colombia, Bogotá, abril de 2020, p. 40.

cambio permanente de mentalidad entre las masas [...] Si la gran plaga del siglo XIV provocó una imaginación posfeudal, es posible, y deseable, que esta provoque una imaginación poscapitalista. Y rápido”.

Nada cambiará si no separa lo público de lo privado

Es imposible no estar de acuerdo con los tres últimos pensadores citados. Sencillamente, la civilización no es compatible con el capitalismo salvaje, por eso hay que atajarlo con una coalición anticapitalista, ya mismo. Y, claro, es posible y deseable que el coronavirus provoque una imaginación poscapitalista. La pregunta es, ¿quién le impone la civilización al salvajismo del capital? ¿Cómo puede el Estado ocuparse de lo público, si quienes se ocupan del Estado son los dueños de la empresa privada y van tras él, solo movidos por sus propios intereses que los amasan con avaricia? ¿Cómo pedirle a los pirómanos que apaguen el incendio? A ellos no se les puede creer, aunque se pongan melindrosos. Los líderes de esos cambios no pueden ser los Johnson ni los Trump ni los Bolsonaro, porque ellos son “unos bufones sociópatas”³⁷. Tampoco pueden ser aquellos que, con mentalidad subalterna, gobiernan Estados más pequeños y débiles. Pero, desgraciadamente, estamos en sus manos. El capitalismo no va a cambiar por una pandemia. “Los que podemos relativamente cambiar somos los humanos, empezar a ver ciertas cosas con otros criterios”³⁸.

¡Qué más quisiéramos! Poder dictar un decreto para detener el capitalismo salvaje e instaurar la civilización, como lo proclama el pensador que se hace pasar por editorialista de *The Washington Post*. ¡Qué más quisiéramos! Armar una coalición con un programa de ruptura ya, como lo propone Serge Alimi. ¡Qué más quisiéramos! Ordenar por otro decreto para que el coronavirus derribe el capitalismo e instaure el socialismo, como lo ve posible y deseable Paul Mason. Pero ¿quiénes dictan los decretos? Por ahora estamos en manos de los grandes bandidos. Ellos saben quiénes somos, cómo nos llamamos, dónde vivimos, cómo vivimos, quién es nuestra familia y qué comemos. Todo aquel que tenga un teléfono móvil,

³⁷ CHOMKY, Noam. “Los gobiernos no están siendo la solución, sino más bien el problema”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.16.

³⁸ MUJICA, Pepe. “Nos hemos dado cuenta de que el Estado es imprescindible”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.18.

una tarjeta de crédito, un carro, una vivienda, una cuenta bancaria, todo aquel que haga un mercadito en uno de esos grandes espacios del capitalismo salvaje, está en sus manos. Pero quien carece de estas cosas para vivir, el pobre, el miserable, con la crisis del coronavirus también cayó en manos de los grandes bandidos, pues para recibir la más mísera ayuda del Estado, tuvo que dar todos sus datos, y hasta de pronto abrir una cuenta bancaria. Estamos en sus manos, porque la era digital también está dominada por ellos.

Pero, aun así, a sabiendas de que esa es la realidad, quienes se identifiquen con los puntos de vista de los tres pensadores citados tienen que librar el debate y propiciar las acciones para convertir las utopías en soluciones tangibles.

Según la concepción que tengan del Estado, en relación con las personas y con la sociedad, los gobernantes se mueven en medio de dos grandes valores: de una parte, un interés egoísta, mezquino, particular, personal, individual y privado; y un interés altruista, noble, general y público.

Si los ideales, fines y propósitos del Estado se conciben para que sirvan el interés privado, todos los bienes, servicios, acciones e instrumentos con que opera el Estado los quiere el gobernante para sí, para su grupo familiar o para el sector económico o social al que pertenece o representa. Y desea todos esos bienes, no solo para satisfacer sus necesidades básicas, y aun las suntuarias, sino para alcanzar y concentrar todo, sin ningún límite. Así es la ambición de riqueza y de gloria: pasional e insaciable.

Por el contrario, si los ideales, fines y propósitos del Estado se conciben para servir el interés público, los bienes y servicios serán solo utilizados para llevar el bienestar de todos los sectores de la sociedad y de todos los individuos de la nación. Es la contrapartida del interés particular. Es la otra cara de la moneda y surgió como preocupación, para tratar de equilibrar en lo posible, la fuerza demoledora del interés privado. El interés público se halla más acentuado en algunos pensadores y gobernantes, y de no ser por la lucha librada por estos, desde diferentes flancos, para defenderlo, el destino de la humanidad sería peor. De esta manera, el interés público obra siempre como catalizador, como bálsamo, como freno, como atenuante del interés privado.

Entre esos dos polos –interés privado e interés público–, se han movido los hombres y mujeres como un péndulo en el reloj de la historia universal. Y con esa concepción han manejado y manejan el Estado. Y han utilizado sus palancas, desde las más poderosas, porque alcanzaron la máxima jerarquía, como faraones, reyes, presidentes, legisladores, magistrados, generales, hasta los más simples instrumentos de poder, porque tan solo han logrado ejercer los oficios menores en la función pública. Bajo el manto de ese interés privado se han dado los grandes procesos de corrupción, los grandes crímenes de Estado, las grandes bufonadas y las grandes conflagraciones de la humanidad. En suma, las grandes y permanentes crisis del Estado obedecen a la mixtura de intereses con que los gobernantes han dirigido a este, y a la paciencia de los súbditos que lo hemos admitido.

La crisis del Estado se acentúa si se admite la mixtura de estas dos clases de intereses, como sucede si el propietario de la empresa privada –personal, societaria o monopólica–, puede saltar fácilmente a dirigir el Estado y viceversa, porque existe una puerta giratoria que así lo permite. Puntualizando se ve con mayor claridad el asunto:

1º. Siempre se ha hablado de frenos y contrapesos, para referirse al equilibrio que debe existir entre las tres ramas de poder público, o gobierno mixto, cuya idea es muy antigua. Arrancó con el célebre diálogo de los tres herederos de Cambises: Otanes, Megabyzo y Darío, en el siglo VI antes de nuestra era. Pasó por Platón, Aristóteles y Polibio, y llegó a Montesquieu, quien la estructuró de manera didáctica, en su obra *Del espíritu de las leyes*. Ese juego de frenos y contrapesos es un inofensivo juego de niños. El verdadero equilibrio de frenos y contrapesos está en que unos sean dueños del poderoso peso de la empresa privada, y otros le pongan los frenos y contrapesos, desde la dirección de lo público.

2º. Mientras el interés público no se separe del interés privado, todos los premios Nobel de economía y los candidatos a obtenerlo podrán romperse la cabeza inventando fórmulas de equidad y de redistribución de la riqueza, pero esos dos valores –equidad y redistribución– jamás llegarán. La ecuación es sencilla: poder político + poder económico no puede ser = a favorecer a los pobres. Necesaria y lógicamente tiene que ser, sí y solamente sí, = a favorecer a quienes tienen la sartén por el mango.

3°. Permitir que la empresa privada, sus dueños, voceros o testaferros dirijan el Estado es legalizar de por vida la desigualdad. ¿Por qué? La respuesta también es sencilla. ¿Qué hace un presidente-mercader como Trump? ¿Qué hizo un presidente-terrateniente como Uribe? ¿Qué hizo un ministro con ambición de negocios como Carrasquilla? Todos, a cuál más, crearon los instrumentos jurídicos para favorecer sus negocios.

4°. El Estado no necesita expropiar ningún bien privado –haciendas, bancos, fábricas, inmuebles–. Quien haya optado por el interés privado, puede convertirse en ídolo del mercado, con la obligación de pagar impuestos justos, sin gabelas ni exenciones. Eso es legítimo, que haga negocios y compita con sus pares privados. Lo que no es legítimo es que, habiendo escogido el capital privado como opción de vida y sentimientos morales, pueda saltar y asaltar el Estado, para ponerlo al servicio de sus intereses personales o corporativos.

5° Stiglitz dice: “Antes que una reforma económica habrá que hacer una reforma política”³⁹. Esa reforma política de la que habla el Nobel de economía 2001, pasa necesariamente por separar lo *público* de lo *privado*.

Lograr la separación de esos dos tipos de interés no es tarea fácil. Tampoco lo es determinar por decreto que los más de 20.000 oficios que hoy mueven la sociedad sean estatizados, y que se instaure el socialismo de manera inmediata. Si bien la peste negra propició la revuelta de los campesinos en Inglaterra, como nos lo cuenta Mason, y con ello se dio el primer paso para la quiebra del feudalismo, ese régimen permaneció en Europa por cuatro siglos más, durante los cuales sobrevinieron el Renacimiento, la revolución comercial, la revolución intelectual, la revolución industrial, la revolución agrícola y, luego sí, la consolidación del capitalismo. Ese capitalismo neoliberal que ahora nos ahorca, no se instauró de la noche a la mañana con un solo decreto. Todo fue un proceso, en el que se dieron distintas fases: capitalismo comercial, industrial y financiero. El día en que la banca de inversión dominó la industria, ese día todos quedamos apercollados⁴⁰ –los que algo tenían y los que no también–, porque los Luis

³⁹ STIGLITZ, Joseph. *Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar*.

⁴⁰ BALLÉN, Rafael. *Teoría general de derecho del trabajo*. Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 116-138.

Carlos Sarmiento Angulo de la época, les dijeron a los Uribe/Duques de su momento, qué debían hacer y qué no, como sucede hoy.

Pero no podemos decirles desde ahora, a los que sobrevivan a la pandemia del coronavirus, que se esperen cuatro siglos a ver si cae el capitalismo salvaje y se instaura otro régimen más benigno, como puede ser el socialismo. Hay acciones concretas que se deben hacer en el día uno después de la pandemia: volver a la calle. “En 2020, el mundo está en un punto de inflexión social, los científicos y la sociedad civil deben alzar conjuntamente sus voces y hacer todos los esfuerzos para garantizar que sigamos la dirección correcta”⁴¹. Desde todo espacio abierto, con toda la fuerza y el aire de los pulmones, se debe lanzar un grito de dolor y de esperanza por la humanidad, para pedir de inmediato que se separe lo público de lo privado y que, al menos tres oficios, de los más de veinte mil que hoy desarrollan las sociedades, vuelvan a manos del Estado: educación, salud y servicios públicos.

Educación

El Estado debe asumir el derecho fundamental a la educación, en todos los niveles: desde el preescolar hasta el superior, incluyendo la investigación científica. “Cada peso que se invierta en educación pública de calidad, en apoyar la investigación científica, se multiplicará para darle beneficio a todos”⁴².

Que el Estado asuma la educación, ¿para enseñar qué? Aparte del menú curricular que han dejado los pedagogos durante los últimos dos mil quinientos años, y lo que propongan todos los educadores y filósofos de hoy, lo más urgente del contenido de la educación, son dos temas: una aproximación a la verdad y la distinción entre el interés público y el interés privado. Conociendo la esencia de esas dos cosas se habrán construido los cimientos de todo lo demás.

⁴¹ ROBINSON, Mary y REDDY, Daya. “La pandemia evidencia que estamos en el mismo barco, ahora no olvidemos el cambio climático”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 2.3.

⁴² “El poder de la ciencia y la universidad pública”, en *El Espectador* (editorial), Bogotá, miércoles 8 de abril de 2020, p.18.

Como la verdad varía, aun en cuanto a los principios de las ciencias físicas y naturales, es necesario enseñarle a los niños –hombres y mujeres– a pensar, a analizar y a descubrir nuevas verdades. La verdad de las ciencias sociales también puede variar y, por consiguiente, debe tener discusión y análisis. Y para descubrir la verdad hay que formar al niño y al joven. Antes que proporcionarle cualquier dato o información, al niño se le debe enseñar el origen del mundo y, sin ningún engaño, se deben exponer las dos grandes teorías sobre este asunto: la teoría o leyenda creacionista, contemplada en la Biblia, y la teoría evolucionista. Y en este sentido, tan importante es la vida de los profetas, futurólogos, apóstoles y pensadores religiosos como la de los científicos que consagraron todas sus energías, su paciencia, su juventud y sus recursos a investigar la verdad.

Desmitificar a los ídolos de barro es tarea de la educación. Es bueno que se cuenten las distintas versiones de la historia y, en lo que respecta a los gobernantes, que no se despierten entusiasmos por arquetipos errados, mentirosos o falsos. En esto no podemos llamarnos a engaño ni engañar a las generaciones que van surgiendo a la vida de la sociedad. La verdad real, la verdad indiscutible, la que todos los días padecemos, es que un segmento muy importante de la población mundial está por debajo de la línea de miseria absoluta, y que no se halla en esa condición y muriéndose de hambre por castigo divino, aunque así lo expliquen unos truhanes disfrazados de pastores.

La enseñanza de la historia debe partir por decirle al niño, en su más temprana edad, que el mundo casi nunca ha estado dirigido por personas preocupadas por el interés público, pues entre los gobernantes ha habido muchos criminales, que han aprovechado el Estado para satisfacer sus intereses y pasiones personales. Para ser rigurosos en esta apreciación: jamás han gobernado los pobres, los buenos –que sí los ha habido–, muy pocas veces⁴³. Casi todos los que han gobernado durante los últimos cinco mil años han sido incapaces de solucionarles los problemas a la humanidad. Al contrario, le han causado mucho daño. ¿Cómo? Matando, robando, depredando, esclavizando y enseñando mentiras. Esto es lo que hay que enseñar: simplemente la verdad que hoy conocemos. Si mañana se descubre

⁴³ DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado. México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 305.*

otra verdad, esa es la que se debe enseñar. Muy importante sería que cada Estado, en cada escuela, en cada colegio, en cada universidad, tuviese dos galerías o dos películas: una nacional y otra universal. Y que cuando fuera a enseñar la historia se tuviera el valor, el coraje y la sinceridad de decirles a los alumnos: “Estos individuos que veis ahí son los que le han causado el mayor daño a la humanidad”, o “a nuestro país”, según el caso.

Quizá con ese procedimiento se podría invitar a los exgobernantes y a sus herederos a pedirles perdón a sus compatriotas y a la humanidad entera, como en su momento lo hizo el Papa Wojtyla, por los crímenes cometidos por la Iglesia, durante dos milenios. ¿Cuántos gobernantes y exgobernantes o cuántos de sus herederos serán capaces de pedirle perdón a la humanidad por los crímenes cometidos por sus mayores? Si lo hicieran, ¿de cuántos genocidios y de cuántos robos a los bienes de la humanidad se autoacusarían?

¿Por qué no decirles a los niños, a los jóvenes, que Stalin, efectivamente, revolucionó la agricultura y la industria rusas, construyó el Metro de Moscú —el mejor del mundo—, y con su poderoso Ejército Rojo trancó a Hitler, pero que ejecutó a cientos de sus opositores innecesariamente? ¿Por qué no decirles a los niños y jóvenes que J. F. Kennedy no ganó la candidatura a la presidencia de los Estados Unidos por su programa y por su carisma, sino porque su padre, Joseph Kennedy, compró a los delegados de Virginia del Oeste⁴⁴ para alcanzar la postulación?

Es indispensable decirles a los niños y jóvenes que los criminales son tales, con corona o sin ella. La diferencia está en el poder que ostenta el criminal coronado y en la cuadrilla de criminales que puede tener a su servicio por cuenta del Estado. Hay que enseñarles a los niños y a los jóvenes que es más peligroso un malhechor inteligente y preparado que uno mediocre e

⁴⁴ REISMAN, W. Michael. *Remedios contra la corrupción. México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p.110. Según este autor, Harry Truman cuestionaba la nominación de John F. Kennedy así: “El viejo Joe Kennedy es el sinvergüenza más grande que tenemos en este país, y no me agrada que le haya comprado a su hijo la postulación para la presidencia [...] Compró a Virginia del Oeste. No se cuánto le habrá costado; es un tipo muy avaro, así que no habrá pagado más de lo necesario, pero compró Virginia del Oeste, y así es como su muchacho le ganó la elección preliminar a Humphrey. Y no fue sólo allí. En todo el país el viejo Kennedy gastó lo que hizo falta para comprar la postulación [...] no la presidencia. La postulación. No se puede comprar el puesto máximo... por lo menos, todavía no”.*

ignorante. Los más atroces delitos y la extrema maldad no provienen de una personalidad mediocre, sino de una personalidad vigorosa, que se ha corrompido por la mala calidad de la educación y el medio ambiente general.

Es importante enseñar la historia política, porque los niños y los jóvenes de hoy saben que los políticos de ahora mienten, estafan y roban, pero no saben que los del pasado también fueron así. Los niños y los jóvenes en verdad creen que el mundo comienza y termina con las hamburguesas, con los presidentes y los reyes de los grandes imperios del mundo contemporáneo, con los ídolos actuales de la música o el deporte, porque de eso se encargan la televisión y las redes sociales.

Como un complemento de la verdad de la historia política, es imprescindible que se les enseñe a los niños, desde los primeros años de escuela e incluso desde el hogar, que los gobernantes han actuado y actuarán así mientras no se haga una clara y vertical separación entre interés público e interés privado. ¿Por qué? Sencillamente porque debido a esa falta de análisis, los hombres más audaces han llegado a dirigir el Estado, con el propósito de llenar sus bolsillos, sin importarles el interés público, o bien, de todos los miembros de la sociedad. Como este es, en verdad, el meollo de la crisis de la sociedad y del Estado, la distinción entre el interés privado y el interés público debe ser el tema central de la enseñanza primaria y secundaria.

Entre los quince y dieciocho años de edad, el joven ya debe tener absolutamente claro cada uno de estos dos tipos de interés y debe haberse decidido por alguno de los dos. Es decir, el joven, después de analizar las ventajas y las desventajas de cada uno, los riesgos que conlleva, las posibilidades que tiene, debe escoger u optar por uno de los dos, porque ese será el que va a defender por el resto de su vida. Si ha optado por el interés privado, su meta será la empresa privada, el sector empresarial, la acumulación de riqueza, el mercado libre, etc.

Si escoge el interés público, su actividad estará orientada hacia el manejo del Estado, en todas las áreas de la administración pública, desempeñando desde los oficios operativos hasta las más altas responsabilidades o magistraturas, sin descuidar la enseñanza acerca de la población del mundo y de su respectivo país, de la geografía, de los recursos naturales, las materias primas, etc. Pero que no pueda dejar la dirección del Estado y saltar a la

empresa privada, llevando información privilegiada, o peor aun, a ejecutar las normas favorables a la empresa, que él mismo como alto funcionario del Estado dictó o patrocinó para que el legislativo las dictara.

Solo si se hace esa distinción –lo público de lo privado– podrá esperarse que la crisis del coronavirus traiga los cambios estructurales esperados. Solo así se puede asegurar que el Estado no se utilizará como instrumento de enriquecimiento de los altos burócratas oficiales, y se habrá salvado la organización política de la sociedad.

La salud

Si algo ha quedado claro con esta pandemia es que, haber convertido el derecho fundamental de la salud en una mercancía, fue un crimen de lesa humanidad. Ni siquiera países con un alto grado de desarrollo sanitario como Francia, Italia y España estaban preparados para atender una pandemia como la actual. En Inglaterra los respiradores artificiales no alcanzan y los médicos tienen que decidir quién vive y quién muere. En Estados Unidos, en cambio, si a los pacientes no los mata el virus, sí los puede matar de un infarto el monto de la factura. En Colombia la estrategia neoliberal fue quebrar los hospitales públicos para cerrarlos –el Federico Lleras de Ibagué y el Departamental de Villavicencio, son apenas dos casos–, y así dejarles el camino despejado a las eps, que se convirtieron en una fábrica de hacer dinero. ¿Qué autoridad moral y qué legitimidad tienen esos negocios gigantescos en esta hora de crisis, que ni siquiera tenían los recursos técnicos y científicos para atender con eficiencia a sus clientes –que no pacientes– de la medicina prepagada? ¿Qué grado de legitimidad tiene el Estado frente a esos negocios gigantescos, cuyos médicos y auxiliares carecen de un contrato de trabajo y de los elementos de protección para evitar ser contagiados? Por eso, un sistema de salud pública universal y sólido, con medicina familiar, es la solución.

Servicios públicos

El agua, el fluido eléctrico, el gas y el teléfono, por ser servicios que satisfacen necesidades colectivas, –que deben ser prestados de manera eficiente, oportuna, continua a todos los habitantes del territorio de un país– son

en sí mismos derechos fundamentales, luego deben estar en manos del Estado. Estos derechos, que su propio nombre lleva al imaginario el concepto de lo público, no pueden estar en manos de la voracidad de los mercados privados. Esos derechos, por ser fundamentales, como el de la educación y la salud, no pueden hacer parte de las grandes cadenas de negocios especulativos del sector privado. ¿Si los servicios públicos no se enmarcan dentro de lo público, entonces qué es lo público? De todos los demás oficios que se encargue la empresa privada, pero que los servicios públicos sean del resorte del Estado. Que hay que modificar la constituciones de todos los países del mundo, porque todas dicen que los servicios públicos pueden ser prestados por las empresas privadas, pues que se modifiquen ya, pero que no se siga jugando con las necesidades apremiantes de los seres humanos, que necesitan agua, fluido eléctrico, gas y comunicarse con sus semejantes para vivir.

Las esperanzas están en la tercera generación

Pero ni siquiera estos cambios tan simples –que tres oficios sean realizados por Estado– los podrán hacer los actuales gobernantes, porque es una generación agotada, que carece de imaginación para lo público. La ostentación de poder ante sus pares en las múltiples asambleas de mandatarios –del grupo de los 7, de los 8, de los 20, de las Américas, de Iberoamérica, del Pacífico Sur, de la otán, onu, de la oea, de la ocde, de Davos–, y la atención de sus asuntos privados –haciendas, bancos y negocios en la bolsa, clubes, ranchos y fábricas– los tienen embotados y les impide pensar en aquello para lo cual fueron elegidos: el interés público. “Líderes ignorantes como Bolsonaro y Trump ponen en peligro a sus naciones y, de hecho, a la población mundial”⁴⁵. Las urgencias de la pandemia los ha puesto a correr, a estar reiterativamente en los medios de comunicación y a ponerse al servicio de los grandes pulpos económicos, por lo que “los gobiernos están siendo más el problema que la solución”⁴⁶. Por eso, “se termina de

⁴⁵ SACHS, Jeffrey. “Es el momento de aliviar la deuda pública de muchas naciones”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.17.

⁴⁶ CHOMSKY, Noam. “Los gobiernos no están siendo la solución, sino más bien el problema”, en *El Tiempo*. Bogotá, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.16.

desmoronar lo poco que quedaba de liderazgo estadounidense en los organismos internacionales”⁴⁷.

Tampoco serán los hijos de los pirómanos los encargados de apagar el incendio, porque están impregnados de sus mismas mañas y resabios. Los sueños, las ilusiones y esperanzas las pone el mundo de hoy en la tercera generación, que está incontaminada y pura. A esa tercera generación, la que es imposible de halagar y comprar, porque no tiene precio, y solo ha tenido tiempo para soñar. Esa tercera generación que es capaz de vetar gobiernos corruptos y maestros mediocres. Esa tercera generación, nieta y heredera del mayo del 68, la que ha visto que le estamos robando el planeta y ha hecho su bautismo de ilusiones y de sangre en las calles del mundo –Europa, Asia, África y Latinoamérica– durante las dos primeras décadas del siglo XXI. De esa tercera generación que lucha porque lo público sea para el público, debemos esperar el cambio. “Los jóvenes han insistido ante los líderes políticos para que escuchen a los científicos”⁴⁸.

El poder es siempre perverso, malvado y criminal, por eso se necesita un contrapoder para que lo vigile y controle. La prensa es la llamada a ejercer ese contrapoder, pero como también hace parte de los pulpos económicos y, por la pauta, el poder político impone la censura, la esperanza está en la tercera generación: la generación de relevo⁴⁹. “El cambio depende de la gente joven. Depende de cómo la población mundial reaccione [...] Si no hay contrafuerzas el mundo que nos espera será de más muerte de niños y más destrucción del medioambiente”⁵⁰.

⁴⁷ “El liderazgo estadounidense claudica”, en *El Espectador* (editorial), Bogotá, jueves 16 de abril de 2020, p. 14.

⁴⁸ ROBINSON, Mary y REDDY, Daya. Ob. cit., *Ibid.*

⁴⁹ Gabriel Arturo, Darío, Martina y Martín –mis nietos– están muy niños, entre dos y nueve años. Pero tengo la certeza de que pronto se pegarán a quienes el jueves 21 de noviembre de 2019 tenían entre quince y veintiuno. Ese día, fue la última vez que vi las calles de Colombia llenas de esa promisoriosa generación de la esperanza.

⁵⁰ CHOMSKY, Noam. “Los gobiernos no están siendo la solución, sino más bien el problema”, en *El Tiempo, Bogotá*, domingo 26 de abril de 2020, p. 1.16.

Epílogo

Será larga la noche del coronavirus y al amparo de sus sombras se cometerán muchos crímenes. Pero, por más agresiva que sea la peste, no se puede permitir que los delitos se borren de la memoria de quienes sobrevivan al virus. Tampoco consentir que queden en la impunidad los crímenes cometidos por los gobernantes, sus mafias y gánsteres, que ejercieron el poder durante los últimos cuarenta años. No es que los anteriores no hayan delinquido, sino que muchos habrán muerto o sus delitos habrán prescrito. “No podemos olvidar de dónde venimos, dónde estamos y el camino que resta adelante, aunque el mundo entero esté en caos y la crisis del coronavirus colme todos los espacios noticiosos”⁵¹.

Bibliografía

- ANDRADE, Ángela. “La naturaleza antes y después del coronavirus”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 29 de marzo de 2020.
- BALLÉN, Rafael. *Teoría general de derecho del trabajo*. Bogotá, Forum Pacis, 1994.
- *Ilegitimidad del Estado. Reforma radical o revolución de la diversidad*, 2ª Ed., Bogotá, Temis, 2007.
- CHOMSKY, Noam. *El lenguaje y los problemas del conocimiento*. Madrid, Gráficas Rogar, SA, 1988.
- “Los gobiernos no están siendo la solución, sino más bien el problema”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020.
- DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- DUZÁN, María Jimena. “Lo siento, todo puede ser peor”, en *Semana*, número 1980, Bogotá, 12 al 19 de abril de 2020.
- EL ESPECTADOR, Bogotá, jueves 9 de abril de 2020.

⁵¹ “No olvidemos a las víctimas”, en *El Espectador* (editorial). Bogotá, jueves 9 de abril de 2020, p. 18.

- FAO. *Geopolítica del hambre. Cuando el hambre es un arma. Informe 2000*, prólogo de Jorge Semprún y Oliver Longué. Acción contra el hambre, Barcelona, Icaria, 1999.
- FOFERO TASCÓN, Álvaro. “¿Qué mundo dejará la pandemia?”, en *El Tiempo*, Bogotá, jueves 6 de abril de 2020.
- GALLÓN GIRALDO, Gustavo. “Coronavirus e inequivirus”, en *El Espectador*, Bogotá, jueves 9 de abril de 2020.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “La ética de la codicia”, en *El Espectador*, Bogotá, sábado 4 de abril de 2020.
- GAVIRIA, Alejandro, “Lo que es insostenible tiene que parar”, en *El Espectador*, Bogotá, sábado 4 de abril de 2020.
- GÓMEZ C., Silverio. “Muy difícil...pero puedo contarlo”, en *El Tiempo*, Bogotá, sábado 11 de abril de 20.
- HALIMI, Serge. “Ya mismo”, en *Le Monde Diplomatique*, edición Colombia, Bogotá, abril de 2020.
- HOMERO. *Iliada*, I,10 (hay múltiples ediciones. Me apoyé en Biblioteca Clásicos Gredos).
- HOYOS, Andrés. “Los cambios drásticos que vendrán”, en *El Espectador*, Bogotá, miércoles 1 de abril de 2020.
- LIGHT, Donald y otros. *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1998.
- MALTHUS, Thomas Robert. *Primer ensayo sobre la población*. Barcelona, Grandes Obras del Pensamiento, No. 20.
- MAZZUCATO, Mariana. “La triple crisis del capitalismo”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo, abril 12 de 2020.
- MORIN, Edgar. “El humanismo regenerado”, en *El Espectador*, Bogotá, domingo 12 de abril de 2020.
- MUJICA, Pepe. “Nos hemos dado cuenta de que el Estado es imprescindible”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020.
- OSPINA, William. “La voz de Dios”, en *El Espectador*, Bogotá, domingo 5 de abril de 2020.
- PETRO, Gustavo. “Después de esto la ley 100 tiene que desaparecer”, en *El Espectador*, Bogotá, martes 31 de marzo de 2020.

- PLATON. *República*. Libro II, 369c (hay múltiples ediciones. Me apoyé en Biblioteca Clásicos Gredos).
- PULGAR VIDAL, Manuel. “La gente está reconociendo el alto deterioro del planeta”, en *El Tiempo*, Bogotá, jueves 16 de abril de 2020.
- REISMAN, W. Michael. *Remedios contra la corrupción*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- RODRÍGUEZ BECERRA, Manuel. *Nuestro planeta. Nuestro futuro*. Bogotá, Debate, 2019.
- “Coronavirus y cambio climático”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 5 de abril de 2020.
- ROBINSON, Mary y REDDY, Daya. “La pandemia evidencia que estamos en el mismo barco, ahora no olvidemos el cambio climático”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 26 de abril de 2020.
- RUEDA, María Isabel. “Cara a cara”, *El Tiempo*, Bogotá, lunes 9 de marzo de 2020.
- SALA, Enric. “Salvar la naturaleza: es ahora o nunca”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 22 de marzo de 2020.
- SAUCEDO, Lina. “Estamos viviendo un ‘tsunami’ sanitario”, en *El Tiempo*, Bogotá, domingo 12 de abril de 2020.
- STIGLITZ, Joseph. *Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar*, Bogotá, Penguin Random House, 2019.
- TUCÍDIDES. *Historia de la guerra del Peloponeso*. II, 47,4 (me apoyé en Biblioteca Clásicos Gredos).

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EN COLOMBIA*

David Mercado Pérez**
Luis Fernando Bermeo Álvarez***
Profesores nacionales invitados

Resumen: El presente artículo presenta los resultados de investigación del proyecto *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el derecho colombiano* realizado entre 2012 y 2013 en la Universidad de Cartagena. El problema de investigación consistió en “*precisar las bases teórico – filosóficas del Estado de emergencia económica, social y ecológica en la jurisprudencia constitucional colombiana*”. Para ello se analizó el marco teórico e histórico de los estados de excepción, y especialmente del Estado de emergencia económica, social y ecológica en Colombia, para luego realizar una línea jurisprudencial sobre el control constitucional de esta figura por parte de la Corte Constitucional. Se encontró que la Corte, entre 1999 y 2011, configuró diversas

* Este artículo sintetiza los resultados del proyecto de investigación: *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el derecho colombiano* realizado por los autores, entre 2012 y 2013, producto del trabajo del grupo de investigación *Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional* de la Universidad de Cartagena.

** Profesor de derecho constitucional de la Universidad de Cartagena. Director del grupo de investigación *Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional* de la Universidad de Cartagena y la Universidad Libre sede Cartagena. Especialista en derecho público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad de Cartagena.

*** Becario de investigación doctoral de CeSPI. Becario de formación doctoral en la Universidad del Norte. Estudiante del doctorado en derecho en la Universidad del Norte. Master en derecho de la Universidad del Norte. Abogado de la Universidad de Cartagena. Miembro del grupo de investigación “*Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional*” de la Universidad de Cartagena y la Universidad Libre sede Cartagena.

subreglas jurisprudenciales para determinar la constitucionalidad o no de los decretos proferidos con base en esta situación constitucional. Este trabajo se concentra en reproducir especialmente estos últimos resultados.

Palabras clave: Estado de emergencia económica, social y ecológica, estados de excepción, revisión constitucional, Corte Constitucional colombiana.

COLOMBIAN CONSTITUTIONAL LAW IN STATES OF ECONOMIC, SOCIAL AND ECOLOGICAL EMERGENCY

Abstract: This article presents the results of research conducted for the project “*Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el derecho colombiano*” [Colombian Law and the current Economic, Social and Ecological State of Emergency] between 2012 and 2013 at the *Universidad de Cartagena*. The objective of the research was to “specifically identify the theoretical and philosophical bases of the State of economic, social and ecological Emergency in Colombian Constitutional Jurisprudence”. To accomplish this, the theoretical and historical frameworks of states of emergency were analyzed, in particular the current State of economic, social and ecological Emergency in Colombia. Then, a jurisprudential line was developed for the constitutional review exercised by the Colombian Constitutional Court in the application of this legal construct. The findings reflected that between 1999 and 2011, the Court formulated various jurisprudential sub-rules to determine the constitutionality of decrees issued based on those constitutional moments of emergency. This article focuses particularly on the presentation of the results from this second line of review.

Key words: State of economic, social and ecological Emergency; States of Emergency; constitutional review; Colombian Constitutional Court.

Introducción

La realización de esta investigación estuvo motivada por el uso del estado de emergencia económica, social y ecológica por parte del gobierno de Juan Manuel Santos durante los años 2010 y 2011. En 2012 el grupo de investigación de *Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional* de la Universidad de Cartagena, decidió emprender un estudio sobre esta figura jurídica y su uso en el sistema jurídico colombiano desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, especialmente en lo que tiene que ver con el razonamiento judicial de la Corte Constitucional para decidir sobre el uso de esta figura.

Bajo este entendido, el contexto histórico en el que se desarrolló esta investigación fue el de los dos años siguientes a la crisis invernal denomi-

nada fenómeno de la niña, que ocurrió durante 2010 y 2011 en Colombia. Durante este periodo se registraron 2 350 207 personas damnificadas en el territorio nacional¹, así como 869 032 personas afectadas², según fuentes oficiales del Estado³. En ese momento se decretaron dos estados de emergencia, uno el 7 de diciembre de 2010, por 30 días, siendo declarado exequible por la Corte Constitucional⁴, y el otro, el 7 de enero de 2011, por 22 días, siendo declarado inexecutable esta vez⁵.

Las preguntas sobre por qué la Corte, con pocos días de diferencia, en el contexto de la ola invernal, tomó la decisión de negar la exequibilidad del segundo decreto de estado de emergencia proferido por el gobierno, y qué sucedió para que en tan poco tiempo la Corte reservará su decisión inicial de permitir el estado de emergencia, impulsaron la investigación sobre el constitucional de la Corte respecto de estos decretos.

En este sentido, el proyecto se estructuró con base en el siguiente objetivo: precisar las bases teórico– filosóficas del estado de emergencia económica, social y ecológica en la jurisprudencia constitucional colombiana. Para ello, se estableció un marco histórico de los estados de excepción, de forma que se pudiese dotar de una genealogía a la figura jurídica objeto de estudio. Posteriormente, se identificó esta figura en el contexto latinoamericano, precisando qué tipos de estados de excepción existían en las constituciones de diversos países latinoamericanos en el momento. Y por último, se construyó una línea jurisprudencial sobre las bases teórico– filosóficas del estado de emergencia económica, social y ecológica en la jurisprudencia constitucional colombiana.

¹ “*Damnificados: Personas que han sufrido grave daño directamente asociado al evento: pérdida parcial o total de bienes (inmuebles, especies pecuarias y cultivos) y/o la desaparición, lesión o muerte de familiares o miembros del hogar. (Definición de la Oficina de Naciones Unidas para la coordinación de asuntos humanitarios.)*”. DANE. 2011. Comunicado de prensa. Bogotá. Disponible online en: https://www.dane.gov.co/files/noticias/Resultados_Finales_Reunidos.pdf. Revisado por última vez el 12 de mayo de 2020.

² “*Afectados: Personas que sufren efectos indirectos o secundarios. Son personas, diferentes a damnificados, que sufren el impacto de los efectos secundarios de los desastres como deficiencias en la prestación de servicios públicos, en el comercio, o en el trabajo, así como por aislamiento. (Definición de la Oficina de Naciones Unidas para la coordinación de asuntos humanitarios.)*”. Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-156 del 2011. MP. Mauricio González Cuervo.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-216 del 2011. MP. Juan Carlos Henao.

Los resultados más representativos de esta investigación son sometidos a consideración, en este momento histórico en que los Estados a nivel mundial, y especialmente Colombia, se enfrentan a una pandemia. En coyunturas como estas se espera que el derecho constitucional proteja los valores y principios sociales con los que se ha construido la forma de vida que se comparte en sociedad, especialmente los de un Estado social de derecho como Colombia.

Una breve genealogía del estado de emergencia económica, social y ecológica en Colombia

El primer nombre que se le dio a una situación de emergencia que requería de la atención estatal excepcional fue el de “dictadura”, en la época republicana de Roma. En sus inicios el “dictator” era escogido por el Senado y duraba un máximo de seis meses en el ejercicio de sus funciones, al final de los cuales debía presentar cuenta de sus actos, ya que era legislador y gobernante al mismo tiempo⁶. Las situaciones que ameritaban la dictadura fueron casi siempre de tipo bélico, como las guerras que tuvieron que afrontar para consolidar sus conquistas. La medida consistía en otorgarle mayores poderes al pontifex maximus o a un general de prestigio con el fin de que desplegara toda su habilidad política y militar para acabar con la crisis y restablecer el orden en Roma.

En la Edad Media, en Europa, esta figura tomó la forma del “comisario regio”, en la que el rey nombraba a un comisario para que se envistiera de sus poderes temporalmente y conjugara una situación de crisis estatal dentro del territorio. Fue una herramienta clave dentro de la dominación colonial. Esta figura también fue emulada por la Iglesia católica, en la época de la inquisición, al crear la figura del comisario inquisidor.

Posteriormente, establecido el Estado moderno, se retoma esta figura bajo el nombre *Etat de Siege* en Francia, después de la revolución⁷. En ella se otorgaba la facultad de asumir poderes extraordinarios, en tiempos de crisis relacionadas con la guerra o revueltas civiles, al poder militar, en

⁶ CAMARGO, Pedro. Los estados de excepción., Leyer. Bogotá. 2008.

⁷ BARTHÉLEMY, Joseph. Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. M. Giard & E. Brière. París. Disponible online en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111165z/f135.item>. Revisado por última vez el 12 de mayo de 2020.

aquellos lugares afectados por esta crisis. Sin embargo, la Constitución francesa de 1799 trascendió esta concepción y permitió la suspensión del *imperio de la Constitución*⁸ en los lugares afectados por las crisis de violencia, lo que le permitió a Napoleón abusar del estado de sitio.

Este es el origen moderno de esta figura jurídica, y así fue copiada en Colombia en la Constitución de 1821, tanto en el numeral 25 del artículo 55⁹ como en el artículo 128¹⁰. Durante el siglo XIX, el estado de sitio existió en Colombia solo en tres constituciones, la de 1821, la de 1832 y la de 1886. En esta última, el famoso artículo 121¹¹ hizo de la excepción, una normalidad, durante todo el siglo XX en Colombia¹².

⁸ Art. 92 de la Constitución de la República Francesa de 1799. Disponible online en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-22-frimaire-an-viii>. Revisado por última vez el 14 de mayo de 2020.

⁹ “Art. 55: Son atribuciones exclusivamente propias del Congreso: (...) (...) Núm. 25. Conceder durante la presente guerra de independencia, al poder ejecutivo aquellas facultades extraordinarias que se juzguen indispensables en los lugares que inmediatamente están sirviendo de teatro a las operaciones militares; y en los recién libertados del enemigo; pero detallándolas en cuanto sea posible, y circunscribiendo el tiempo, que solo será el muy necesario”. Constitución de la República de Colombia. 1821. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones políticas nacionales de Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

¹⁰ “En los casos de conmoción interior a mano armada, que amenace la seguridad de la República; y en los casos de una invasión exterior, y repentina, puede, con previo acuerdo y consentimiento del Congreso, dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables, y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones. Si el Congreso no estuviese reunido tendrá la misma facultad por sí solo; pero lo convocará sin la menor demora, para proceder conforme a sus acuerdos. Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y tiempos indispensablemente necesarios.” Ibidem.

¹¹ “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio en toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes y en su defecto, de las que le da el derecho de gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que leven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición de motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades extraordinarias”. Art. 121 de la Constitución de la República de Colombia de 1886. Ibidem.

¹² GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? una defensa prudente del control judicial de los estados

Más adelante, en 1968, se creó el estado de emergencia económica y social, mediante una reforma constitucional, por medio del acto legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, como una alternativa de los estados de excepción tradicionales: de sitio y de guerra exterior. El contexto de esta reforma fue una disputa entre el entonces presidente de la República, Carlos Lleras Restrepo, y el Fondo Monetario Internacional debido a la solicitud de un préstamo que hizo Colombia para afrontar la crisis por el retraso en el pago de la deuda externa y los malos rendimientos de la política cambiaria en aquel momento.

La respuesta a la solicitud de Colombia fue un proyecto de medidas económicas que tendrían que poner en marcha para el desembolso del dinero; la más importante de las medidas era la devaluación masiva. El gobierno contestó con un proyecto en el cual se recogían algunas pautas del F.M.I (control del déficit fiscal, etc.), pero el presidente y su equipo de trabajo, no estaban dispuestos a realizar una devaluación masiva¹³. Empero, los ajustes se realizarían sin esta medida¹⁴, mediante la declaratoria del estado de sitio en 1966 por parte del presidente, quien expediría los decretos en materia económica. Este ambiente propicio para el gobierno nacional abona el terreno político para la reforma Constitucional de 1968.

En parte, la idea de crear esta figura jurídica, separada del estado de sitio, era disminuir el abuso que del mismo se venía haciendo desde el nacimiento del Frente Nacional. Por otra parte, la intención también era desmontar poco a poco dicho frente sin perder los fundamentos de la democracia bipartidista, aumentar el poder del Ejecutivo ni reducir el poder del Congreso. En materia económica, el estado de emergencia fue la salida para que el ejecutivo tuviera como ordenar las medidas que dispusiera sin las “necesidades del Congreso” y sin tener que recurrir a la desprestigiada figura del estado

de excepción. Dejusticia. Bogotá. 2005. Disponible online en: <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/>. Revisado por última vez el día 12 de mayo de 2020.

¹³ La devaluación había sido aplicada antes en Colombia por Guillermo León Valencia, y había producido nefastas consecuencias para la clase media y baja del estado colombiano. La oposición de Lleras Restrepo, también presionaba al gobierno, creían que una vez en el poder, promovería la devaluación. Nueva Historia de Colombia. Tomo II. Planeta. Bogotá. 2001.

¹⁴ Ibidem.

de sitio. Con esta nueva forma de concebir los estados de excepción¹⁵, se incorporó a la constitución colombiana la emergencia económica o social.

Por último, ya en 1991, se crea en la Constitución Política de Colombia el estado de emergencia económica, social y ecológica. Este último adjetivo se considera relacionado con el contexto de la aparición de los derechos de tercera generación, relacionados con el medio ambiente, y los movimientos ambientalistas que se organizaron por todo el mundo, al punto que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la “conferencia de las naciones unidas sobre el medio ambiente humano” en 1972. También puede estar relacionado con el debate suscitado en Colombia por los proyectos de privatización del Parque Tayrona, durante los años setenta, de forma que pudieran construirse complejos turísticos. Finalmente, la opinión pública, la académica y diversas organizaciones no gubernamentales le cerraron el paso al proyecto del gobierno a través del Congreso, prohibiéndose los desarrollos turísticos hoteleros en el parque.

Bajo este contexto, se puede decir que tanto la forma como las situaciones en las cuales se puede decretar una emergencia nacional fueron establecidas en la Constitución actual como respuesta al uso abusivo del estado de sitio durante la Constitución de 1886. También en la nueva Constitución se reforzaron sus controles mediante la ley 137 de 1994, así como mediante el control constitucional que realiza la Corte Constitucional. Antes, la Corte Suprema de Justicia era la encargada de esta revisión, pero solo desde un punto de vista formal, por lo que su capacidad de “asegurar la Constitución” era más bien limitada.

Por ello, el nuevo sistema jurídico que se configuró en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, implica que a la Corte Constitucional le corresponde la revisión de estos decretos, tanto desde el punto de vista material como formal, tal como lo ha reiterado en su jurisprudencial, lo cual fue objeto de análisis en esta investigación. A continuación, se presentarán los resultados del análisis jurisprudencial sobre el estado de emergencia

¹⁵ Colombia vivió un periodo casi completo de estado de sitio durante 1949 hasta 1958, desde el cierre del Congreso por Ospina Pérez y durante los gobiernos que siguieron, utilizando los decretos de excepción, como forma general y constante de ejercer el poder. MERCADO, David. La paz en Colombia. Marco histórico, político y jurídico. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Cartagena. No.12. Cartagena. 1998.

económica, social y ecológica en Colombia y, posteriormente, lo que se considera, son las bases teórico- filosóficas de esta figura en el país, junto con las conclusiones.

Juicios de constitucionalidad en materia del control constitucional de los estados de emergencia económica, social y ecológica en Colombia

Al hacer el análisis jurisprudencial en esta investigación se tomaron solo sentencias que resolvieran sobre los decretos de declaratoria del estado de emergencia, encontrándose los siguientes, desde 1992 hasta 2011:

Cuadro No.1. Decretos declarativos de estados de emergencia en Colombia entre 1992 y 2011.

Decreto	Causa	Control constitucional
1. No. 333 de 1992	Perturbación del clima laboral en el sector oficial por falta de alza en salarios.	Sentencia C-004 de 1992
2. No. 680 de 1992	Verano, racionamiento eléctrico.	Sentencia C-447 de 1992
3. No. 1178 de 1994	Sismo, desbordamiento de ríos y avalanchas en Cauca y Huila.	Sentencia C-366 de 1994
4. No. 080 de 1997	Revaluación del peso, acumulación de reservas, déficit fiscal.	Sentencia C-222 de 1997
5. No. 2330 de 1998	Deterioro de la situación de los establecimientos de crédito (UPAC).	Sentencia C-122 de 1999
6. No. 195 de 1999	Terremoto del Eje cafetero.	Sentencia C-216 de 1999
7. No. 4333 del 2008	Captadoras ilegales de dinero.	Sentencia C-135 del 2009
8. No. 4704 del 2008	Captadoras ilegales de dinero.	Sentencia C-254 del 2009
9. No. 4975 del 2009	Crisis en el Sistema de Seguridad Social de Salud.	Sentencia C-252 del 2010

Decreto	Causa	Control constitucional
10. No. 2693 del 2010	Situación económica en la frontera con Venezuela, rompimiento de relaciones diplomáticas.	Sentencia C-843 del 2010
11.No. 4580 del 2010	Crisis por la ola invernal. Fenómeno climático de la niña.	Sentencia C-156 del 2011
12. No. 020 del 2011	Crisis por la ola invernal. Fenómeno climático de la niña.	Sentencia C-216 del 2011

Sin embargo, debido a la técnica de análisis dinámico de precedente utilizada¹⁶, solo se analizaron las siguientes sentencias: C-216 de 2011, C-156 de 2011, C-843 de 2010, C-252 de 2010, C-254 de 2009, C-135 de 2009, C-216 de 1999, C-122 de 1999. Con esta telaraña jurisprudencial se construyó una narrativa que permite exponer las principales características del control constitucional que realiza la Corte Constitucional de los decretos que declaran el estado de emergencia económica, social y ecológica en Colombia, especialmente, las subreglas que ha creado la Corte para aprobar estos decretos.

La razón de ser de la figura del estado de emergencia económica, social y ecológica es la de superar una situación de anormalidad que el país afronte y que represente una amenaza. La alteración extraordinaria de la normalidad es lo que permite que se alteren, excepcionalmente, las competencias legislativas, en aras de superar la situación anormal por la que atraviese el país en la mayor brevedad posible; así, el jefe de gobierno se reviste de poderes legislativos, solo contrabalanceado a que el poder de control constitución sea automático, integral y estricto; ya que el presidente en esta situación extraordinaria, se encuentra en la facultad de fijar contenciones al régimen jurídico y limitaciones a los derechos ciudadanos.

En todo caso, el ingreso a la anormalidad deberá estar fijado en unos parámetros de formalidad que persiguen *“(1) notificar a la población el ingreso a la anormalidad; (2) expresar la verificación de un hecho habilitante de un estado de excepción, en cuya virtud el Presidente podrá*

¹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Legis. Bogotá. 2006.

expedir Decretos-Legislativos y restringir los derechos; (3) poner en acción los controles políticos (Congreso) y jurídico (Corte Constitucional) sobre la actuación del Gobierno”¹⁷. A su vez, el uso de estos poderes excepcionales debe ajustarse al principio de proporcionalidad, en el que la superación a la anormalidad debe hacerse con el mínimo sacrificio posible, acorde a las características de la situación extraordinaria; entre otras cosas, no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y la declaración debe ajustarse a un juicio valorativo sobre la gravedad o perturbación que la situación extraordinaria tenga, y a un juicio de necesidad, en el que a falta de otras medidas, deba ser declarada la emergencia; existen también otros límites en las decisiones tomadas durante el estado de excepción, verbi gracia, que los decretos legislativos deben guardar una *relación estricta de causalidad con la anormalidad*. Ocasionados estos por la acumulación excesiva de poderes en manos del ejecutivo, ya que se le confiere más relevancia a los principios que orientan el modelo democrático, a la separación de poderes y a la salvaguarda de los derechos fundamentales¹⁸, pese al estado de anormalidad que se presente¹⁹.

¹⁷ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Los Estados de excepción constitucional en Colombia. Revista: Ius et praxis. Universidad de Talca. Talca. 2002.

¹⁸ Ley 137 de 1994 (estatutaria de los estados de excepción) ARTÍCULO 4o. DERECHOS INTANGIBLES. [Aparte subrayado derogado por el Acto Legislativo 1 de 1997] De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

¹⁹ La realidad específica en la cual se ubica el presente trabajo, está determinada por las recientes situaciones de desastre en el territorio colombiano, ocasionadas por las intensas lluvias características del Fenómeno de la Niña en los últimos años, lo cual ha causado la alteración del clima nacional y las consabidas consecuencias tanto para la población como para la infraestructura nacional. Todo ello permite investir al presidente de la república de facultades especiales para expedir decretos con fuerzas de ley, a fin de hacerle frente a dichas circunstancias.

Mediante la Constitución Política de 1991 se adopta una postura significativamente reguladora frente a los abusos cometidos a través de la figura del estado de sitio, presentados bajo la vigencia de la carta del 86, es decir, el desprecio al principio democrático y al de la separación y control de los poderes²⁰. La Corte ha reiterado, a lo largo de los años de vigencia de la Carta, su jurisprudencia y consolidó unas reglas de *procedimiento constitucional* sobre esta materia, aplicando el control formal y material de los decretos, a través de los “juicios de constitucionalidad en materia de estados de excepción”²¹.

Se reitera, así, que el derecho constitucional se deriva de la Constitución misma, por lo que la ley no es fuente formal del mismo. Esto significa que el derecho constitucional solo puede ser creado pretorianamente, tanto en su aspecto sustantivo como procesal; en efecto, en lo que respecta al examen de los requisitos formales para la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica, la Corte precisa los siguientes requisitos:

“En primer lugar (i) se analizará si dentro del decreto existe una parte motiva en donde se explique suficientemente las razones de la declaratoria; en segundo término (ii) se estudiará si el decreto está firmado por el Presidente y todos sus Ministros; en tercer lugar (iii) se analizará si se fija un límite temporal no mayor de treinta días y si no se han superado los noventa días calendario para la declaratoria de los estados de emergencia; en cuarto lugar (iv) se analizará si el decreto determina el ámbito territorial de aplicación; en quinto lugar (v) se estudiará si se informó a los organismos internacionales de la declaratoria; en sexto lugar (vi) se analizará si el Congreso estaba reunido o si se le convocó para los diez días siguientes al vencimiento del término de dicho estado si no estuviere reunido y por último (vii) se harán las conclusiones generales sobre el cumplimiento de los requisitos formales”²².

Vale decir que se deja de aplicar la añeja doctrina de los actos políticos que prohijara la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Carta de 1886, y se entra a ‘juzgar’ si el presidente de la República está haciendo *un*

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 2011. MP. Juan Carlos Henao.

²² Ibidem.

correcto uso o no de los poderes de excepción²³. Para efectuar el “control material” del decreto que declara cualquier estado de excepción, la Corte utiliza los juicios de constitucionalidad, que son: a) juicio fáctico²⁴, b) juicio valorativo, c) juicio de necesidad y d) juicio de subsidiariedad o de insuficiencia de medidas ordinarias. El primer juicio tiene a su vez otros tres, en los que descompone, a saber:

- i) Juicio de realidad: constatación por parte del juez sobre la existencia de los hechos en el “mundo de los fenómenos reales”. Este juicio no procede de ninguna norma en específico, es una creación de la interpretación del juez constitucional.
- ii) Juicio de identidad: *consiste en el análisis de la especificidad de los mismos como constitutivos de un Estado de Emergencia.(...) De este modo, corresponde al juez constitucional determinar si los hechos causales de la perturbación no son asimilables a los actos de agresión o guerra externa en que se basa el Estado de Guerra Exterior (C.P., 212), ni consistan en actos lesivos de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, que integran la noción de orden público político y fundamentan el Estado de Conmoción Interior (C.P., 213)*²⁵.

²³ Se extrae del texto jurisprudencial que, los requisitos formales que debe tener el decreto declaratorio del estado de emergencia económica, social y ecológica en Colombia son: a) Motivación suficiente, b) firma del presidente y todos los ministros, c) limitación temporal, d) delimitación espacial, e) notificación a los organismos internacionales, f) convocatoria al congreso para los diez días siguientes del vencimiento del estado de emergencia, en caso de que no esté reunido.

²⁴ “Como se ha reiterado por parte de la jurisprudencia constitucional, el juicio fáctico se refiere a un juicio objetivo en el que se establece la existencia o la ocurrencia de los hechos, en conjunción con el carácter sobreviniente y súbito de éstos, y en donde se analiza que los mismos hechos sean diferentes a los que dan lugar a la guerra exterior y a la conmoción interior. Estos tres aspectos han sido sistematizados por la jurisprudencia constitucional estableciendo que se debe verificar en este presupuesto la ocurrencia de los hechos (i), la sobrevinencia de éstos (ii), y realizar el juicio identidad de los hechos, es decir, que estos puedan ser entendidos como independientes y autónomos de los elementos fácticos que dieron lugar al estado de excepción del artículo 212 y 213 de la C.P.” Corte Constitucional, sentencia C-216 de 2011. MP. Juan Carlos Henao.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2011 MP. Mauricio González Cuervo.

- iii) Juicio de sobreviniencia: *El examen de ‘sobreviniencia’ explora el carácter repentino, inesperado o imprevisto de un acontecimiento llamada a ocasionar perturbaciones en el orden social*²⁶.

El juicio valorativo hace referencia a la importancia del análisis de la gravedad de los hechos que motivaron la declaratoria del estado de emergencia. En él se evalúa la inminencia, intensidad e importancia de los hechos, determinando si se justifica o no la declaración del mismo²⁷. El juicio de necesidad implica la evaluación interpretativa por parte de la Corte sobre la conexión necesaria entre los hechos sobrevinientes debidamente comprobados y la ineficacia de las medidas ordinarias para conjurar la crisis. Por esto, este juicio se confunde con el juicio de insuficiencia de medidas legislativas, ya que actúan conjuntamente en la evaluación del juez constitucional²⁸. Es por esto que el juicio de subsidiariedad o de insuficiencia

²⁶ Ibidem.

²⁷ “Igualmente se debe subrayar que la gravedad de la perturbación puede ser actual o potencial, es decir, que la perturbación puede ser un hecho consumado o pueden ser aquellos hechos causales que aún no constituyen perturbación, sino amenaza inminente de ésta. Del mismo modo hay que resaltar que el juicio de la gravedad ha de expresarse en la afectación significativa de los derechos a la vida, la integridad física, la subsistencia digna, el trabajo, la propiedad, la salud, la educación, la movilidad y circulación, el ambiente sano y en general los derechos fundamentales, económicos, sociales y ambientales de los habitantes del país.

Por otra parte hay que resaltar que el juicio valorativo tiene relación directa con el margen de apreciación que tiene el Presidente de la República en la valoración de la gravedad de la perturbación o la amenaza de perturbación del orden social suscitados por la emergencia. En este caso se trata de un juicio objetivo que debe realizar el gobierno en donde se debe tener en cuenta: (i) un concepto establecido de orden económico, social y ecológico, y (ii) unas valoraciones históricas sobre el criterio de normalidad y anormalidad propio de la vida social en un tiempo y un lugar determinado. Este margen de apreciación se relaciona con la capacidad que tiene el gobierno de valorar la gravedad de una situación calamitosa para decretar la emergencia, de acuerdo a la información que se disponga y a la constatación del desbordamiento de las medidas ordinarias para afrontar la situación. Igualmente en el análisis del margen de apreciación se debe verificar si la decisión no fue arbitraria ni errónea, es decir que la facultad reservada al Gobierno para determinar la gravedad de la situación no puede ser dictada por la sola voluntad o el capricho del ejecutivo de manera equivocada o torticera, dando lugar a que se instrumentalice el mecanismo de la declaratoria de emergencia con miras a eludir la potestad ordinaria que tiene el Congreso de dictar leyes”. Ibidem.

²⁸ Al respecto ha dicho la Corte:

“Este juicio implica tres pasos: en primer lugar (i) se tiene que verificar la existencia de las medidas ordinarias, en segundo término (ii) se tiene que comprobar si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado, y en tercer término (iii) se tiene que analizar si las

de medidas ordinarias, trata de un test sobre la capacidad de las medidas ordinarias que puede tomar el gobierno para conjurar la crisis, y si se demuestra que esta capacidad es desbordada por la magnitud de la situación, puede aprobarse el uso de medidas extraordinarias por parte del presidente, a través de la declaratoria del estado de emergencia²⁹. Por otra parte, existen otros principios utilizados por la Corte, que eventualmente pueden considerarse como integrantes de estos juicios, como son:

*Finalidad: es el principio según el cual, las medidas que adopte el gobierno con ocasión del estado de excepción, deben guardar relación con las circunstancias que originaron la declaratoria*³⁰.

Necesidad: representa una limitación a los eventuales abusos de poder del ejecutivo, ya que el gobierno debe demostrar que las medidas ordinarias no son suficientes para hacerle frente a la situación de crisis que perturba el orden social, económico o ecológico,

medidas ordinarias para superar la crisis eran insuficientes para afrontar la emergencia. En tercer término hay que subrayar que la jurisprudencia constitucional ha establecido que el análisis sobre la suficiencia de las medidas ordinarias es de carácter global y no implica un examen de cada una de las medidas que se anuncian en el decreto declaratorio. Finalmente, se tiene que resaltar que desde la Sentencia C-254 de 2010 se dijo que si los hechos que obligan a la declaración de estado de emergencia provienen de la conducta del Gobierno, el test de subsidiariedad deberá ser más estricto, “puesto que la ampliación de las competencias del Gobierno no puede ser la consecuencia inmediata y automática de la malversación o preterintención de las medidas ordinarias”. Ibidem.

²⁹ “En la Sentencia C-156 de 2011 se expuso lo relacionado con la línea jurisprudencial de este presupuesto de valoración en el control de constitucionalidad de los estados de excepción. En un primer lugar se denominó dicho juicio el test de subsidiariedad y se empezó a aplicar en la Sentencia C-122 de 1997, en donde se dijo que, “*De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afectan o amenazan el sistema económico, social o el ambiente. La plenitud del Estado de Derecho y de los mecanismos y formas que le son propios, sufrirían grave menoscabo si fácilmente pudiese soslayarse su curso ante cualquier dificultad o problema de cierta magnitud, pretextando razones de eficacia*”. Posteriormente en la Sentencia C-135 de 2009 se empezó a llamar “juicio de suficiencia de los poderes ordinarios de las autoridades estatales” en donde el juicio consistió en verificar si los mecanismos ordinarios eran suficientes o no para hacer frente a la situación de emergencia. Este test siguió llamándose de esta manera en las Sentencias C-254 de 2009 y C-252 de 2010.” Ibidem.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo.

y de otro lado, demostrar que las medidas que se adopten para enfrentar la emergencia están destinadas exclusivamente a ese fin³¹.

Motivación de incompatibilidad: *“es otro mecanismo de restricción de los poderes extraordinarios del Presidente durante los estados de excepción, y sugiere que cuando durante los estados de guerra y conmoción interior se suspendan leyes, el gobierno deberá justificar las razones concretas de la incompatibilidad de dichas disposiciones, con el régimen de excepción”*³².

Regla de proporcionalidad: *“es una exigencia consagrada en la misma Carta Política en el artículo 214 y tiene que ver con la “justa medida” entre las disposiciones que se adopten y la gravedad de la crisis que se pretende conjurar. La evaluación de la proporcionalidad entre las medidas excepcionales y la gravedad de la situación, hace parte del análisis de la Corte Constitucional de los decretos legislativos que se expiden con ocasión de la declaratoria de excepción”*³³.

No discriminación: *“reproduce el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política en el sentido de que establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”*³⁴.

El principio de eficacia y economía: *“se refiere a sacrificar lo menos posible el régimen constitucional ordinario, y tratar de retornar prontamente a la normalidad”*³⁵.

Principio democrático: *“busca asegurar que incluso en momentos de anormalidad, se mantenga la legitimidad democrática de las decisiones del Estado”*³⁶.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

Principio de subsidiariedad: “*consiste en realizar un análisis de la existencia del presupuesto objetivo de la emergencia, o bien, de verificar la existencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios que generen una perturbación o constituyan una grave amenaza para el orden social económico y ecológico y que no puedan enfrentarse a través de los mecanismos ordinarios*”³⁷.

Coherencia y razonabilidad judicial en el control constitucional

Ya en la obra “*Análisis Crítico sobre la coherencia del derecho en la Función Judicial*”³⁸ se dijo que: “*La realidad a investigar por parte del método cualitativo (...), viene formada por las decisiones judiciales contenidas en sentencias que son en sí el ‘El Derecho vivo’, el Derecho en su forma primaria y básica de construcción y expresión, es decir el Derecho en su materialidad y en su forma; por ello, establecimos como rasgo histórico que él siempre ha sido pretoriano ya que solo se capta por medio de lo que los jueces digan que es. En Colombia, algo tan evidente se olvidó, de allí que se siga ‘adorando’, cual fetiche, a la Ley como ‘Derecho único’ con carácter exclusivo y por lo tanto excluyente, por parte de un ‘stablishment’ conservadurista que ha perdido de vista que el Derecho Romano era lo que los pretores declaraban como tal, en aplicación del aforismo de aforismos: IURA NOVIT CURIA. Es por ello que, entre sus diversos objetivos, la Teoría Contemporánea del Derecho replantea una indagación sobre lo que es la práctica jurídica, es decir, como ‘aplican’ el derecho los operadores jurídicos en los específicos casos que deben resolver. El análisis de los resultados de la aplicación del método cualitativo en su modalidad etnográfica, según se dijo, parte de la identificación primaria de los ‘dominios’ del grupo estudiado, es decir, precisa los significados de los símbolos empleados en el lenguaje que le es propio al grupo, lenguaje este de base idiomática ya que el Derecho solo puede existir como lenguaje, pero que puede comprender una base iconográfica si la hubiere. Luego, se determinan las ‘relaciones por categorías’ de los significados al relacionar los símbolos semánticos y semióticos con los ‘CONCEPTOS’ de*

³⁷ Ibidem.

³⁸ MERCADO PÉREZ, David. *Análisis Crítico sobre la coherencia del derecho en la Función Judicial*. Universidad de Cartagena. Cartagena. 2009.

tipo teórico y, finalmente, se analizan los distintos componentes por medio de concretar sus atributos –Extensión y Comprensión– de los símbolos-conceptos culturalmente usados por el grupo objeto de estudio, que para nuestro caso es el de los operadores jurídicos. Tal asunto se efectuó en el análisis hecho a cada sentencia, en los capítulos respectivos”³⁹.

Es por esto que “el Derecho crea y no puede hacer nada para evitarlo, una especie de ‘Mitología Jurídica’ que enmascara de manera eficaz las imperfecciones de los tipos de razonamiento que emplea, según explicamos. Esta ‘Mitología’ deviene así en una suerte de ‘Magia Poderosa’, porque cada vez que se usa para exorcizar los ‘conflictos’ de los asociados indefectiblemente la diosa de la Justicia aparece para declarar lo ‘Justo’. Esta Mitología está presente en todos los productos culturales, máxime que el IUS es una mitología articulante de otras en ese complejo que es el imaginario cultural como realidad socio-semiótica de eso que llamamos ‘Sociedad Humana’ o ‘Polis’. Es esta ‘Mitología’ la que se maneja en el foro, no olvidemos que la práctica judicial se representaba en ROMA como una actividad teatral, ya que cada parte y el pretor mismo son ‘PERSONAS’, es decir, ‘MÁSCARAS’, que ‘actúan’ conforme a la ‘ritualidad procesal’, de modo tal que si esos ‘ritos’ no se efectuaban se entendía que no podía ‘interpretarse’ el IUS (La palabra de IOVE). Hoy de modo más elaborado llamamos a la violación de dicha ‘ritualidad’, ‘NULIDAD PROCESAL’ por falla en la aplicación del ‘Principio’ del ‘Debido Proceso’, pero en

³⁹ Los aspectos explicados se presentan por medio de una descripción que exponga la fenomenología de cada sentencia en su argumentación al destacar la concatenación de sus argumentos expresados en premisas desde el punto de partida que cada operador jurídico hubiese escogido. Este punto de partida puede ser la lógica de lo razonable, la teoría interpretativa, la teoría discursiva o el clásico silogismo exegético donde el caso se subsume en la norma de modo mecánico y todo el trabajo consiste en escoger dicha norma. Procederemos ahora a efectuar una explicación donde se verificará la coherencia descrita en el problema de investigación, para ello constataremos la “*Coherencia Interna*” de la argumentación frente a la teoría seleccionada por el operador mismo. Teoría apoyada por la dogmática vigente. Debemos proceder así porque el derecho es un sistema abierto ya que en sí no tiene ni podrá jamás tener una regla omnicompreensiva que conduzca a criterios inconfundibles que, entre otras cosas, permitan verificar las semejanzas de los “supuestos fácticos” de dos casos distintos. No podemos olvidar, además, que sin “supuestos fácticos” no existe una “base objetiva” de la decisión judicial, pero dicha “base” no está “situada en el mundo” derivada de la naturaleza, sino por el hombre como ser social, ya que el derecho es socio-semiotidad cultural, producto político y social del hombre. Luego, el derecho no es objetivo sino objetivable.

sí, nada ha cambiado. El IUS de hoy es el ayer y el de siempre, la fuerza más conservadora inventada por el hombre, solo varían los presupuestos teóricos de la Dogmática Jurídica”⁴⁰.

Con esto presente, como respuesta a la cuestión de si existe o no la coherencia judicial, debe contestarse que sí. Esto, en razón a que la *'razonabilidad'* que exhiben todos los silogismos de las sentencias analizadas en esta investigación, se apoyan en las características ideológicas del ordenamiento jurídico vigente, es decir, en la dogmática jurídica propia de dicho ordenamiento. Se constata en cada una de las sentencias analizadas la explicación de una técnica argumentativa y la confección previa de una premisa mayor que sea aceptada por todos sin discusión, o por lo menos que pueda resistir la revisión en una instancia superior por no contradecir dicha dogmática.

Es más, se concluye también, que el planteamiento introductorio es el verdadero *obiter dicta* que enmarca la razonabilidad escogida para elaborar la premisa mayor del silogismo jurídico, dado que se está señalando una “precomprensión hermética” tal como la concibe y explica Gadamer. En todas las sentencias de la Corte Constitucional que fueron objeto de esta investigación, se está “predeterminando” cómo es que se quiere proferir la sentencia. En su “intimidad” cada operador jurídico sabe *qué* va a resolver, por lo que argumentará en un sentido preconcebido, es decir, vestirá jurídicamente lo que ha resuelto.

Al respecto, la filosofía hermenéutica o filosofía de la interpretación gadameriana establece que el sujeto y el objeto tienen en sí el mismo modo de ser, al estar incluidos en un mismo y único proceso de movilidad histórica,

⁴⁰ MERCADO PÉREZ, David. Análisis Crítico sobre la coherencia del derecho en la Función Judicial. Unicartagena. 2009. Por ello, al hacerse la “práctica forense” cargo de todas las etapas del razonamiento jurídico, conservando ese rasgo de juego escénico con el que nació, exige la presentación de “ejemplos antagónicos” cuando se protegen a las partes y a los asociados por medio de establecer que todos los que coparticipen del “conflicto de intereses” objeto de la Litis, lleguen a los tribunales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer dentro del proceso) y pueda operar así la “ilusión” de que la regla a aplicar es el fruto de un acto complejo en el cual, todas las cosas diferentes son tratadas como iguales, dado que “*Todas las diferencias han sido presentadas en los alegatos*”. Así y solo así se crea y se aplica el precedente judicial, razón de ser de la seguridad jurídica. Esto torna en vana la pretensión de que el derecho defina desde sí mismo que es él y obliga a situar en un marco amplio la verificación no solo de la respuesta al problema que sirve de base a esta investigación sino la de la respuesta a la pregunta por el derecho.

de esto se desprende que no existe la neutralidad de nadie ya que no se puede evitar ser parte del objeto de investigación, por ser un ser histórico y ser ese objeto algo que solo puede tener sentido como “objeto histórico”. De allí la afirmación gadameriana de que no existen los hechos puros o los hechos en sí, solo las interpretaciones de los mismos⁴¹.

Así, concluyese lo que ya desde el siglo XIX habían observado el “Buen Juez” Magnaud y François Geny, entre muchos más, que la pretensión de los exegetas de determinar la “claridad” de la norma antes de su aplicación carece de sentido, primero porque desde Wittgenstein se sabe que como lenguaje, ninguna norma puede determinar el alcance de su propia aplicación y, segundo, porque haría inviable la existencia de la sociedad al ser paradójico que la seguridad jurídica que brinda la jurisprudencia y que solo ella es capaz de dar, no podría existir. Se “olvida” que la cosa juzgada no se predica de la ley sino de las sentencias, que ejecutoriadas, definen la solución para una *litis* que en concreto y de modo particular es planteada. Sentencia esta que no debe vulnerarla Constitución.

Con este concepto de “Constitución” en mente, se aborda el segundo aspecto: ¿Qué es el *derecho constitucional*? Se entiende por este, en la perspectiva liberal actual, a la rama del derecho que estudia las normas que buscan regular dicho encuadramiento jurídico, por lo que se mueve entre dos polos que parecen excluirse y, que, al considerárseles en solitario, la concepción contractualista estima que imposibilitan la vida social, el de la autoridad y el de la libertad; el derecho constitucional es simultáneamente

⁴¹ Esto en razón a que los “hechos” ya acontecieron, son parte de un pasado y este “pasado” debe ser reconstruido, reconstrucción que se efectúa en el derecho por medio de las pruebas que por sí mismas nada “prueban”, sino que su “sana crítica”, vale decir, su interpretación, es la que en sí nos dice que es lo que ellas “prueban”.

Es así que debemos desterrar el concepto falso de que el derecho es un sistema de reglas conocidas que los jueces aplican casi que automáticamente, en realidad eso es una postura y nada más, según explicamos en la teoría que soporta esta investigación, ya que ninguna regla jurídica es intrínsecamente clara y la “claridad” solo depende de su valoración interpretativa frente al caso y en función de este y jamás como una disquisición absoluta frente a su texto. El análisis de las sentencias recopiladas nos dice que el *Ius* solo tiene sentido a partir del problema o caso que da inicio a la reflexión jurídica. *En el derecho las normas se aplican, pero él como se aplican no es un hecho que indefectiblemente debe ocurrir*. KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Universidad de los Andes. Bogotá. 1999.

una técnica de autoridad y una de libertad. El mismo busca, al decir de Hauriou, “organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”. Este objeto del derecho constitucional es titánico y, por serlo, le confiere a la labor de interpretar la normativa de una constitución características muy concretas y específicas.

Se constata así algo fundamental que el derecho proviene de la política, que es hijo de ella. El derecho no es una deidad ni la justicia tampoco. Las realidades políticas no cambian por que cambien las normas, como en uso del exagerado leguleyismo colombiano se ha pretendido o aún se pretende hacer. *La Política es fuente material del Derecho de modo especial y más que en cualquier otro evento, lo es del Derecho Constitucional.*

Si las normas constitucionales son de orden político porque nacen de la política, solo pueden provenir de quienes controlen el poder y estas son las fuerzas o factores de poder más fuertes dentro de una sociedad según una correlación que se dé entre ellos; pues bien, las normas en mención figuran en lo llamado “Constitución del Estado”, que es escrita o consuetudinaria. Ellas se desarrollan en los distintos códigos, leyes, decretos, etc. Y algo esencial: la jurisprudencia constitucional. Es absurdo imaginar una Constitución apolítica. Se deduce que el derecho solo es funcional dentro de un orden político y en la medida que ese orden lo haga viable y, además, nunca puede ir en contra del equilibrio de fuerzas de los sujetos que generan tal orden.

Los jueces dictan sus sentencias en nombre de la República y subordinados a la Constitución y las leyes, no puede ser de otra forma, es una condición de su validez. Por último, pero no por ello menos importante, en todas las sociedades existe una dicotomía entre su ideal de justicia y la seguridad política, de modo tal que en cada momento histórico sólo obtendrán tanta justicia como sea posible siempre que no peligre la seguridad. Esta es la base de cualquier ordenamiento político. A su vez, el ideal de justicia es cambiante ya que se desarrolla según la evolución cultural de cada pueblo, por lo que es, primariamente, un importante componente ideológico del orden constitucional; lo justo siempre da pie a rudos debates y cambia con la historia, de allí que la guerra no es regulable por reglas per se⁴², sino que

⁴² “El prescindir del elemento de brutalidad a causa de la repugnancia que ésta inspira es un despilfarro de fuerza, por no decir un error”. “No es posible introducir un principio mode-

los beligerantes se imponen unas normas mínimas a nombre de la civilización, eso es el derecho internacional humanitario⁴³.

Conclusiones

Es posible identificar en las sentencias de la Corte Constitucional, sobre el asunto que nos ocupa, que por lo general se adopta un esquema argumentativo atendiendo a la especificidad de los casos objetos de revisión, respaldado por las reglas y principios que en forma de test han creado jurisprudencias anteriores sobre la materia, para resolver el problema jurídico subyacente a la constitucionalidad o no de los decretos de declaratoria de estado de emergencia.

Lo expuesto conduce a precisar que es una Constitución. Al respecto David Mercado⁴⁴ ha dicho que: *“ANDRÉ HAURIUO nos dice que ella es el ‘encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos’. Esta conceptualización encierra a su vez dos ideas de comprensión problemática: La de ‘Encuadramiento Jurídico’ y la de ‘fenómenos políticos’, los últimos hacen referencia de la manera más general posible a todos los hechos que se dan en la vida social y que incide sobre la comunidad donde participe o esté implícita la noción de poder o sea de quienes mandan y cómo mandan”*⁴⁵.

rador en la filosofía de la Guerra sin incurrir en un absurdo”. “...La guerra es un acto de violencia, no existe límite alguno a la manifestación de esta”. VON CLAUSEWITZ, Carl. De la guerra: edición abreviada. Tecnos. Madrid. 2010.

⁴³ Si la dinámica de la guerra lo demanda, las reglas de derecho dejan de ser tenidas en cuenta o bien se reelaboran o se reinterpretan al son de los tambores bélicos. Al respecto los romanos acuñaron una de sus tantas máximas que plasmaban en sentencias breves, patrones a seguir de modo ineludible, aunque en principio nos repugnen; la que aquí nos ocupa reza: *“inter arma silent leges”*, es decir, “En medio de las armas callan las leyes”.

⁴⁴ MERCADO PEREZ, David. Manual de teoría constitucional. Edición Rodríguez Quito Editores. Bogotá. 2008.

⁴⁵ HAURIUO enseña que los mismos se dan en tres dimensiones distintas:
-El reconocimiento total del hombre por el hombre ya que es el ser humano como una integridad el sujeto y el objeto de la política.
-La determinación de lo que es bueno para la sociedad, puesto que cada comunidad humana según su evolución histórica define por sí y ante sí lo que juzga deseable, justo y útil dentro de eso que se ha convenido en amar el bien común.
-Las relaciones entre gobernantes y gobernados: como en toda sociedad humana encontramos una minoría que manda y una mayoría que obedece, es necesario establecer unas reglas que regulen la forma como los gobernantes habrán de mandar y como se integran los

El “encuadramiento jurídico” del juego del poder ha sido más tortuoso y complicado y puede decirse que nunca será posible hacerlo completamente, este concepto va de la mano del de “estado de derecho” y aparece en el siglo XVII. Hauriou da tres razones para sustentar el porqué de lo difícil de ello:

1. Por la violencia inherente a las relaciones políticas.
2. Por estar la vida política en permanente evolución, siendo sus manifestaciones imprevisibles.
3. Porque no siempre los gobernantes se muestran respetuosos de las normas que regulan el juego del poder y a menudo las desconocen.

Luego, el derecho constitucional que es la rama del derecho que estudia las normas que buscan regular este juego del poder, se mueve entre dos polos que parecen excluirse pero que juntos hacen posible la vida social, el de la autoridad y el de la libertad; el derecho constitucional es simultáneamente una técnica de autoridad y una de libertad. Él busca, al decir de Hauriou, “organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”. Este objeto del derecho constitucional es titánico y le otorga a la labor de interpretar la normativa de una constitución características muy concretas y específicas⁴⁶.

órganos que administran el poder a la par que los deberes y controles de los gobernados sobre los primeros. Estas relaciones son la materia de eso que llamamos el juego político.

⁴⁶ Ahora bien, la normativa constitucional no puede, como cualquier normativa, preverlo todo, de allí que haya sido esta rama del derecho la primera en plantear la aplicación de la misma, previo su “entendimiento”, desde dos perspectivas:

- A. La interpretación propiamente dicha, donde hay norma y,
- B. La integración del derecho, por lo cual se llenan vacíos o lagunas que existan en una constitución. No se olvide que no existe la interpretación analógica o la aplicación analógica porque no hay normas constitucionales que ordenen aplicarla a casos parecidos o textos de ese rango que regulen situaciones parecidas o similares.

La interpretación constitucional tiene dos características básicas:

1. La Constitución es una norma límite, y
2. El juez constitucional es un órgano límite.

Lo primero quiere decir que por encima de la constitución no hay más normas, ella es la norma de las demás (norma normarum) pero sobre ella ninguna, a su vez, el nivel de generalidad es mayor por lo que el riesgo de vaguedad aumenta. Lo segundo significa que por encima del juez de constitucionalidad no hay más instancias, esto significa que sus sentencias nadie las revisa. El poder de una Corte Constitucional o de una Corte Suprema, es pues, inmenso. Este poder conforme a la tendencia nacida en la segunda posguerra y doctrinas como la “prospectiva” de la jurisprudencia LINKLETTER VS. WALKER acogida por los europeos y por nosotros han conducido a reconocer dos cosas importantes:

1. Que la jurisprudencia constitucional es obligatoria, y
2. Que el juez de constitucionalidad legisla.

El control material concreto permite entonces a la Corte “analizar” el presupuesto objetivo de la declaratoria, es decir, verificar y calificar los hechos con los que el gobierno pretende justificarla, determinando si realmente es así o no, que el país se vea bajo el estado de emergencia económica, social y ecológica. Es decir, al interpretar la normativa constitucional su intérprete autorizado crea derecho en todos los sentidos, está “organizando una coexistencia pacífica del poder y la libertad”. Por lo anterior, cumple a cabalidad su papel de guardiana de la Constitución en estos casos.

Bibliografía

- BARTHÉLEMY, Joseph. *Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. M. Giard & E. Brière. París. Disponible online en : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111165z/f135item> . Revisado por última vez el 12 de mayo de 2020.
- CAMARGO, Pedro. *Los estados de excepción*. Leyer. Bogotá. 2008.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Los Estados de excepción constitucional en Colombia*. Revista: Ius et praxis. Universidad de Talca. Talca. 2002.
- DANE. 2011. Comunicado de prensa. Bogotá. Disponible online en : https://www.dane.gov.co/files/noticias/Resultados_Finales_Reunidos.pdf . Revisado por última vez el 12 de mayo de 2020.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia. Bogotá. 2005. Disponible online en : <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/> . Revisado por última vez el día 12 de mayo de 2020.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Universidad de los Andes. Bogotá. 1999.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Legis. Bogotá. 2006.
- MERCADO PÉREZ, David. *Análisis Crítico sobre la coherencia del derecho en la Función Judicial*. Universidad de Cartagena. Cartagena. 2009
- MERCADO PÉREZ, David. *Manual de teoría constitucional*. Edición Rodríguez Quito Editores. Bogotá. 2008.

MERCADO, David. *La paz en Colombia. Marco histórico, político y jurídico*. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Cartagena. No.12. Cartagena. 1998.

Nueva Historia de Colombia. Tomo II. Planeta. Bogotá. 2001.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

VON CLAUSEWITZ, Carl. *De la guerra: edición abreviada*. Tecnos. Madrid. 2010.

Constituciones

Constitución de la República de Colombia. 1821.

Constitución del Estado de la Nueva Granada. 1832.

Constitución de la República de Colombia. 1886.

Constitución de la República de Colombia. 1991.

Constitución de la República Francesa. 1799. Disponible online en : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-22-frimaire-an-viii> . Revisado por última vez el 14 de mayo de 2020.

Leyes

Congreso de la República de Colombia. Ley 137 de 1994.

Sentencias

Corte Constitucional, Sentencia C-216 de 2011. MP. Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2011 MP. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-843 de 2010 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C-135 de 2009. MP. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1999 MP. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia C-122 de 1999 MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-004 de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Cuadro No. 1.

Decretos declarativos de estados de emergencia en Colombia entre 1992 y 2011.

EXCEPCIONALIDAD Y DERECHO
GENERALIDADES DE LA EXCEPCIONALIDAD DENTRO
DE LOS ESTADOS DE DERECHO LATINOAMERICANA DEL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO*

Édgar Hernán Fuentes-Contreras**
Profesor nacional invitado

Resumen: Si se concibe el Estado de derecho como una forma permanente y coherente para salvaguardar los derechos de la ciudadanía, incluso en los estados excepcionales, debe buscar la manera de perseverarlo. En ese orden de ideas, el presente artículo recopila las generalidades de la excepcionalidad a partir de los límites que se han concebido para ella, con especial énfasis en las estructuras latinoamericanas vigentes. En esa medida, empleando una metodología exploratoria, se hará una presentación inicial sobre las formas de atender la crisis, para después centrarse en las fronteras que se han esbozado y que construye, al final, el concepto de soberano o su ejercicio efectivo en el uso de los estados de excepción.

* Artículo de investigación que se vincula, parcialmente, a las actividades ejecutadas dentro del proyecto “Ecos de la Historia” vinculado al Grupo de Investigación “Derecho y Globalización” de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia), y, asimismo, en los desarrollos iniciales dentro de la investigación posdoctoral.

** Doctor en Derecho, con mención internacional, de la Universidad de Sevilla (España). Actualmente, desarrollando estudios posdoctorales en la Universidad de los Andes (Chile). Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Máster Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de Sevilla, respectivamente. Docente, conferencista, par académico e investigador de distintas universidades. Miembro Fundador del Instituto Internacional de Derechos Humanos - Capítulo Colombia, Director del Área de Derecho Público de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia) y Director para Colombia Latin Iuris, entre otros. Correo electrónico: edgar.fuentes@utadeo.edu.co; edherfucon@gmail.com.

Palabras clave: Constitución, derecho excepcional, Derechos Humanos, estados de excepción, soberanía.

EXCEPTIONALISM AND THE LAW
GENERAL OBSERVATIONS ON EXCEPTIONALISM WITHIN
NEW CONSTITUTIONALIST LATIN AMERICAN RULES OF LAW

Abstract: If we conceive the Rule of Law as a coherent and permanent way of guaranteeing the rights of citizens even under States of Emergency, we must then search for the way to maintain it. In that spirit, this article compiles general aspects of exceptionalism, using as a point of departure the limits that have been conceived for its application, placing particular emphasis on existing Latin American systems. To that extent, and applying an exploratory methodology, an initial presentation is made about the ways in which the crisis has been managed; focus then shifts to the limitations that have been revealed, which, in the end, construct the concept of sovereignty or its effective exercise in the use of States of Emergency.

Key words: Constitution; Exceptionalism Law; Human Rights; States of Emergency; Sovereignty.

Introducción

Como categoría genérica, es posible entender al estado excepcional como una expresión que reúne diversas modalidades, según los textos constitucionales, que se ocupan de los acaecimientos urgentes, imprevisible y que, por demás, ponen en riesgo la estabilidad institucional. Justamente, dicha categoría abarcaría los llamados estados de alarma, de sitio, de excepción, de emergencia, de catástrofe, entre otros, según sea la denominación asumida por el constituyente para su respectiva reglamentación.

Sin embargo, dichas modalidades tendrán en común, y de allí su agrupación en esa mención genérica del estado excepcional, que se han construido bajo “*un símil a la situación anormal de una ciudad o plaza sitiada, en donde la vida de sus habitantes se altera profundamente [...]*”¹. De tal modo, desarrollan la idea según la cual *necessitas legem non habet*, es decir, que ante acaecimientos extremos o excepcionales –no necesariamente

¹ MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio. “Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio”. En: MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el derecho mexicano*. México, D.F.: UNAM, 2006; p. 5.

extraordinarios— se origina un estado de necesidad generalizado, en el cual la ley previa se hace insuficiente.

Precisamente, ante estos sucesos, las formas jurídicas sometidas a una legalidad estricta (o completamente limitativa) se observan incapaces de sopesar y enfrentar lo excepcional y, por demás, de evitar que se causen daños irreparables. Por consiguiente, dan paso a un sustento donde, por la imprevisibilidad no resuelta, se habilita a órgano distinto al legislador general para que remedie o conduzca la situación a un espacio en el cual las facultades normales ofrezcan respuestas efectivas. Así, ante la imprevisibilidad, se responde con una discrecionalidad sujeta al fin común del salvaguarda o restablecimiento de la institucionalidad.

Es, por tal motivo, que, como es reconstruido Carl Schmitt², la intervención discrecional no puede ser medida, en muchas ocasiones, desde lo jurídico, sino que, por el contrario, su justificación y comprensión práctica está más en el terreno de lo político, por su contenido y por su función.

No obstante, la extensión del Estado de derecho significó cada vez que los estados excepcionales se alejaron del terreno político y lo trajeron, en mayor o menor medida, al espacio de lo jurídico. De allí que “*La tendencia del Estado de Derecho a regular lo más a fondo posible el Estado de Excepción no entraña sino el intento de circunscribir con precisión los casos en que el derecho se suspende a sí mismo*”³.

En tiempos donde los estados excepcionales, ante los efectos de la pandemia, han encontrado una nueva masificación y extensión en sus usos, parece esencial volver a los aspectos más básicos de su comprensión y regulación, que permitan abordaje precisos y no ajenos a la esencia de la categoría. Por ello, el presente artículo plantea como pregunta guía la siguientes ¿Cuáles pueden ser consideradas como limitantes jurídicas en la discrecionalidad de los *estados excepcionales, dentro de la órbita de los Estados de derecho latinoamericanos del nuevo constitucionalismo?*

² Cfr. SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Versión española de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1985.

³ SCHMITT, Carl. *Teología política*. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, S.A., 2009. p. 19.

Así las cosas, empleando una metodología exploratoria, el texto busca identificar dichas limitantes, en términos generales, desarrollando dos acápite principales. El primero de ellos, hará una referencia sucinta a los modos históricos de tratamiento de la excepcionalidad, para exhibir las variaciones sufridas hasta el fortalecimiento dado dentro del Estado de derecho. Posteriormente, planteará los limitantes teniendo como referencia las modalidades incluidas en los textos constitucionales actuales, los principios que someten a los estados excepcionales y, finalmente, los componentes prescritos por el derecho internacional de los derechos humanos como no susceptibles a ser suspendidos dentro de estos estados.

Modos históricos de la excepcional

Uno de los referentes históricos más sobresalientes del tratamiento de la excepcionalidad, por lo menos en el derecho occidental, se encuentra vinculado con la figura utilizada en la antigua Roma conocida como la *dictadura republicana*. Efectivamente, proveniente del derecho romano republicano⁴, la dictadura comisarial o republicana tendrá a su primer dictador, según Tito Livio, a Tito Larcio en el año 500 a.C., con motivo de la guerra contra la Liga latina⁵.

A dicho dictador, como a la mayoría de posteriores, se le revistió de ciertas atribuciones y competencias, previo cumplimiento de procedimiento de habilitación, el cual constaba, inicialmente, de elevar una petición formal al Senado, para que este decidiera si se le reconocía a un cónsul la posibilidad de nombrar, entre los magistrados, al dictador por un período de seis meses (salvo que su cometido fuese satisfecho en un plazo menor, ante lo cual debía presentar la renuncia inmediata).

El dictador tendría, de tal modo, la posibilidad de ejercer el llamado *imperium*, es decir, “*las facultades para atender la crisis y que habían sido*

⁴ Véase, por ejemplo: FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 111 (2004); pp. 801-860.

⁵ LIVIO, Tito. *Historia de Roma desde su fundación*. Libro I a X. Traducido por Canon Roberts. Londres: Ernest Rhys, 1905.

*otorgadas por la ley que se votaba en los comicios curiados*⁶. Debido a ello, el dictador contaba con la facultad de evadir los controles de los órganos colegiados (Senado) y, adicionalmente, los posibles vetos que estos hubiesen podido producir. En todo caso, no se admitía que dicho poder fuera causa para la desaparición formal de la República, sino que, por el contrario, se otorgaba con la intención última de salvar a la misma.

Bajo esa finalidad, se aceptaba que el dictador o *imperator* estaba facultado para “*hacer la guerra (dictadura rei gerendae) o reprimir una rebelión interna (dictadura seditionis sedandae); más tarde también se le encomendaron pormenores especiales, como la celebración de una asamblea popular (comitiorum habendorum), clavar un clavo, que por motivos religiosos tenía que ser clavado por el praetor maximus (clavi figendi), la dirección de una investigación, la fijación de días festivos, etcétera*”⁷.

Al final, esta modalidad de la excepcionalidad se justificaba, como lo expresaría Cicerón, en la máxima que reza que *salus populi suprema lex esto*⁸. Por ende, el dictador o *magister populi*, “*no estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte*”⁹.

Sin embargo, con la instauración del imperio como modelo político y la caída de la república, se modifica dicha versión clásica que se hacía, de cierta forma, innecesaria frente a la concentración permanente de los poderes que ostentaba el emperador. Solo será con el asentamiento de los gobiernos medievales donde, sustentada en la fragmentación política, se multiplicaron las maneras de gestionar las circunstancias excepcionales.

Si bien no se conservaba plenamente la categoría de la dictadura comisarial, muchas de las nuevas modalidades se sustentaron en elementos de ella.

⁶ FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Legislación en sentido material*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2018; p. 443.

⁷ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. *Op. Cit.* pp. 33–34. Véase, además: ARRIOLA CANTERO, Juan Federico. *Teoría general de la dictadura: reflexiones sobre el ejercicio del poder y las libertades políticas*. Segunda Edición. México, D.F.: Trillas, 2000.

⁸ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*”. En: *Cuadernos de Filología Clásica - Estudios Latinos*, Vol. 12 (1997); pp. 39-78.

⁹ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. *Op. Cit.* p. 34.

Ciertamente, en el marco del ejercicio de la *iurisdictio*¹⁰, dada la fragmentación territorial y competencial¹¹, se empleó, por ejemplo, el concepto de *plenitudo potestatis*¹². Dicha noción fue adoptada por parte de la Iglesia católica y el Papa para formular comisiones que resolvieran los escenarios ajenos a la normalidad; la cual se desarrolló a la par con la doctrina de la cláusula *rex imperator regno suo*¹³, durante la Baja Edad Media. Así, el rey, apoyado en la Iglesia, tenía la obligación de mantener la *salud* del Estado.

En consecuencia, se efectuaban intervenciones en ocasiones compartidas y/o en articulación con algunas similitudes a la categoría romana, pero más dependientes de los proyectos políticos propios que fueron derivados de la fragmentación medieval, hasta que se imponen los modelos absolutistas donde se fortalece la centralización permanente nuevamente. Justo allí, y como antecedentes inmediatos a las posturas del Estado de derecho, el rey asumió poderes sometidos potencialmente solo a su buen criterio para la estabilización del Estado ante la crisis, incluso, con semejanzas más a la categoría romana en su última época en la era republicana, en otras palabras, a las dictaduras tardías que ejecutaron Sila y César¹⁴.

¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ, Faustino. “Ecos cronísticos del rey-juez medieval”. En: *Cuadernos de historia del derecho*, Vol. Extraordinario (2010). pp. 312–313.

¹¹ Sobre el tema, véase, por ejemplo: PANATERI, Daniel. “Iurisdictio y Irurisdicciones: El Espacio como problema a partir de un Análisis de la Soberanía en la glosa de Gregorio López a las Siete Partidas”. En: MORÍN, Alejandro (Ed.). *Estudios de derecho y teología en la Edad Media*. Buenos Aires: Maglio, 2012. pp. 129–160.

¹² “La soberanía papal dentro de la Iglesia había superado ya en el siglo XIII al Estado feudal medieval. Lo esencial de la autoridad papal radica, desde Inocencio III, en que el papa no es ya el señor feudal supremo de la Iglesia: “él dispone ilimitadamente de las rentas de la Iglesia: distribuye sus cargos y beneficios conforme a su propio arbitrio y discreción: él no es solo el señor supremo, sino el único señor de la Iglesia... [...]”. Lo que se tomaba como revolucionario en la *plenitudo potestatis* era la supresión de la representación medieval de la jerarquización absolutamente inmutable de los cargos, que incluso desde la instancia suprema existía como derecho que correspondía al titular del cargo”. SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Op. Cit. pp. 75–76.

¹³ Cfr. GARCÍA MARÍN, José María. *La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)*. En: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/gmarin.pdf>; (consultado: 31, may., 2016); SOUTO PAZ, José Antonio. *Nación y soberanía en la doctrina medieval*. En: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9707/CC_37_art_2.pdf;jsessionid=D0C6331CCA8558776A0842CAD26E7592?sequence=1; (consultado: 31, may., 2016).

¹⁴ “En ese sentido, Schmitt alude a la diferencia entre la dictadura republicana o comisarial y la dictadura soberana. En esta última, el dictador termina siendo un tirano acreedor de

Ahora bien, con el nacimiento y expansión del Estado de derecho, el poder soberano que se le había reconocido al rey dentro de los ámbitos absolutistas, fue no solo asumido por el pueblo y su representación en el legislativo general, sino que se le empezó a limitar, en algunos ámbitos, dentro de la excepcionalidad.

Evidentemente, nacía una etapa y un modelo disímil, que pretendía sujetar a los órganos estatales a la legalidad. Por este motivo, no era una opción que la dictadura comisarial romana pudiera darse en los términos de las dictaduras tardías, sino, a lo sumo, como fue elaborada en los años primigenios de la república.

Con todo, los propios autores que defendía la nueva modalidad del Estado no tenían aún plena certeza y confianza en esta categoría de la excepcionalidad: especialmente, la advertía con desconfianza Locke, quién veía como inaceptable el uso de la dictadura¹⁵, a diferencia de Rousseau, que la reconoce en su uso como un asunto de gobierno en el *Libro IV* del *Contrato social*.

Así las cosas, la discusión giró en torno de cómo transformar la dictadura en una figura que no pueda ser vista, en ningún caso, en contraposición al Estado de derecho, sino que, por el contrario, sirviera como recurso o herramienta dentro del cumplimiento de un rol especial, que, en todo caso, debería estar sometido al ordenamiento jurídico.

Empero, ese sometimiento consensuado no fue logrado a plenitud durante las primeras regulaciones del estado excepcional; en ellas primó la indeterminación, y solo fue el paso del tiempo y los efectos de esas modalidades las que llevaron a un tránsito que optara por formas más acordes a la

un poder arbitrario. Precisamente, Cayo Julio César, con descendencia en la plebe, una vez fue nombrado cónsul, luego se autoproclamó dictador omitiendo los procedimientos tradicionales, es decir, sin el consentimiento del Senado, y basándose en el apoyo popular que recibía por sus acciones y beneficios al pueblo. César, así, fue dictador perpetuo (*dictator perpetuus*), cónsul, tribuno, emperador, general en jefe y pontífice, y, adicionalmente, encargado de dirigir a los magistrados y tribunos del pueblo. Sería el propio César el responsable, además, de declarar la guerra y hacer la paz, en su calidad de dictador". FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Legislación en sentido material*. *Op. cit.*, p. 446.

¹⁵ "Para la doctrina de Locke y para el racionalismo del siglo XVIII, el estado excepcional es algo inconmensurable. La clara conciencia que el iusnaturalismo del siglo XVII tenía de la importancia del caso excepcional, se pierde pronto en el siglo XVIII, cuando se ha logrado restablecer un orden relativamente duradero". SCHMITT, Carl. *Teología política*. *Op. Cit.* pp. 18-19.

realidad del Estado de derecho. Estas construcciones o etapas pueden ser identificadas con la técnica y con el llamado modelo de exclusión¹⁶.

Como puede advertirse con facilidad, la etapa de la indeterminación solía caracterizarse por la reducción de la actividad o papel del derecho, dando, por consiguiente, mayor realce al concepto de lo político. Esto, a las convulsiones propias del siglo XIX o siglo de las revoluciones. Por dicha razón, se llegó a declarar que “*El estado post-revolucionario, como el estado post-operatorio, es un estado de lucha, de guerra, de fuerza, en abierta pugna contra un presunto mal inmediato que se ha querido extirpar. Estado de guerra. Eso significa “ley marcial”. Un paréntesis abierto en la normalidad por la intervención quirúrgica, que se cierra por sí solo cuando retorna el orden, circunstancialmente en suspenso por acción del acero*”¹⁷. Por supuesto, El rasgo de la indeterminación en la excepcionalidad de las democracias modernas puede ser inicialmente detectado al volver a mirar la génesis del estado de sitio francés. Allí lo indeterminado guarda una relación íntima con lo ficticio. Al poco tiempo de ser instaurada la institución del estado de sitio en 1791 para casos percibidos como una amenaza verídica para el régimen, el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 previó la posibilidad de imponer un estado de sitio que el emperador podía declarar, independientemente de la situación efectiva que estuviera viviendo una ciudad atacada o amenazada por fuerzas enemigas. El derecho público francés denominó a esta figura como estado de sitio ficticio o político (*état de siège fictif o politique*), donde emergió la pretensión de dejar atrás el componente militar típicamente característico del estado de sitio en sus inicios [...]”¹⁸.

Con el inicio del siglo XX se buscó tecnificar el estado de excepción para la gobernabilidad. Ante dichas circunstancias, las constituciones se volvieron el principal instrumento de regulación y restricción, tratando de no generar una carta abierta, pero si pensando en la salvaguarda de la nación y sus postulados ideológicos; llevando a que, pese a no permitir suprimir

¹⁶ Se usa para dicha clasificación las proposiciones contenidas en: BARRETO ROZO, Antonio. *Normalidad y excepcionalidad: La indiscifrible regularidad contemporánea de la excepción*. (2007). En: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barreto_Rozo.pdf; (consultado: 07, jun., 2016).

¹⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley marcial y estado de sitio en el derecho argentino*. Montevideo: Impresora Uruguaya, 1931; pp. 17–18.

¹⁸ BARRETO ROZO, Antonio. *Op. Cit.* Véase sobre el tema, entre otros: CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

las democracias, si afectara otras garantías constitucionales y el propio texto, lo que hacía que se tuviera un estado de excepción regido por parámetros mínimos, limitados y prescritos, en esencia, a la competencia de su declaración¹⁹, “*pero con la función de poder realizar lo necesario para salvaguardar, incluso, lo que se suspende*”²⁰.

Esta modalidad se explica, fundamentalmente, debido a que el estado excepcional se dirigió a atender las insurrecciones interna y a salvaguardar la soberanía internacional. Por tanto, debía garantizar que, con la habilitación, se produjera lo que se podría denominar como una “*guerra legal*”²¹ o como, en términos de Carl Schmitt, una *dictadura constitucional*²², donde en un momento determinado la Constitución es susceptible de ser suspendida con la idea de que se repare o recupere la integridad plena de la misma.

Así pues, la declaración de un Estado de Excepción supone la vigencia temporal de un sistema diferente, alternativa que es más restrictiva de las libertades ciudadanas y que, en la generalidad de los ordenamientos constitucionales, conlleva la suspensión de derechos fundamentales, con el propósito de hacer frente a las situaciones graves y, en últimas, lograr las condiciones de normalidad que constituyeron el presupuesto de la legalidad ordinaria²³.

Empero, la integración de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos con los sistemas nacionales, y los excesos que algunas prácticas produjeron, llevaron a un modelo de exclusión de las potestades

¹⁹ “Dentro de las distintas y posibles hipótesis en cuanto a los órganos de poder que intervienen en la declaración de los estados de excepción [y en la propia legislación de urgencia], encontramos las siguientes: 1. Declaración del Ejecutivo por sí mismo; 2. Declaración del Ejecutivo con autorización previa del Legislativo; 3. Declaración del Ejecutivo con autorización sucesiva del Legislativo; 4. Declaración del Legislativo por sí mismo; 5. Declaración del Legislativo por iniciativa del Ejecutivo. Lo anterior no excluye, desde luego, que se lleven a cabo regímenes mixtos, de manera que, según las circunstancias, pueden darse en un mismo ordenamiento constitucional diferentes previsiones”. VALADÉS, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. p. 81.

²⁰ FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Legislación en sentido material*. Op. Cít. p. 451.

²¹ Cfr. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2005.

²² SCHMITT, Carl. *Ensayos sobre la dictadura 1916–1932*. Traducción de José Díaz García y Pedro Madrigal Devesa. Madrid: Tecnos, 2013. p. 24.

²³ SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998; pp. 346-347.

excesivamente amplias. Mientras, además, se buscó que la excepcionalidad no se volviera la regla general, sino que solo se interviniera en los casos más extremos, al punto que se fortalecieron e instauraron herramientas alternas y menos gravosas como la propia *legislación de urgencia*²⁴; con lo cual, en el fondo, se termina haciendo un reconocimiento más estricto sobre el valor de la Constitución.

La Constitución es el fundamento (raíz) y fundamento (razón) que tiende a ordenar la vida del Estado. Estos dos fundamentos se despliegan u operan por intermedio de las cuatro reglas constitucionales “inacabadas” o principios constitucionales de “realización progresiva” que fundamentan al Estado: regla sobre la subordinación, regla sobre la variación, regla sobre la distinción y regla sobre la acción de los derechos fundamentales²⁵.

Con todo, no ha existido una uniformidad sobre la forma de los ámbitos de exclusión de la excepcionalidad, lo que lleva a clasificar los modelos de regulación actuales en dos grandes grupos. Por un lado, aquellos que consagran o desarrollan un derecho excepcional y, por el otro, los que mantienen la excepcionalidad desde una facultad con mayor grado de discrecionalidad. De manera que, aunque los modelos actuales reconocen límites y al estado excepcional como una herramienta y recurso, competen revisar cómo ha sido, por lo menos, su tratamiento en el ámbito latinoamericano del nuevo constitucionalismo²⁶ a partir de tres tipos de límites.

Límites y derecho excepcional

Asumida la visión contemporánea de los estados excepcionales, se puede observar que sigue existiendo cierto margen de acción de la excepcionalidad, que se amplía o reduce, dependiendo de aquello que sea susceptible o no de ser suspendido dentro del texto constitucional.

²⁴ Cfr. GÓMEZ LUGO, Yolanda. “Decreto ley versus ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia”. En: *Eunomia*, No. 4 (2013). pp. 102-117.

²⁵ FERREYRA, Raúl Gustavo. “Fundamentos del Estado: Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México”. En: *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, Vol. VI, No. 11 (2015); pp. 13.

²⁶ Cfr. FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. “Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano”. En: *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, No. 2 (2019); pp.13-42.

Precisamente, si se observa el contexto latinoamericano actual²⁷ las regulaciones han tomado una tendencia de crear un derecho excepcional, es decir, de forjar un sistema jurídico para la excepción con regulaciones más detalladas. Sin embargo, dicha afirmación no puede ser extendida en la totalidad de los países, dado que algunos han mantenido una excepcionalidad más amplia, constitucionalmente hablando. Países como Argentina, Costa Rica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay han optado por este último modelo (incluso en la mayor parte de ellos, sin circunscribir el modelo como término o categoría constitucional); aunque no por ello haciendo caso omiso a ciertas limitaciones.

En este orden de ideas, yacen en estos dos modelos de excepcionalidad (el de derecho excepcional y el de amplitud) unos límites de regulación que pueden estar concentrados en los establecidos por los principios propios del recurso, las normas internacionales y, por último, del modelo, tal como se verá:

Principios rectores de los estados excepcionales²⁸

Como es de conocimiento, los dilemas políticos y jurídicos sobrellevados desde la primera mitad del siglo xx empezaron a darle una mayor magnitud a la idea de los principios del derecho y a su aplicación al interior del ordenamiento jurídico. Es por esto que esta normativa no dejó de ser ajena a la nueva estructuración de lo jurídico y a reconocerla como limitantes.

De esta manera se propone por una buena parte de la doctrina jurídica (el neoiusnaturalismo principialístico) la supremacía del principio sobre el de-

²⁷ Véase, entre otros: TORREALBA DUGARTE, Juditas Delany. *Los estados de excepción a nivel hispanoamericano como mecanismo de suspensión y limitación de derechos y garantías ante situaciones extraordinarias*. En: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/2/52.pdf>; (consultado: 04, jun., 2016).

²⁸ Dependiendo de los autores, existe una variedad de principios más o menos amplia. En este sentido, si bien se agregarán ciertos principios y/o denominaciones propias, se seguirán las propuestas adscritas a trabajos como: DESPOUY, Leandro. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México; 1999 y MELÉNDEZ, Florentín. *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1997. En: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0038001.pdf>; (consultado: 07, jun., 2016). Conjuntamente, sobre el tema en la Corte Constitucional de Colombia estará, entre otras, la sentencia C-802 de 2002.

recho estatal (el principio jerárquicamente superior a la regla), sin que esto implique una contradicción en lo que respecta a los principios de legalidad y de separación de poderes ampliamente reconocidos en la democracia decimonónica²⁹.

De esta suerte, y para el tema que aquí se desarrolla, la doctrina y los propios tribunales han destacado una serie de principios que estabilizan el actuar en la excepcionalidad para mantenerlo dentro del ámbito constitucional y normativo. Entre ellos se destacan, de forma sintética, los siguientes:

- a. **Principio de legalidad.** Visto, como recurso, el estado excepcional no es antónimo del Estado de derecho. Por ende, condiciona instrumentalmente la existencia de la excepcionalidad a la preexistencia normativa y, por demás, genera una sujeción y responsabilidad de los funcionarios.
- b. **Principio de taxatividad.** Entendido desde la habilitación constitucional, es decir, que esta debe ser estricta y rígida, por lo cual dicha habilitación para declarar el estado excepcional no podrá ser sometida a una interpretación acrecentada ni analógica. En consecuencia, tanto las modalidades como los órganos, causas y posibles medidas deberán ser contempladas por el sistema jurídico.
- c. **Principio de publicidad.** Invoca la necesidad de que las actuaciones del Estado estén sometidas a su difusión pública, tanto en lo interno como en lo internacional³⁰. Esto se aplica a la declaración, medidas, prórrogas y cierre o finalización.

²⁹ BOTERO BERNAL, Andrés. “La jerarquía entre Principios Generales del Derecho: La Historicidad y la Culturalidad del Principio de Justicia”. En: Revista de Derecho, No. 23 (2005); p. 37. Cfr. ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. *La excepción de principalidad*. Bogotá, D.C.: Temis, 2000; VALENCIA RESTREPO, Hernán. “La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo”. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bol. 36, No. 106 (2007); pp. 69-124.

³⁰ “Este principio tiene dos aspectos: la proclamación pública en el ámbito nacional y la notificación en el ámbito internacional. Por lo general, la doctrina lo divide en dos principios diferentes (principio de proclamación y principio de notificación), pero en este ensayo los condesamos pues hacen referencia a la necesidad de indicar de manera clara y oportuna, tanto a la población como a la comunidad internacional, el porqué de las restricciones de derechos y en qué consisten”. DÁVALOS MUIRRAGUI, María Daniela. “Estados de excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constituciona-

- d. **Principio de formalidad.** Pese a la urgencia de la situación, los estados excepcionales requiere que sus disposiciones sean tomadas por escrito y con ciertos elementos en su conformación, según las exigencias constitucionales, tales como la exposición de motivos.
- e. **Principio de temporalidad.** Conocido, igualmente, como principio de *provisionalidad*. Este principio exhibe lo circunstancial del Estado y que éste no puede establecerse como una regla general para atender las situaciones dentro de un Estado. Incluso, el derecho que reglamenta la excepcionalidad suele establecer tiempo máximos para atender la urgencia y solo de manera extraña deja la temporalidad abierta, pero, en todo caso, sometida a controles para su continuidad.
- f. **Principio de territorialidad.** Busca la limitación de la declaración y de las medidas a través de la interrelación entre ambas y el espacio físico que debe ser atendido. Así, la declaración y las medidas se circunscriben exclusivamente a los territorios afectados. Luego, los poderes excepcionales solo podrán ser ejercidos en el territorio en que sean realmente necesarios y previamente determinados.
- g. **Principio de continuidad.** Sustenta el hecho de que la ruptura de la normalidad no afecta plenamente al ordenamiento jurídico. En este sentido, se conservan aspectos como los principios fundamentales, los derechos humanos no suspendibles y las estructuras esenciales del Estado.
- h. **Principio de necesidad.** Obliga al Estado a asegurar que no existe otra figura jurídica o modo para resolver y/o solventar la situación que dio origen a la excepcionalidad, o que existiendo no tendría la misma eficacia para evitar los posibles daños.
- i. **Principio de proporcionalidad.** Exige que tanto la declaración como las medidas, especialmente, puedan ser consideradas como adecuadas, eficientes y sin que se excedan los límites establecidos.
- j. **Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad con las distintas normas del derecho internacional.** Nutrido en el principio *pacta sunt servanda* y en el principio *pro persona*, procura que exista

lismo contemporáneo”. En: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Ed.). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 133.

una correspondencia de la excepcionalidad con el sistema internacional. Por ello, es que ésta tampoco puede ser una modalidad para validar el incumplimiento de las obligaciones internacionales.

k. *Principio de sujeción al control normativo o de controlabilidad.* Debido a que la excepcionalidad no puede ser admitida como un momento para la arbitrariedad, la discrecionalidad que se otorga puede estar claramente sometida a controles políticos y/o jurisdiccionales; en otras palabras, verbigracia, el que realizan los órganos legislativos y los tribunales constitucionales, respectivamente.

Estos principios incluidos en normas internacionales como los *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*, dictado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 1984, dan paso a observar las prohibiciones específicas respecto a la suspensión en materia de derechos humanos.

Prohibiciones internacionales de suspensión en la excepcionalidad

Uno de los elementos compartidos entre las Constituciones propias de esta nueva visión del constitucionalismo³¹ es la extensión de las garantías constitucionales. Para ello, ha empleado, entre otras nociones, la del bloque de constitucionalidad³², la cual permitió reconocer nuevos parámetros para el ejercicio del control constitucional, y en el caso *sub examine*, de elementos no susceptibles de desconocimiento para los Estados, ni siquiera ante la excepcionalidad.

Justamente, tanto los sistemas regionales como el universal se encargaron también de hacer mención a estos Estados. Así, se cuenta con normas

³¹ Cfr. FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional*. En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020; pp. 731-746.

³² Cfr. FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibáñez, 2010 y MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. *El Bloque de Constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*. Ciudad de México: Tirant lo blanch; 2019.

como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su art. 4 alude a la imposibilidad de suspensión de ciertos derechos en él consagrados, mientras atribuye la obligación de informar de las suspensiones que se realicen por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, a los otros Estados, y también de la terminación de esta suspensión.

Entre los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, según el Pacto, estarán:

- a. Principio de igualdad (art. 2.1.);
- b. Derecho a la vida (art. 6);
- c. Prohibición de torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7);
- d. Derecho al consentimiento libre e informado (art. 7);
- e. Prohibición de esclavitud y servidumbre (arts. 8.1 y 8.2.);
- f. Prohibición de encarcelamiento por obligación contractual (art. 11);
- g. Principio de legalidad e irretroactividad penal (art. 15);
- h. Derecho a la personalidad jurídica (art. 16), y
- i. Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18).

Por su parte, también se contará con el art. 3 del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a los conflictos armados no internacionales, el cual tiene una aplicación extendida a cualquier actuación estatal interna que enlace el uso de la fuerza³³; y, asimismo, se tiene el art. 75 del I Protocolo adicional a los 4 Convenios de Ginebra, solo que para conflictos de tipo internacional³⁴.

Ahora, en el sistema regional interamericano, que igualmente impone el deber de información sobre la declaración del Estado a la respectiva Secretaría, tendrá los siguientes derechos no suspendibles, según el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵:

³³ MOMTAZ, Yamchid. *Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodo de disturbios y tensiones interiores* (1998). En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgl.htm>; (consultado: 06, jun., 2016).

³⁴ Véase sobre el tema, entre otros: O'DONNELL, Daniel. "Legitimidad de los Estado de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos". En: *Derecho PUCP*, No. 38 (1984). Versión electrónica en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6220>; (consultado: 6, jun., 2016).

³⁵ El Convenio Europeo de Derechos Humanos, contempla en su artículo 15, los siguientes derechos no suspendibles explícitamente: a. Derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra (art. 2); b. Prohibición de tortura, a penas o tratos

- a. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3);
- b. Derecho a la vida (art. 4);
- c. Derecho a la integridad personal (art. 5);
- d. Prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6);
- e. Principio de legalidad y de retroactividad (art. 9);
- f. Libertad de conciencia y de religión (art. 12);
- g. Protección a la familia (art. 17);
- h. Derecho al nombre (art. 18);
- i. Derechos del niño (art. 19);
- j. Derecho a la nacionalidad (art. 20);
- k. Derechos políticos (art. 23);
- i. Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (art. 8).

Con todo, las anteriores prohibiciones de restricción se consideran como listados meramente enunciativos. Por esa razón, han podido ser extendidos, como se presentó en el sistema interamericano, donde se incluyeron la negativa de suspensión a las garantías de:

- a. Prohibiciones de detenciones arbitrarias y su control mediante el recurso de habeas corpus,
- b. Interposición efectiva del recurso de amparo y
- c. Presunción de inocencia, entre otras garantías judiciales y derecho relacionados con el debido proceso³⁶.

inhumanos o degradantes (art. 3); c. Prohibición de la esclavitud o servidumbre (art. 4.1.); d. Principio de legalidad e irretroactividad penal (art. 7).

³⁶ La Corte Interamericana ha emitido dos (2) Opiniones Consultivas, principales, sobre dichas temáticas: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87. San José de Costa Rica. Enero 30 de 1987 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9/87. San José de Costa Rica. Octubre 6 de 1987. Adicionalmente, verse: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo. Enero 19 de 1995; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de Fondo. Septiembre 17 de 1997 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia de Fondo. Julio 4 de 2007. Asimismo: SALAZAR UGARTE, Pedro. "Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción". En: MAC-GREGOR POISOT, Eduardo Ferrer, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian (Coord.). *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo I. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de

El carácter no taxativo de estos derechos ha resultado también acorde al principio *pro persona* y al reconocimiento del carácter complementario de los sistemas internacionales de protección, debido a que los propios ordenamientos podrán establecer cláusulas que amplíen los derechos antes mencionados o reduzcan las maneras de su restricción. Tal como sucede en el caso colombiano, donde los derechos considerados como intangibles³⁷, se incluyeron en el art. 4 ley estatutaria de estados de excepción³⁸ y también pueden ser ampliados por la jurisprudencia y las normas que conformen el bloque de constitucionalidad³⁹.

-
- México y Konrad Adenauer Stiftung; 2013. pp. 229–257; MRAD, Andrea. “Los Estados de emergencia en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 77-90; SALAZAR UGARTE, Pedro. *Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución Mexicana*. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29015.pdf>; (consultado: 06, jun., 2016).
- ³⁷ “En primer lugar se debe distinguir entre los denominados derechos intangibles y los derechos limitables o restringibles. Mientras los primeros no son susceptibles de limitación o restricción alguna aun bajo los estados de excepción y debe por lo tanto garantizarse su pleno y efectivo ejercicio, los segundos pueden ser limitados[...]”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-135 de 2009. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia, Bogotá, D.C. Febrero 25 de 2009.
- ³⁸ El artículo aludirá a los siguientes derechos: a. Vida y a la integridad personal; b. A no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c. Reconocimiento de la personalidad jurídica; d. Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; e. Prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; f. Libertad de conciencia; g. Libertad de religión; h. Principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; i. Elegir y ser elegido; j. Contraer matrimonio y a la protección de la familia, k. Derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; l. A no ser condenado a prisión por deudas civiles; m. Habeas corpus; n. Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Además, menciona los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, para hacer referencia a que los mismos podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto a la Constitución. Conjuntamente, concede la facultad al Gobierno, dentro de los Estados de Conmoción Interior, de expedir medidas encaminadas a facilitar la reincorporación de delincuentes políticos a la vida civil y a remover obstáculos de índole administrativa, presupuestal o jurídica, con el fin de asegurar la efectividad del derecho a la paz.
- ³⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-135 de 2009. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia, Bogotá, D.C. Febrero 25 de 2009. Asimismo, se ha prohibido que las limitaciones de los derechos puedan ser tan gravosas que puedan llevar a negar la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos

En atención a estos elementos es que se refuerzan las modalidades de regulación constitucional que, como se expondrá en el subsiguiente apartado, apuntan en la actualidad al fortalecimiento de un derecho excepcional.

Regulación constitucionales del estado excepcional

Como bien se anticipó, la regulación constitucional puede estar marcada por la amplitud o por un derecho excepcional propiamente dicho. En esa órbita, basta recordar que la reglamentación marcada por la amplitud no es una forma extendida en la actualidad de los países latinoamericanos.

Puntualmente, en ese grupo de Constituciones nacionales que no desarrollan en estricto el derecho excepcional, se cuenta el tratamiento que hace la Constitución de México de 1917, en la cual se consagra, sin denominación terminante la excepcionalidad, la competencia del presidente, en su art. 29, de restringir o suspender las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente, a los casos de invasión, de perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; solo que, por sus enunciados latos, no se tiene unanimidad sobre, por ejemplo, las garantías que pueden ser suspendidas⁴⁰.

Por su parte, en Argentina, si bien se emplea la categoría, se contemplan estos estados en las atribuciones del poder ejecutivo (art. 99.16), señalando su posibilidad de declarar: a). estado de sitio en caso de ataque exterior, y b). estado de sitio en caso de conmoción interior, sin una mayor construcción a los límites y medidas. En todo caso, dicho país incorpora, igualmente, gracias a la reforma de 1994, *la legislación de urgencia* (art. 99.3) y la delegación legislativa en caso de emergencia pública (art. 76)⁴¹.

y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún Estado de Excepción, ni tampoco las garantías judiciales para su protección (art. 5 Ley 137 de 1994).

⁴⁰ Cfr. DELGADO PARRA, Ma. Concepción. “Estado de excepción y gobernabilidad en México”. En: *Reflexiones*, Vol. 90, No. 2 (2011), p. 169.

⁴¹ Respecto al tema, véase, entre otros: FROSSACO, Diego L. “La excepción en el Derecho Constitucional”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 65–75; MACHADO, Carlos Fernando. “Estado de Sitio”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 93–111; FRANCO, Marina y IGLESIAS, Mariana. *El estado de excepción en Uruguay y Argentina. Reflexiones teóricas, históricas e historiográficas*. En: *Revista de Historia Comparada*, Vol. 5, No. 1 (2011). pp. 91-115; FRANCO,

En Uruguay serán regulados estos estados, sin mención específica, en las competencias del ejecutivo que corresponden al art. 128, el cual contempla funciones como: a). la conservación del orden y tranquilidad en lo interior (No. 1); b). la conservación de la seguridad en lo exterior (No. 1), y el mando superior de todas las fuerzas armadas (No. 2), que se desarrollan en el numeral 17 cuando dispone que se podrán tomar medidas prontas, de seguridad, en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior⁴².

Ahora bien, otro grupo de países han optado en basarse en una regulación más estricta de la excepcionalidad y han, por consiguiente, incluido, normalmente, capítulos específicos dentro de la obra constituyente, tal como se presenta a continuación⁴³:

Inclusiones específicas del derecho excepcional en Constituciones latinoamericanas ¹		
País	Consagración vigente	Señalamiento de los supuestos
Bolivia	Capítulo III “Estados de excepción”, (arts. 137-140), integrados a la primera parte de la Constitución, titulada <i>Bases fundamentales del Estado: derechos, deberes y garantías</i> , dentro del Título IV “Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”.	Consagra los siguientes modelos de estados: <ol style="list-style-type: none"> 1. estado de excepción en caso de peligro para la seguridad del Estado, 2. estado de excepción por amenaza externa, 3. estado de excepción por conmoción interna, 4. estado de excepción desastre natural.

¹ Tomada de: FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. Legislación en *sentido material*. *Óp. cit.* Pp. 461-464.

Marina y IGLESIAS, Mariana. *El estado de excepción a escala comparada. Notas a partir de los casos argentino, chileno y uruguayo durante la década de 1950*. En: *Quinto Sol*, Vol. 19, No. 1 (2015). pp. 1–23.

⁴² Cfr. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. *Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales*. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100010&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 04, jun., 2016).

⁴³ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto. “La excepcionalidad y las prácticas dictatoriales en las constituciones de los países andinos”. En: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M.M. y QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (Comp.). *Justicia, estados de excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*. Bogotá, D.C.: Unisinos, 2011. pp. 77-109.

Inclusiones específicas del derecho excepcional en Constituciones latinoamericanas		
País	Consagración vigente	Señalamiento de los supuestos
Brasil	Título V a “La defensa del estado y de las instituciones democráticas”, Capítulo I “Del estado de defensa y del Estado de Sitio”.	Disponiendo dos (2) modelos, y dos (2) posibles causales del segundo de ellos: <ol style="list-style-type: none"> 1. Estado de defensa (por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones) – art. 136. 2. Estado de sitio – art. 137. <ol style="list-style-type: none"> a) Conmoción grave de repercusión nacional o sucesión de hechos que demuestren la ineficacia de la medida tomada durante el estado de defensa; b) declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera.
Colombia	Título VII “De la Rama Ejecutiva”, Capítulo VI. “De los estados de excepción”.	Instituye tres (3) supuestos de los estados de excepción: <ol style="list-style-type: none"> 1. guerra exterior (art. 212); 2. conmoción interior (art. 213), y 3. emergencia económica, social y/o ecológica (art. 215).
Chile²	Contemplado bajo el título “Estados de excepción constitucional”, que contiene los arts. 39 al 45 ³ .	Se establecen los siguientes tipos y supuestos para su declaración: <ol style="list-style-type: none"> 1. estado de asamblea (guerra exterior) – art. 40; 2. estado de sitio (guerra interna o conmoción interior) – art. 40; 3. estado de catástrofe (calamidad pública) – art. 41; 4. estado de emergencia (graves alteraciones del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo) – art. 42.

² Véase, sobre el asunto, entre otros: PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”. En: *Ius et Praxis [online]*, Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100013&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016); FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “Estados de excepción y reformas constitucionales”. En: *Ius et Praxis [online]*, Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100012&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016) y RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “Los estados de excepción constitucional en Chile”. En: *Ius et Praxis [online]*, Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).

³ Desarrolla el tema, adicionalmente, la Ley No 18.415 “Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción”.

Inclusiones específicas del derecho excepcional en Constituciones latinoamericanas		
País	Consagración vigente	Señalamiento de los supuestos
Ecuador	Incluido en el Título IV "Participación y organización del poder", Capítulo tercero "Función ejecutiva", sección cuarta "Estados de excepción".	<p>Contempla cuatro (4) supuestos para su declaración:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. estado de excepción en caso de agresión, conflicto armado internacional; 2. estado de excepción en caso de conflicto armado interno; 3. estado de excepción en caso de grave conmoción interna; 4. estado de excepción de calamidad pública o desastre natural. <p>Puntualmente, se menciona que el estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.</p>
Paraguay	Título III "Del estado de excepción (288)".	<p>Se vincula con dos supuestos para la declaración del estado de excepción:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. conflicto armado internacional, formalmente declarado o no; 2. grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de esta Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella. <p>En el caso de que dicha declaración fuera efectuada por el poder ejecutivo, la medida deberá ser aprobada o rechazada por el Congreso dentro del plazo de 48 horas.</p>
Perú	Título IV "De la estructura del Estado", Capítulo VII "Régimen de excepción" (art. 137).	<p>Prescribe dos (2) modelos de acuerdo a las circunstancias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación; 2. estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan.

Inclusiones específicas del derecho excepcional en Constituciones latinoamericanas		
País	Consagración vigente	Señalamiento de los supuestos
Venezuela ⁴	Título VIII – “De la protección de esta Constitución”, Capítulo II – “De los estados de excepción”, arts. 337 y ss.	Ostenta cuatro (4) modelos: 1. estado de alarma (catástrofes, calamidades públicas o similares); 2. estado de emergencia económica (circunstancias extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la nación); 3. estado de conmoción interior (conflicto interno) ⁵ ; 4. estado de conmoción exterior (conflicto externo).

⁴ Véase, entre otros: GEYER A., Arlette M. *Los estados de excepción: ¿Competencia municipal?*. En: ERGA OMNES, No. 03 (2007), pp. 193-212.

⁵ “[...] por su parte, supone un conflicto interno, derivado de grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático o de la interrupción del funcionamiento de los poderes públicos [por cierto que no sabemos cómo puede articularse la declaratoria del estado de excepción con esta circunstancia: no se estaría en estado de excepción, sino bajo un régimen de facto]”. NIKKEN, Claudia. Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100011&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).

No obstante a la regulación constitucional, la mayor parte de estos países complementan la finalidad propia de la Constitución mediante legislaciones complementarias internas y, las limitaciones antes descritas, debido a los principios y a las normas internacionales, lo que lleva, sin lugar a negativas, a validar que estos ordenamientos han procurado sacar a la excepcionalidad del espacio político, para rodearlo de elementos jurídicos, pese a la indeterminación, en la mayoría de los casos, de las causas que le da origen. Esto puede ser leído, en esencia, bajo una transformación derivada de la misma Constitución; y es que si se piensa “*La Constitución en el sentido moderno tiene, ciertamente, un alcance de significado “político”, pero, fundamentalmente, una significación jurídica, que es característica de los Estados actuales, en los que puede hablarse sin temor de la vigencia de un derecho constitucional con todas sus cualidades*”⁴⁴, lo que genera una

⁴⁴ LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones y Universidad Andina Simón Bolívar, 2018; p. 102

identidad constitucional que debe ser protegida incluso ante las gravosas y urgentes situaciones que rodea la excepcionalidad.

Conclusiones

El panorama general de los estados excepcionales permite ofrecer los subsecuentes enunciados conclusivos:

1. Si la finalidad última del Estado, como forma de organización política, es conversar o preservar la sociedad, es razonable que este cuente con las herramientas y recursos necesarios para atender las graves perturbaciones, internas y/o externas, que pongan en riesgo, de manera real y efectiva, el orden, la seguridad, la estabilidad institucional y la propia convivencia ciudadana.
2. A pesar de ello, el afianzamiento del Estado de derecho y del principio de legalidad, que supedita al Estado desde la propia Constitución, plantea una reducción sobre el atributo de “necesarios” de los recursos que se le conceden al Estado para atender la crisis o excepcionalidad. Esto debido, primero, a la previsibilidad con la que se cuenta la legislación general y a la multiplicidad de funciones ordinarias que ostenta el Estado y, segundo, por la comprensión de que no cualquier medida puede ser validada como necesaria.
3. Así, los Estados actuales han procurado aminorar la noción de discrecionalidad, en pro de evitar la arbitrariedad, y han forjado, en la mayor parte de los casos, un derecho excepcional, es decir, un ordenamiento propio que circunscribe el actuar político del Estado para atender la urgencia y, a su vez, construye un cercamiento jurídico, de modo que la necesidad no sea el único criterio para la actuación en la carencia de anormalidad.
4. En consecuencia, las declaraciones, las medidas, las prórrogas y la finalización del estado excepcional han dejado de ser ajenas a los controles jurisdiccionales, desde lo fáctico y lo valorativo, y se exhiben una correlación con el control político que pueden adelantar los legisladores.
5. Para dichos ejercicios de control, se hacen notables el uso no exclusivo de la configuración constitucional interna, y también de los principios que los rigen y las normas internacionales que han propiciado que se advierta

la intangibilidad de ciertos derechos, que en el fondo solo manifiestan el ejercicio de la soberanía popular, el cual se reivindica, en los términos de Schmitt, debido a que esta condición efectiva de soberano “*corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite*”⁴⁵.

Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2005.
- ARRIOLA CANTERO, Juan Federico. *Teoría general de la dictadura: reflexiones sobre el ejercicio del poder y las libertades políticas*. Segunda Edición. México, D.F.: Trillas, 2000.
- BARRETO ROZO, Antonio. *Normalidad y excepcionalidad: La indiscrutable regularidad contemporánea de la excepción*. (2007). En: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barreto_Rozo.pdf; (consultado: 07, jun., 2016).
- BOTERO BERNAL, Andrés. “La jerarquía entre Principios Generales del Derecho: La Historicidad y la Culturalidad del Principio de Justicia”. En: *Revista de Derecho*, No. 23 (2005); pp. 29-68.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución. La constitucio- nalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- DÁVALOS MUIRRAGUI, María Daniela. “Estados de excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo”. En: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Ed.). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 133.
- DELGADO PARRA, Ma. Concepción. “Estado de excepción y gobernabilidad en México”. En: *Reflexiones*, Vol. 90, No. 2 (2011), p. 165-176.
- DESPOUY, Leandro. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México; 1999.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. *Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales*. En: *Ius et Pra-*

⁴⁵ SCHMITT, Carl. *Teología política. Op. Cit.* p. 13.

- xis [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100010&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 04, jun., 2016).
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. *La excepción de principalidad*. Bogotá, D.C.: Temis, 2000.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “Estados de excepción y reformas constitucionales”. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100012&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).
- FERREYRA, Raúl Gustavo. “Fundamentos del Estado: Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México”. En: *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, Vol. VI, No. 11 (2015); pp. 7-58.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 111 (2004); pp. 801-860.
- FRANCO, Marina y IGLESIAS, Mariana. *El estado de excepción a escala comparada. Notas a partir de los casos argentino, chileno y uruguayo durante la década de 1950*. En: *Quinto Sol*, Vol. 19, No. 1 (2015). pp. 1-23.
- FRANCO, Marina y IGLESIAS, Mariana. *El estado de excepción en Uruguay y Argentina. Reflexiones teóricas, históricas e historiográficas*. En: *Revista de História Comparada*, Vol. 5, No. 1 (2011). pp. 91-115.
- FROSSACO, Diego L. “La excepción en el Derecho Constitucional”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 65–75.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. “Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano”. En: *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, No. 2 (2019); pp.13-42.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional*. En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?.* Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020; pp. 731-746.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Legislación en sentido material*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2018.

- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- GARCÍA MARÍN, José María. *La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)*. En: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/gmarin.pdf>; (consultado: 31, may., 2016).
- GEYER A., Arlette M. *Los estados de excepción: ¿Competencia municipal?*. En: ERGA OMNES, No. 03 (2007). pp. 193-212.
- GÓMEZ LUGO, Yolanda. “Decreto ley versus ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia”. En: *Eunomía*, No. 4 (2013). pp. 102-117.
- LIVIO, Tito. *Historia de Roma desde su fundación*. Libro I a X. Traducido por Canon Roberts. Londres: Ernest Rhys, 1905.
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones y Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- MACHADO, Carlos Fernando. “Estado de Sitio”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 93-111.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. *El Bloque de Constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*. Ciudad de México: Tirant lo blanch; 2019.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio. “Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio”. En: MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio y TENA RAMÍREZ, Felipe. *Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el derecho mexicano*. México, D.F.: UNAM, 2006; p. 3-25.
- MARTÍNEZ, Faustino. “Ecos cronísticos del rey-juez medieval”. En: *Cuadernos de historia del derecho*, Vol. Extraordinario (2010). pp. 303-356.
- MELÉNDEZ, Florentín. *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1997. En: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0038001.pdf>; (consultado: 07, jun., 2016).
- MOMTAZ, Yamchid. *Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores* (1998). En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgl.htm>; (consultado: 06, jun., 2016).

- MRAD, Andrea. “Los Estados de emergencia en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos”. En: ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Ángel (Dir.). *Limitaciones a los derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2003. pp. 77-90.
- NIKKEN, Claudia. Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100011&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).
- O’DONNELL, Daniel. “Legitimidad de los Estado de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos”. En: *Derecho PUCP*, No. 38 (1984). Versión electrónica en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6220>; (consultado: 6, jun., 2016).
- PANATERI, Daniel. “Jurisdictio y Irurisdicciones: El Espacio como problema a partir de un Análisis de la Soberanía en la glosa de Gregorio López a las Siete Partidas”. En: MORÍN, Alejandro (Ed.). *Estudios de derecho y teología en la Edad Media*. Buenos Aires: Maglio, 2012. pp. 129-160.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100013&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto. “La excepcionalidad y las prácticas dictatoriales en las constituciones de los países andinos”. En: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M.M. y QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (Comp.). *Justicia, estados de excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*. Bogotá, D.C.: Unisinos, 2011. pp. 77-109.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “Los estados de excepción constitucional en Chile”. En: *Ius et Praxis* [online], Vol. 8, No. 1 (2002). Versión electrónica en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es; (consultado: 06, jun., 2016).
- SALAZAR UGARTE, Pedro. “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”. En: MAC-GREGOR POISOT, Eduardo Ferrer, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian (Coord.). *Derechos*

- humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. Tomo I.* México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Konrad Adenauer Stiftung; 2013. pp. 229-257.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. *Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución Mexicana.* En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29015.pdf>; (consultado: 06, jun., 2016).
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*”. En: *Cuadernos de Filología Clásica - Estudios Latinos*, Vol. 12 (1997); pp. 39-78.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Ley marcial y estado de sitio en el derecho argentino.* Montevideo: Impresora Uruguaya, 1931; pp. 17-18.
- SCHMITT, Carl. *Ensayos sobre la dictadura 1916–1932.* Traducción de José Díaz García y Pedro Madrigal Devesa. Madrid: Tecnos, 2013.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias.* Versión española de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1985.
- SCHMITT, Carl. *Teología política.* Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, S.A., 2009.
- SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana.* Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SOUTO PAZ, José Antonio. *Nación y soberanía en la doctrina medieval.* En: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9707/CC_37_art_2.pdf;jseesionid=D0C6331CCA8558776A0842CAD26E7592?sequence=1; (consultado: 31, may., 2016).
- TORREALBA DUGARTE, Juditas Delany. *Los estados de excepción a nivel hispanoamericano como mecanismo de suspensión y limitación de derechos y garantías ante situaciones extraordinarias.* En: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/2/52.pdf>; (Consultado: 04, jun., 2016).
- VALADÉS, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina.* México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. p. 81.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. “La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo”. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Bol. 36, No. 106 (2007); pp. 69-124.

PANDEMIA Y EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA COMPARADA: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO*

Alejandro Cortés Arbeláez**
Profesor nacional invitado

Resumen: En este artículo se presenta un análisis cuantitativo comparado acerca de las diferencias en las medidas de contención de la pandemia por el nuevo coronavirus que se están tomando en países que han declarado el estado de excepción, respecto de aquellos países que no lo han declarado. Para ello, se divide el texto de la siguiente manera: (i) una introducción que explica la importancia de realizar este tipo de análisis; (ii) una descripción de la base de datos utilizada en el artículo; (iii) una descripción y análisis cuantitativo de la manera diferenciada en la cual los países que han declarado el estado de excepción frente a la pandemia, y aquellos que no lo han hecho, están tomando medidas restrictivas de los derechos y las libertades para enfrentar esta situación; (iv) unas conclusiones preliminares sobre la relación entre el uso del estado de excepción y las medidas para controlar la pandemia en perspectiva comparada.

* Este artículo es una versión ampliada de un texto publicado en el blog de la Revista Derecho del Estado, de la Universidad Externado de Colombia. Al respecto, véase: Cortés, Alejandro. “Pandemia y excepción constitucional: una mirada comparada”. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 05/05/2020. Agradezco a Anamaría Muñoz y Carolina Muñoz por sus comentarios, que contribuyeron a mejorar este artículo. Cualquier error es de mi responsabilidad exclusiva.

** Politólogo de la Universidad EAFIT. Magíster en Políticas Públicas de la Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo de la Universidad de los Andes. Profesional especializado en la Dirección de Políticas y Estrategia de la Fiscalía General de la Nación y profesor de cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque.

Palabras clave: Coronavirus, estado de excepción, análisis comparado, restricciones de derechos.

THE PANDEMIC AND CONSTITUTIONAL EXCEPTION FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE: A QUANTITATIVE ANALYSIS

Abstract: In this paper I present a comparative quantitative analysis of the differences in the measures used to contain the COVID-19 pandemic in countries that have declared a State of Emergency, compared to those applied in countries that have not declared one. To accomplish this, I divide the text as follows: (i) an introduction, in which I explain the importance of carrying out this type of analysis; (ii) a description of the database that I use for the article; (iii) a description and quantitative analysis of the differentiation between measures that restrict rights and freedoms taken by countries that have declared a State of Emergency as a result of the pandemic and restrictive measures taken by countries that have not declared one; (iv) some preliminary conclusions from a comparative perspective on the correlation between the application of the State of Emergency and measures to control the pandemic.

Keywords: Coronavirus; COVID-19; State of Emergency; comparative analysis; restrictions of rights.

Introducción: necesidad de una mirada comparada

En debates constitucionales recientes se viene discutiendo acerca del uso y abuso de los estados de excepción como herramienta para implementar medidas drásticas para frenar, o al menos ralentizar, la pandemia generada por el nuevo coronavirus SARS-COV-2, que causa la enfermedad COVID-19¹. En Colombia, numerosos estudiosos del constitucionalismo, entre los cuales cabe destacar a Rodrigo Uprimny², Julián Gaviria y Esteban Hoyos³ han señalado la importancia de monitorear de cerca las decisiones

¹ Para una aproximación a las discusiones que a nivel internacional se están presentando en esta materia, puede revisarse el blog *Verfassungsblog on matters constitutional*, en el cual se pueden encontrar análisis breves de expertos internacionales acerca del debate sobre el coronavirus y los estados de emergencia. La información se encuentra en el siguiente link: <https://verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/>

² UPRIMNY, Rodrigo. “Imaginación jurídica para la democracia”. En: *El Espectador*. 10/05/2020

³ GAVIRIA, Julián; HOYOS, Esteban. “Cuarentena y control jurídico de los Decretos COVID-19: el debate continúa”. En: *El Espectador*. 27/04/2020

tomadas por el Gobierno Nacional tanto en el marco de excepción del estado de emergencia económica y social, así como en el marco ordinario de la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social⁴.

¿Por qué es importante lo anterior? Porque, a diferencia de lo que pueden creer algunos, estas no son simplemente disertaciones de abogados y politólogos acerca de formalismos jurídicos y políticos, sino que se trata de discusiones fundamentales para la buena salud de nuestros derechos, libertades y democracia constitucional. Como afirmó recientemente Roberto Gargarella⁵ al hablar del coronavirus y el estado de emergencia en América Latina, “la ‘emergencia de salud’ es, tal vez, la excusa más perfecta para justificar restricciones drásticas de derechos”, pero “tenemos razones para pensar sobre la cuestión con mayor cuidado” y “analizar con extrema prudencia cualquier llamado a intercambiar ‘protecciones de salud’ por ‘derechos básicos’”.

En general, coincido con lo señalado por autores como los citados en los párrafos anteriores y considero que con sus aportes han enriquecido el debate en nuestro país y región acerca de la pandemia y la excepción constitucional. Sin embargo, la discusión colombiana se ha centrado exclusivamente en el análisis de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional, ignorando un ingrediente básico para el debate: la perspectiva comparada. El análisis del caso colombiano es sumamente importante, pero para dar una mayor solidez a estas discusiones y evitar el “parroquialismo”⁶, conviene analizar a nivel comparado qué tan común es el uso del estado de excepción como instrumento de gestión de la pandemia y, si efectivamente en los países en que se ha recurrido a este, se tienden a tomar medidas más restrictivas de la libertad que en los países que no lo han hecho.

⁴ OSPINA, Juan. “Emergencia sanitaria ¿Un nuevo estado de excepción?”. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 08/05/2020.

⁵ GARGARELLA, Roberto. “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”. En: *La Nación*. 30/03/2020.

⁶ En la Ciencia Política colombiana se hace referencia al “parroquialismo” como aquella tendencia a realizar análisis políticos aislados de la situación colombiana, sin tener en cuenta lo ocurrido en contextos diferentes al del propio país. Se trata, en pocas palabras, de lo opuesto al análisis comparado.

Con el fin de contribuir a la discusión desde este ángulo, en este texto se presenta una comparación cuantitativa de las medidas de control de la pandemia que se están tomando tanto en países que han declarado el estado de excepción como en aquellos en los cuales se mantiene la normalidad constitucional. Para ello, utilizo como fuente la base de datos “COVID-19 State of Emergency Data” del *Centre for Civil and Political Rights*⁷.

Así, este artículo se divide en tres secciones, aparte de la introducción: (i) en primer lugar, se describe la base de datos usada para el análisis; (ii) después, se analizan algunos datos cuantitativos que permiten mostrar las diferencias existentes en las medidas tomadas para enfrentar la pandemia en países que han declarado el estado de excepción vs. aquellos países que no lo han hecho; (iii) por último, se exponen algunas conclusiones preliminares y las limitaciones de este análisis.

Descripción de la base de datos

La base de datos del *Centre for Civil and Political Rights* incluye información de 173 países y cuenta con 18 variables. En la *Tabla 1* se describen las variables de interés para el análisis a realizar, se señala el tipo de variable de que se trata y se presentan las categorías que las componen.

Tabla 1. Principales variables incluidas en la base de datos “COVID-19 State of Emergency Data” del Centre for Civil and Political Rights

Nombre de la variable	Tipo de variable	Descripción de la variable	Categorías de la variable
País	Categoría	Denota el país de las medidas	Nombre de cada país
¿Estado de emergencia?	Dicotómica	Describe si en el país se ha decretado, o no, el estado de emergencia	Sí No
¿Escuelas cerradas?	Categoría	Describe si en el país se han cerrado, o no, las escuelas	Sí No Restricciones parciales

⁷ Centre for Civil and Political Rights. “States of Emergencies in Response to the Covid-19 Pandemic. En: *Centre for Civil and Political Rights*, 10/05/2020. Esta base de datos es actualizada periódicamente y en este artículo utilicé una versión descargada en la fecha citada.

Nombre de la variable	Tipo de variable	Descripción de la variable	Categorías de la variable
¿Aglomeraciones prohibidas?	Categoría	Describe si en el país se han prohibido o no las aglomeraciones, y en qué medida	No
			Máximo 1.000 personas
			Máximo 100 personas
			Máximo 75 personas
			Máximo 50 personas
			Máximo 25 personas
			Máximo 20 personas
			Máximo 10 personas
			Máximo 5 personas
			Máximo 4 personas
			Máximo 3 personas
			Máximo 2 personas
			Toque de queda
¿Lugares de culto religioso cerrados?	Categoría	Describe si en el país se han cerrado, o no, los lugares de culto religioso	Sí
			No
			Restricciones parciales
¿Restaurantes y cafés cerrados?	Dicotómica	Describe si en el país se han cerrado, o no, los restaurantes y cafés.	Sí
			No
¿Fronteras cerradas?	Categoría	Describe si en el país se han cerrado, o no, las fronteras	Sí
			No
			Restricciones parciales

Fuente: elaboración propia con datos de la *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*.

Análisis cuantitativo de las diferencias en medidas entre los países que han declarado el estado de excepción frente a aquellos que mantienen la normalidad constitucional

La base de datos, como se mencionó arriba, incluye información de 173 países. Lo primero que cabe señalar es que el uso del estado de excepción, efectivamente, es un instrumento generalizado para tomar medidas dirigidas a mitigar la pandemia, pues casi el 50 % de los países incluidos en la base han declarado el estado de emergencia en la actual coyuntura, mientras que solo

el 22 % no lo ha hecho (cabe señalar que en el 30 % de los países no se cuenta con información al respecto). Esta información se presenta en la *Tabla 2*.

Tabla 2. Declaración de estado de emergencia a raíz de la pandemia

¿Estado de emergencia declarado?	Número de países	Porcentaje
Sí	83	47,98 %
No	38	21,97 %
Sin información	52	30,05 %

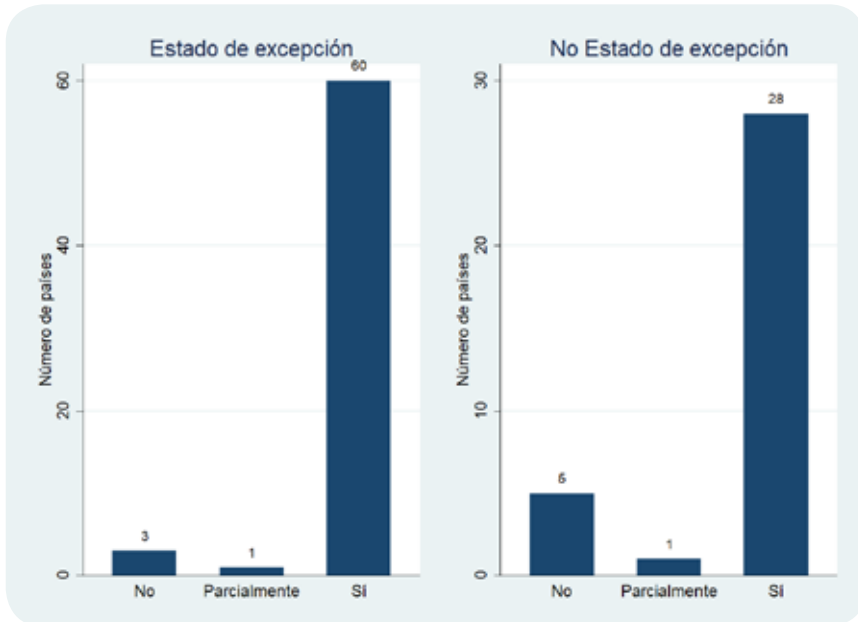
Fuente: elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Ahora bien, como señalé en la introducción, vale la pena revisar si en los países en los cuales se ha declarado el estado de excepción efectivamente se tiende a tomar en mayor proporción medidas restrictivas de las libertades, en comparación con aquellos en los cuales se mantiene la normalidad constitucional. Una aclaración: en los datos presentados aquí, el número de países en las categorías “estado de excepción” y “no estado de excepción” no suman los 83 y 38 países reportados en la *Tabla 2*, puesto que en diferentes variables hay vacíos de información respecto de varios países.

Cierre de escuelas

Una primera medida que vale la pena revisar es el cierre de escuelas, que es una política pública ya conocida dirigida a “aplanar la curva” de la pandemia, pero que sin duda resulta restrictiva de la libertad de movimiento de ciertos sectores poblacionales y que, además, en la práctica, puede afectar gravemente el derecho a la educación. Como se puede ver en la *Gráfica 1*, tanto en los países que han recurrido al estado de excepción como en los que no, el cierre de escuelas ha sido una medida ampliamente adoptada, lo que sugiere que, a pesar de lo traumática que puede llegar a ser, ha sido vista como una medida administrativa generalmente aceptada como herramienta de ralentización del contagio.

Gráfica 1. Cierre de escuelas: países que han declarado el estado de excepción vs. países que no lo han hecho



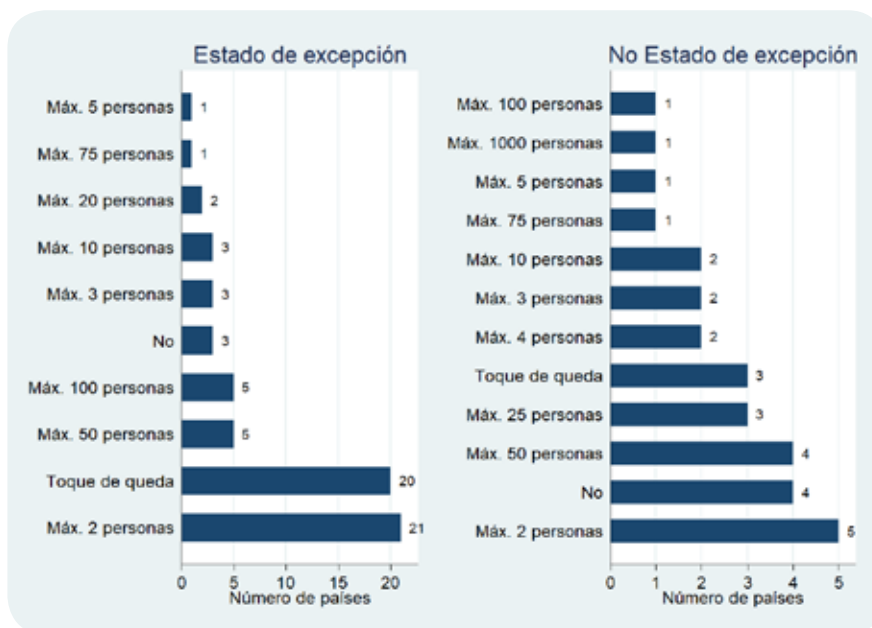
Fuente: elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Restricción de aglomeraciones

Otra decisión interesante es aquella relacionada con la prohibición o restricción de aglomeraciones. De los 83 países en los cuales se ha decretado el estado de emergencia, en el 49 % se han tomado medidas de prohibición de aglomeración muy “duras”, como el toque de queda o la prohibición de reunión de más de dos personas. Únicamente en el 4 % de estos países no se ha tomado ninguna medida de prohibición de aglomeraciones. En contraste, de los 38 países en los cuales no se ha decretado el estado de emergencia, en el 21 % se han adoptado decisiones de toque de queda o de prohibición de reunión de más de dos personas y, en el 11 % de los casos, no se han implementado políticas en contra de las aglomeraciones. Como se ve, pareciera que la toma de decisiones de esta magnitud, que son fuertemente restrictivas de la libertad de locomoción y reunión de la

población, sí son más fácilmente adoptadas en países en los cuales se ha recurrido a la excepción constitucional.

Gráfica 2. Prohibición/restricción de aglomeraciones: países que han declarado el estado de excepción vs. países que no lo han hecho



Fuente: elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Cierre de lugares de culto religioso

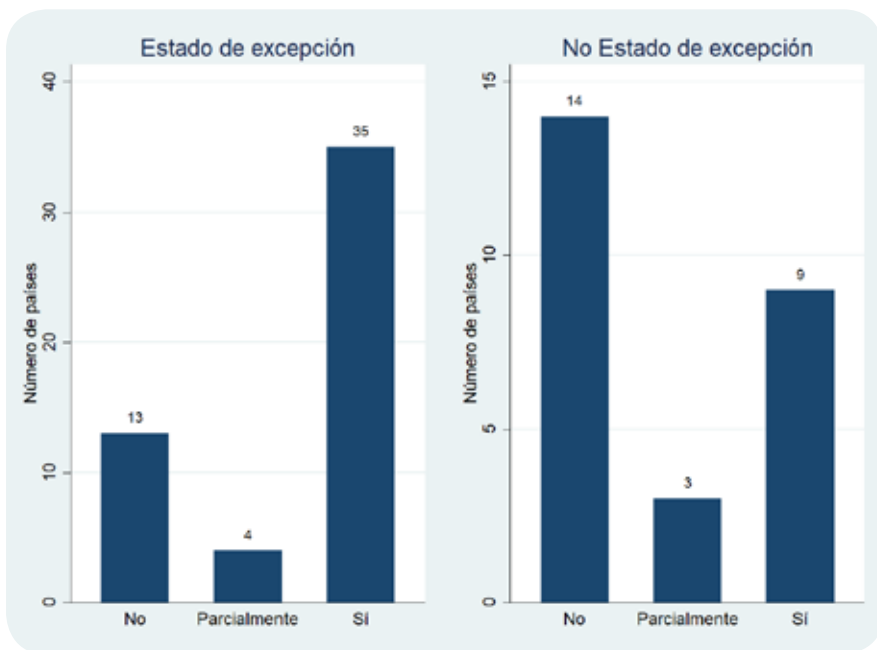
Una medida sumamente delicada y restrictiva de las libertades ha sido la decisión de cerrar los lugares de culto religioso. Desde una perspectiva de política pública, esto es una medida necesaria y, al menos en Colombia, la mayoría de iglesias no se ha opuesto a esta decisión⁸ y han transitado a la virtualidad. Sin embargo, no debe olvidarse que para algunos grupos religiosos se trata de una medida “espiritualmente costosa” debido a que, desde su perspectiva, el culto virtual no puede reemplazar al culto presen-

⁸ Soto, Laura. “Las iglesias: del estado de negación al telesermón”. En: *La Silla Vacía*. 22/03/2020.

cial. Es por lo anterior que, por ejemplo, un grupo de practicantes de la religión católica en España ha pedido que se levanten este tipo de medidas y se permita la celebración de misas presenciales, adoptando protocolos de bioseguridad.

¿Qué tanto varían las medidas de cierre de lugares de culto entre países que han declarado el estado de excepción frente a países que no lo han decretado? Considerablemente: en el 42 % de los países bajo estado de excepción se han cerrado completamente los lugares de culto, mientras que en el 16 % se han mantenido en normal funcionamiento. En contraste, en el 37 % de los países en los cuales no se ha declarado el estado de emergencia los lugares de culto religioso permanecen abiertos, mientras que en el 24 % estos han sido cerrados completamente. Esta información se presenta de manera más detallada en la *Gráfica 3*.

Gráfica 3. Cierre de lugares de culto religioso: países que han declarado el estado de excepción vs. países que no lo han hecho

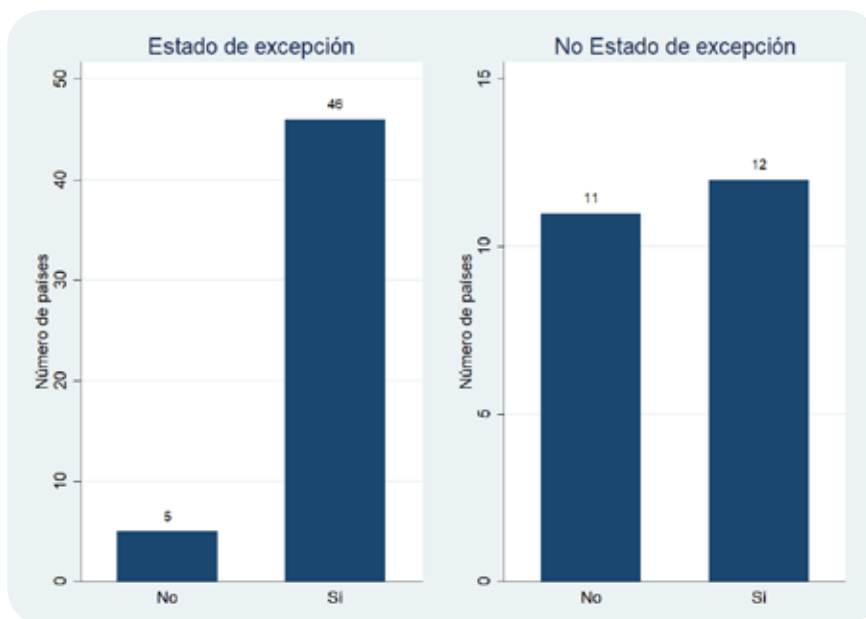


Fuente: elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Cierre de restaurantes y cafés

Una decisión perfectamente razonable desde el punto de vista epidemiológico, pero con efectos trágicos sobre la vida económica de personas y familias, es el cierre de negocios como restaurantes y cafés. Al comparar esta medida entre los países que han declarado el estado de excepción con aquellos que no lo han hecho, puede verse que al igual que ocurre con decisiones como la restricción de aglomeraciones y el cierre de lugares de culto, se presenta una variación considerable. En efecto, en el 55 % de los países bajo estado de excepción se ha implementado esta medida, mientras que solo en el 6 % esto no se ha hecho. A diferencia de lo anterior, en los países sin estado de excepción, el número de países que han cerrado este tipo de negocios es casi igual al número de países que no han implementado esta medida (Gráfica 4).

Gráfica 4. Cierre de restaurantes y cafés: países que han declarado el estado de excepción vs. países que no lo han hecho



Fuente: elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Cierre de fronteras

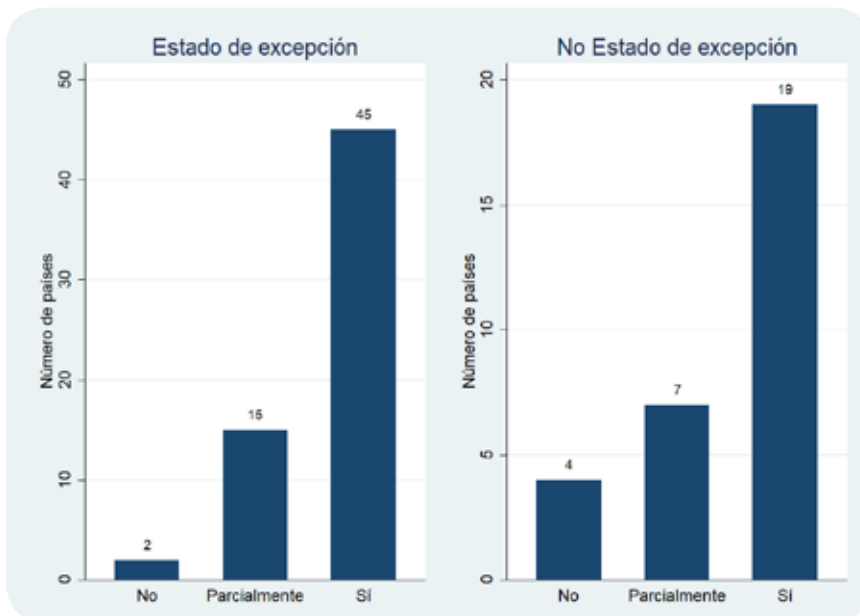
El cierre de fronteras como medida para la contención del contagio ha sido objeto de considerables polémicas. Aunque en términos de salud pública se trata de una decisión razonable, en Colombia algunos han criticado el cierre total de fronteras, que impide el ingreso al país incluso de nacionales y residentes colombianos, por considerarla una medida desproporcionada para los fines constitucionales que busca proteger. Es por ello que recientemente Rodrigo Uprimny argumentó que:

[E]s contraria a los derechos humanos la prohibición absoluta de vuelos de Europa decretada por el presidente Duque, que impide a muchos colombianos retornar a su país, por cuanto todas las personas tienen el derecho humano a volver a su propio país (ver el artículo 13 de la Declaración Universal) y existen medidas alternativas igualmente eficaces para combatir la pandemia, pero menos restrictivas de este derecho, como permitir que esos nacionales puedan retornar pero tengan una cuarentena obligada⁹.

¿Qué tanto varía la decisión de cerrar fronteras entre países que han decretado el estado de excepción en comparación con aquellos que no lo han hecho? Aunque no puede decirse que no existan diferencias entre los países en estado de excepción y los países que mantienen la normalidad constitucional, la variación no es muy marcada. Así, de los países que han declarado el estado de excepción, el 54 % cerró completamente sus fronteras, el 18 % lo hizo de manera parcial y cerca del 2,5 % las mantuvo abiertas. En lo que se refiere a los países que no han declarado el estado de excepción, las cifras son porcentualmente similares, aunque de manera predecible destaca un porcentaje más alto de países que no cerraron las fronteras. Así, el 50 % decretó el cierre total de fronteras, el 18 % el cierre parcial y el 11 % las mantuvo abiertas.

⁹ Uprimny, Rodrigo. “15 recomendaciones del Comité DESC de la ONU frente al coronavirus”. En: *La Silla Vacía*, 11/04/2020.

Gráfica 5. Cierre de fronteras: países que han declarado el estado de excepción vs. países que no lo han hecho



Fuente: Elaboración propia con datos del *COVID-19 State of Emergency Data* del *Centre for Civil and Political Rights*

Algunas conclusiones preliminares y una advertencia sobre las limitaciones de este análisis

Como señaló recientemente Armando Novoa¹⁰, “los estados de excepción suponen que en el Estado de Derecho pueden existir situaciones de perturbación cuando las medidas ordinarias del Gobierno son insuficientes”, por lo cual es necesario otorgar facultades excepcionales al ejecutivo, de manera tal que pueda tomar decisiones que normalmente requerirían de aprobación legislativa (y que con frecuencia son restrictivas de las libertades y derechos de los ciudadanos) de forma rápida, con el fin de conjurar situaciones de crisis.

¹⁰ Novoa, Armando. “El estado de emergencia y los derechos humanos”. En: *Razón Pública*. 27/04/2020.

La actual situación amerita la declaratoria de estados de excepción, con el fin de que los gobiernos puedan tomar decisiones difíciles y sensibles que permitan “aplanar la curva” de la pandemia del nuevo coronavirus. Pero, ¿realmente se necesita del estado de excepción para tomar estas medidas? Los datos aquí presentados sugieren que la adopción de medidas muy fuertemente restrictivas de las libertades, como la restricción dura de aglomeraciones y el cierre de lugares de culto religioso, se ven favorecidas por la declaratoria del estado de emergencia, pues en los países en los cuales se mantiene la normalidad constitucional, este tipo de medidas son mucho menos comunes. No obstante, decisiones (tal vez) menos limitativas de las libertades, como el cierre de escuelas y de fronteras, parecen no requerir de la excepción constitucional, pues también han sido frecuentemente implementadas en países en los cuales se mantiene la normalidad constitucional.

Debe señalarse que el análisis realizado no es suficiente para llegar a conclusiones contundentes acerca de la relación entre pandemia y excepción constitucional, pues el análisis tiene diversas limitaciones que es necesario tener presente. De ellas, quisiera destacar tres.

1. **Imposibilidad de diferenciar entre distintos tipos de estado de excepción.** En Colombia, la Constitución de 1991 consagra la existencia de tres tipos de estado de excepción: estado de guerra exterior (art. 212), estado de conmoción interior (art. 213) y estado de emergencia (art. 215). En España, el artículo 116 de la Constitución de 1978 diferencia entre estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio. En otros países la regulación constitucional de los estados de excepción o de emergencia es similar y establece diferentes clases de excepciones constitucionales. La base de datos utilizada para este análisis únicamente permite saber si en los distintos países se ha declarado algún tipo de estado de excepción, pero no permite saber *qué tipo* de estado de excepción ha sido declarado. Por ello, es necesario ser cuidadoso al utilizar los datos presentados aquí y evitar hacer generalizaciones demasiado amplias con base en los mismos, pues esto podría llevar a caer en imprecisiones en el análisis constitucional.
2. **Medidas ordinarias bajo un marco de excepción.** El análisis presentado no tiene en cuenta un factor fundamental: la posibilidad

de que incluso bajo el marco de la declaratoria de un estado de excepción, los gobiernos tomen decisiones relacionadas con la pandemia mediante instrumentos administrativos ordinarios no amparados en el régimen de excepción. En Colombia, el presidente de la República, a pesar de que ha decretado en dos ocasiones la emergencia económica, ha tomado algunas medidas de control de la pandemia, como la de aislamiento preventivo obligatorio, mediante decretos ordinarios, lo cual ha generado un debate sobre una posible estrategia de “elusión constitucional”¹¹ de dichas medidas, debido a que al ser estas establecidas en decretos ordinarios, en principio no serán objeto de control automático por parte de la Corte Constitucional. Más allá de la importancia que lo anterior tiene para el caso colombiano, este ejemplo sirve para advertir que la base de datos utilizada para el análisis no permite registrar la existencia de este tipo de situaciones.

- 3. Controles a los estados de excepción.** La base de datos utilizada para elaborar este análisis no permite saber acerca de los controles interinstitucionales a los cuales está sometida la declaratoria de estado de excepción por parte del ejecutivo y el nivel de efectividad de los mismos. Por ejemplo, en Colombia, de acuerdo con la Constitución de 1991, los estados de excepción están sometidos a un control político por parte del Congreso de la República y a un control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, en el país ha habido intensos debates acerca de la efectividad de estos controles debido a factores como la incertidumbre acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las sesiones virtuales del Congreso y la toma de decisiones en el marco de las mismas¹², o la posible elusión constitucional del control judicial por parte de la Corte Constitucional, señalada en el párrafo anterior. Estas son variables fundamentales para el análisis constitucional que pueden ser muy diferentes entre países, pero que por falta de información no pueden ser tenidas en cuenta en este análisis.

¹¹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2020.

¹² El Espectador, “¿Es inconstitucional un Congreso virtual?”. En: *El Espectador*. 01/04/2020.

Es por las limitaciones expuestas que las conclusiones aquí presentadas solamente pueden tomarse como de carácter preliminar. Para llegar a conclusiones más claras acerca de la relación entre pandemia y excepción constitucional en perspectiva comparada, es necesario realizar análisis de caso que permitan conocer de manera detallada el tipo de medidas que se está tomando en cada país, sea bajo estado de excepción o en una situación de normalidad constitucional. Es esta la tarea que tenemos por delante.

Bibliografía

- Centre for Civil and Political Rights (2020). “States of Emergencies in Response to the Covid-19 Pandemic”, *Centre for Civil and Political Rights*. Base de datos consultada el 10/05/2020
- El Espectador, “¿Es inconstitucional un Congreso virtual?”, *El Espectador*. 01/04/2020.
- GARGARELLA, Roberto (2020). “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”, *La Nación*. 30/03/2020.
- GAVIRIA, Julián; Hoyos, Esteban (2020). “Cuarentena y control jurídico de los Decretos COVID-19: el debate continúa”, *El Espectador*. 27/04/2020
- NOVOA, Armando (2020). “El estado de emergencia y los derechos humanos”, *Razón Pública*. 27/04/2020.
- OSPINA, Juan (2020). “Emergencia sanitaria ¿Un nuevo estado de excepción?”, *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 08/05/2020.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2009). *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- SOTO, Laura (2020). “Las iglesias: del estado de negación al telesermón”, *La Silla Vacía*. 22/03/2020.
- UPRIMNY, Rodrigo (2020). “15 recomendaciones del Comité DESC de la ONU frente al coronavirus”, *La Silla Vacía*, 11/04/2020.
- UPRIMNY, Rodrigo (2020). “Imaginación jurídica para la democracia”, *El Espectador*. 10/05/2020

LA PANDEMIA Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Jaime Alberto Arrubla Paucar*

Académico de número

Cristina Arrubla Devis**

Profesora nacional invitada

Resumen: La pandemia de la Covid-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud –OMS–, seguida de las medidas extraordinarias adoptadas por el Gobierno Nacional para atenderla, han producido efectos que repercuten negativamente en las relaciones contractuales vigentes, generando una excesiva onerosidad sobreviniente o inclusive la imposibilidad para una o ambas partes de atender sus compromisos negociales. Por esta razón, conviene analizar los remedios que consagra el ordenamiento jurídico colombiano ante la presencia de un hecho extraordinario que afecta la economía del contrato, ejemplo del cual es la coyuntura que actualmente vive el país. En este sentido, se realizará un recorrido por diversas instituciones, a saber: (i) la fuerza mayor o el caso fortuito como circunstancia eximente de la responsabilidad del deudor; (ii) la teoría de la imprevisión como institución encaminada a obtener el reequilibrio del contrato o su terminación; (iii) el hecho del príncipe como evento eximente de responsabilidad e hipótesis de responsabilidad contractual sin falta en tratándose de contratos estatales; (iv) la buena fe como

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, España (*cum laude*). Profesor de contratos en la Universidad Pontificia Bolivariana y la Pontificia Universidad Javeriana.

** Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales. Profesora de la cátedra Contratos I de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

principio orientador de la conducta de las partes durante la ejecución del contrato y; (v) el abuso del derecho como mecanismo para obtener el resarcimiento de perjuicios. Las soluciones que brinda el sistema jurídico son de distinta índole y persiguen su propia finalidad; en algunos casos será el reequilibrio o la terminación del contrato, en tanto en otros lo será la reparación del daño.

Palabras clave: hecho extraordinario, fuerza mayor, caso fortuito, imposibilidad, imprevisión, hecho del príncipe, buena fe, abuso del derecho.

PANDEMIC AND CONTRACTUAL LIABILITY

Abstract: The Covid-19 pandemic declared by the World Health Organization –WHO–, followed by the extraordinary measures implemented by Colombia’s government in order to mitigate it, have created negative effects on contractual agreements, either by making it excessively expensive for one party to fulfill its duties, or even by making it impossible for one or both parties to uphold their business commitments. For this reason, it’s convenient to analyze the remedies the Colombian legal system offers in the event of extraordinary circumstances that affect the contract, such as the one we are experiencing today with the Covid-19 outbreak. In this sense, we will be studying the following institutions: (i) force majeure as an event that exonerates the debtor from any liability; (ii) the theory of unforeseen events as an institution aimed at reestablishing the economic balance of the contract or obtaining its termination; (iii) mandatory acts of government (fait du prince) as a form of exoneration of liability and as an event that constitutes contractual liability without fault in public contracts; (iv) good faith as a guiding principle of the parties’ behavior during the performance of the contract and; (v) abuse of rights as a mechanism to obtain compensation for damages. The remedies offered by the Colombian legal system are of different nature and pursue their own purposes. In some cases, reestablishing the economic balance of the contract or seeking its termination, in others compensation for damages.

Key words: extraordinary event, force majeure, impossibility, unforeseen events, mandatory acts of government, good faith, abuse of rights.

El hecho extraordinario

¿Qué es lo que configura el hecho extraordinario? Estimamos que el hecho se encuentra constituido por todo el conjunto de sucesos que han acaecido; la pandemia declarada por la Covid-19, el pánico social, las medidas del Gobierno tendientes a conjurar la crisis, el aislamiento social, la cuarentena obligatoria, la imposibilidad de atender los compromisos negociales, etc.

Determinado el hecho extraordinario, conviene preguntarse cómo influye el mismo en las relaciones contractuales. Sin duda habrá que examinar de qué clase de relación contractual se trata, así como cuándo se celebró el contrato. De esta manera, no es lo mismo hacer el análisis para un contrato instantáneo de compraventa, que para un contrato de concesión o de arrendamiento. Tampoco es lo mismo si el contrato venía ejecutándose desde el año 2018 o 2019, a si dicho contrato apenas se celebró el presente año, cuando ya se vislumbraba en el panorama mundial el alcance que podía tener la pandemia.

Lo cierto es que una circunstancia extraordinaria, que las partes no pudieron prever, que además impacta la economía del contrato, puede tener relevancia en la responsabilidad que compete a las partes para su ejecución.

A continuación, estudiaremos unos raseros generales relacionados con los remedios que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, con la advertencia de que es necesario analizar cada caso concreto, pues las circunstancias pueden variar de un contrato a otro.

Los efectos de la pandemia y las medidas para atenderla frente a los contratos: un conjunto de remedios

Como advertimos anteriormente, no es posible generalizar la procedencia de los remedios a todo tipo de contrato; es necesario examinar cada caso concreto con el propósito de establecer cuál es la solución más adecuada a cada uno. Así, lo que sirve al uno, no necesariamente sirve a los demás. Miremos algunos de estos remedios:

La fuerza mayor o el caso fortuito

Seguramente, los hechos que han dado lugar a la presente crisis, los cuales afectan a toda la población, no solamente nacional, sino en el contexto mundial, impedirán en muchos casos el cumplimiento de la prestación debida.

En nuestro sistema jurídico, la fuerza mayor o el caso fortuito se presenta como eximente de responsabilidad. El artículo 64 del Código Civil, modificado por la Ley 95 de 1990, aplicable a todo tipo de contratación,

incluyendo la contratación de las entidades estatales en atención a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.”.

Por su parte, el artículo 1604 de la misma codificación señala, en el inciso segundo, que “el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida si hubiere sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”.

Para que la fuerza mayor tenga la virtualidad de liberar al deudor de satisfacer la prestación debida, esta ha de ser objetiva, absoluta, imprevisible e irresistible. En este orden de ideas, si la prestación debida deviene en imposible de realizar por un elemento extraño, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, la obligación del deudor se extingue.

Tenemos, por tanto, que el deudor se libera cuando la prestación se torna imposible de satisfacer¹, siempre que la imposibilidad, además de no serle imputable, sea absoluta, imprevisible e irresistible. En este sentido, la imposibilidad ha de reunir los siguientes requisitos²:

¹ Se trata de la “inejecución de la prestación, con efectos liberatorios, por causa no imputable al deudor, como modo extintivo de la relación obligatoria”. HINESTROZA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, p. 780.

² Sobre este punto, HINESTROZA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, p.787. “Se dice que la imposibilidad extintiva y liberatoria ha de ser sobrevenida, objetiva y absoluta, imprevisible y, sobre todo, inevitable. En cuanto a la primera característica, ya se anotó la diferencia entre la imposibilidad inicial o congénita, excluyente de la eficacia de la relación obligatoria, y la imposibilidad sobrevenida, que no es pretérita, sino que acontece luego de constituida la relación, en principio en el tiempo que media entre el origen de esta y la exigibilidad de la prestación, pero que puede darse con esos mismos efectos, aunque con requisitos más estrictos, con posterioridad a ese momento (arts. 1604 [2], 1731 [2] y 1733 [2] c.c.). Respecto de la segunda nota, ha de ponerse de presente que, según las circunstancias, la índole de la prestación y la regulación de los intereses en juego en la relación obligatoria, sobre todo, contractual, el criterio con el cual se aprecien los hechos será más severo, de modo de exigir la presencia de un hecho absolutamente ajeno al deudor (imposibilidad objetiva) (...)”.

A. La imposibilidad ha de ser objetiva:

El hecho que impide la ejecución de la obligación ha de ser extraño o ajeno al deudor. Por consiguiente, las circunstancias subjetivas o individuales del deudor, que le imposibilitan dar cumplimiento oportuno a la prestación debida, en ningún caso son configurativas de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

B. La imposibilidad ha de ser definitiva o absoluta:

La imposibilidad transitoria o temporal no libera al deudor del cumplimiento de la prestación, por ser factible, en todo o en parte, la posterior satisfacción del interés del acreedor. En este sentido, la imposibilidad transitoria sobreviniente no implica la extinción de la obligación, sin perjuicio de que, mientras persista la imposibilidad, el deudor no sea responsable del retardo. Así, el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil señala que “[l]a mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a la indemnización de perjuicios”. En rigor, no habrá mora por no tratarse de un retardo injustificado imputable al deudor.

Así las cosas, para que pueda predicarse la extinción de la obligación del deudor, el hecho extraordinario ha de imposibilitar la ejecución de la prestación en términos absolutos. La imposibilidad transitoria, podría implicar, a lo sumo, la suspensión de la ejecución de algunas prestaciones, pero no la extinción de la relación obligatoria. Al respecto, el maestro FERNANDO HINESTROZA indica³:

“Los contratos de ejecución sucesiva, especialmente si son de larga duración, son propicios a vicisitudes consistentes en imposibilidades transitorias, que bien pueden asumirse y sortearse con suspensión de la ejecución de las obligaciones, que se reanuda al desaparecer el obstáculo, salvo que el período se prolongue más de la cuenta o que la presencia del intervalo afecte la economía del contrato o contradiga gravemente el interés del acreedor. El ejemplo de la suspensión del contrato de trabajo (art. 51 C.S.T.) es proverbial”.

³ HINESTROZA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

Por lo tanto, en tratándose de contratos cuyo cumplimiento se vea afectado por imposibilidades de naturaleza temporal o transitoria, constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, la suspensión de la ejecución de las obligaciones, mediante la aplicación analógica del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, se constituye en un remedio adecuado para afrontar dicha imposibilidad.

Adicionalmente, podría admitirse como remedio alternativo, acudiendo a casos semejantes en nuestro ordenamiento jurídico que, ante el desequilibrio económico del contrato y la afectación grave del interés del acreedor, este pueda optar, según el caso, por reajustar o poner fin al contrato⁴.

C. La imposibilidad ha de ser imprevisible:

En este sentido, el hecho que acarrea la inejecución de la prestación no puede haber sido razonablemente previsto por las partes al momento de la celebración del contrato. Por lo anterior, será necesario analizar, para el caso de los contratos celebrados a inicios del presente año, si es o no posible predicar el cumplimiento de este requisito.

D. La imposibilidad ha de ser irresistible:

El hecho que origina la imposibilidad ha de ser de tal envergadura, que no pueda ser superado o evitado por el deudor. En este sentido, si existen alternativas para cumplir, así sean más onerosas, no se satisface el requisito.

Ante la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento de la prestación debida, es necesario preguntarnos qué parte contractual debe soportar el detrimento patrimonial que acarrea la extinción de la obligación. La cuestión nos lleva a analizar la distribución de riesgos que realiza el legislador

⁴ Así, en el contrato de compraventa, si al momento de perfeccionarse el contrato falta una parte considerable de la cosa, el comprador puede, a su arbitrio, desistir del contrato o abonar el precio a su justa tasación (artículo 1870, Código Civil). Por su parte, ante la presencia de vicios redhibitorios en el contrato de compraventa, el comprador tiene derecho a solicitar la rescisión de la venta (acción redhibitoria) o a que se rebaje el precio en proporción a los vicios ocultos (acción estimatoria o *quantum minoris*) (artículo 1914, Código Civil). En el contrato de arrendamiento, el mal estado o calidad de la cosa arrendada da derecho al arrendatario a la terminación y aún a la rescisión del contrato. Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, corresponde al juez decidir si procede la terminación del contrato o la rebaja del precio o renta (artículo 1990, Código Civil).

a falta de un pacto expreso entre las partes en ejercicio de su autonomía privada. Así, es posible que el deudor hubiere asumido expresamente el riesgo de la fuerza mayor, caso en el cual deberá este correr con las consecuencias de su acaecimiento.

En caso de omisión contractual sobre la asignación de riesgos, viene la ley a suplir el silencio de las partes respecto de aquellas obligaciones de dar o entregar un cuerpo cierto. Por regla general, la cosa perece para el acreedor (*res perit creditore*). El artículo 1607 del Código Civil establece como norma general que “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor (...)”.

Es del caso advertir que el Código de Comercio, en el contrato de compraventa, artículo 929⁵, traslada los riesgos del cuerpo cierto que se debe al vendedor, deudor de la cosa. Se trató de corregir la que se ha afirmado es una equivocada adaptación en el proyecto de don Andrés Bello del Código Civil francés, en el cual es perfectamente lógico que el riesgo lo asuma el comprador por no existir la diferencia entre título y modo, esto es, porque quien compra adquiere con el mismo título el dominio de la cosa.

La regulación contenida en el Código de Comercio da lugar a la ya conocida discusión de nuestra jurisprudencia, dividida entre criterios remisionistas y autonomistas para la aplicación del artículo 822 del Código de Comercio. Estos últimos queriendo exportar la norma de la compraventa a todo el derecho de contratos mercantiles.

Por otro lado, es necesario tener presente que, en nuestro sistema jurídico, la regla general indica que los géneros no perecen. El artículo 1567 del Código Civil señala que “la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. Por lo tanto, las obligaciones de género ilimitado no perecen y los riesgos los asume el deudor.

⁵ “En la venta de un “cuerpo cierto”, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”.

Tenemos entonces que el acaecimiento de circunstancias extraordinarias, en tratándose de obligaciones de género, en principio no liberan al deudor del cumplimiento de la obligación. No obstante, estimamos que sí puede verse liberado de las consecuencias del retardo al cual se haya visto compelido para la ejecución de la prestación, con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil.

En relación con las prestaciones de hacer y de no hacer, la imposibilidad absoluta sobreviniente por una circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, en razón de la bilateralidad del contrato y la interdependencia de las obligaciones, debe acarrear como consecuencia la extinción de la obligación correlativa y la liberación de la contraparte.

Así sucede en los contratos de arrendamiento, en los que la destrucción material o funcional de la cosa genera la terminación del contrato. Así, por ejemplo, cuando se hace imposible el goce de la cosa en un contrato de arrendamiento de local comercial, a consecuencia de estar clausurado el centro comercial, prohibida la entrada al público y la aglomeración de personas, sin poderse establecer el plazo para conjurar tal situación, la cual en consecuencia se torna indefinida, nos encontramos en presencia de la destrucción funcional de la cosa. En consecuencia, debería tener aplicación el artículo 2008 del Código Civil, que consagra como causal de extinción del arrendamiento la destrucción de la cosa arrendada. Nuestro criterio encuentra respaldo en posiciones doctrinales que, aunque referidas a la destrucción física, tienen plena aplicación para la destrucción funcional que venimos advirtiendo.

OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA se han pronunciado sobre la extinción simultánea de las obligaciones de las partes con ocasión de la imposibilidad absoluta sobreviniente, en los siguientes términos:

“En todos estos casos, la imposibilidad fortuita extingue totalmente la eficacia del contrato bilateral y no solamente las obligaciones de una de las partes, lo cual implica que sea el propio legislador quien considere que en tales contratos las obligaciones que producen están condicionadas entre sí a que puedan ser ejecutadas y las partes recíprocamente satisfechas.

Entonces, generalizando esta solución a todos los contratos bilaterales, respecto de los cuales la ley no haya establecido excepción en contrario, la

doctrina, por el mismo procedimiento que empleó en la elaboración de la teoría de la resolución judicial de dichos contratos por el incumplimiento de una de las partes, ha llegado a considerar que en ellos existe una condición tácita de que la imposibilidad fortuita de ejecución de las obligaciones de una de las partes también acarrea la extinción de las de la otra parte”⁶.

Adicionalmente, existe un interesante antecedente jurisprudencial que, de manera tangencial, alude al efecto que, en los contratos bilaterales, tiene la imposibilidad sobreviniente de la obligación de una de las partes en la obligación correlativa de la contraparte. En sentencia de 5 de julio de 1935, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Si se tratara, en el caso que se estudia, de una extinción total, por razón de fuerza mayor, de las obligaciones de Envigado; si lo extinguido por el caso fortuito hubiera sido el haz de obligaciones a cargo de ese Municipio, no habría duda alguna de que las obligaciones correlativas de Medellín se habrían extinguido por contragolpe, no ciertamente por virtud de la condición resolutoria sobreentendida en los contratos sinalagmáticos –la cual supone una inexecución imputable al deudor- sino por razón de una regla de simetría contractual, que técnicamente se cumple y explica por la noción de causa de las obligaciones, noción que desempeña un papel preponderante en los contratos bilaterales, en los cuales cada una de las partes juega el doble papel de deudor y acreedor. En tales contratos, por virtud de la inter-

⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Temis. Bogotá. 2018, p.572. “(...) contrato sinalagmático, cuya propia naturaleza, unida al principio de la buena fe que gobierna el desarrollo de las convenciones en un sistema jurídico no formalista, constituye fundamento natural y adecuado para explicar que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes (y aún su inexecución fortuita) debe autorizar a la otra parte para exonerarse del cumplimiento de las suyas y para pedir la resolución de ese contrato que ha dejado de responder a la intención que presidió su celebración” (p. 273).

Sobre el particular ver GÓMEZ VÁSQUEZ, Carlos. *El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente*. Opin. jur. vol.6 no.12 Medellín July/Dec. 2007. “Así las cosas, puede afirmarse que del régimen general del Código civil se infiere que la extinción de una obligación convencional por imposibilidad fortuita y sobreviniente de cumplimiento (art. 1625 CC) comporta la ineficacia funcional del contrato, su extinción de pleno derecho, y la extinción consecuente de las demás relaciones obligatorias contractuales (art. 1524 CC), a no ser que aquella obligación extinguida tuviere por objeto una prestación de dar o entregar un cuerpo cierto, pues en ese caso, en acogimiento de lo estipulado en el art. 1607 CC, la eficacia obligatoria del contrato no se verá afectada por tal extinción, de manera que el acreedor de la obligación extinguida tendrá que cumplir (en tanto que deudor) la prestación de su cargo (res perit creditori)”.

dependencia de las obligaciones que de ellos se derivan, al quedar extinguida por fuerza mayor la que contrajo una de las partes, desaparece la otra porque queda sin el soporte de la causa, indispensable para su existencia”⁷.

Refiriéndonos a la situación en concreto que está viviendo el país y a la teoría jurídica que se acaba de exponer, debemos considerar que la cuestión puede dar lugar a posiciones encontradas.

Para algunos, la pandemia no es el hecho que determina la imposibilidad sobreviniente, sino que el verdadero hecho lo constituyen las medidas adoptadas por el Estado. Además, estas medidas no podrán catalogarse como una fuerza mayor, por tratarse de una situación transitoria y no de carácter absoluto.

Para otros, la pandemia en sí misma es el hecho que desencadena, no solamente las medidas que ha debido tomar el Gobierno tendientes a que no se propague el virus, sino también el acuartelamiento de la población y la parálisis de la economía. Por ende, se trata de un hecho que podría configurar una fuerza mayor o caso fortuito. Eso sí, siempre que ocasione la imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación.

No hay por qué descartar ninguna de las dos tendencias; ambas pueden ser válidas según el contrato de que se trate. Será necesario analizar en cada caso concreto si la pandemia o las medidas del Gobierno tornan imposible, en términos absolutos, el cumplimiento de la prestación, independientemente del carácter transitorio tanto de lo uno como de lo otro.

En conclusión, sobre este primer punto, la imposibilidad absoluta sobreviniente para el cumplimiento de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, generada a consecuencia de la pandemia y las medidas tomadas por el Gobierno para mitigarla, acarrea la extinción de la obligación y puede ser alegada como un eximente de responsabilidad contractual por parte del deudor.

Si se trata de obligaciones de hacer o no hacer, la imposibilidad sobreviniente conduce a la extinción de la obligación del deudor, así como a la extinción de la obligación correlativa. Lo anterior en tratándose de contratos bilaterales.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 05 de julio de 1935. G.J. XLII, No. 1897, p. 54. M.P. Eduardo Zuleta Ángel.

Finalmente, si nos encontramos ante una imposibilidad transitoria, incluso en obligaciones de género dinerarias, aún cuando esta circunstancia no acarree la liberación del deudor, sí podría ser relevante para eximir de la mora y del perjuicio que esta ocasiona al acreedor.

La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión se presenta como un remedio para los contratos de ejecución sucesiva o diferida. El Código Civil no la reguló en la teoría del contrato, por razones eminentemente políticas de la época, 1804, Código de Napoleón, precisamente porque el principio de seguridad jurídica que se quería entronizar era el de la *pacta sunt servanda*. A pesar de ser la *rebus sic stantibus* una institución que venía desde el derecho romano, no se quiso incorporar para darle prevalencia a los afanes de seguridad que reclamaba la sociedad de la época. Don Andrés Bello mantiene en su proyecto la misma pretensión y, por ello, la teoría queda en principio proscrita.

Se revive en Francia, en el Consejo de Estado, en el conocido caso de la compañía de gas de Burdeos, que tenía celebrado con la municipalidad un contrato de suministro de gas para las redes domiciliarias a 30 años. El contrato se vio desequilibrado por la ocurrencia de un hecho extraordinario, que también afectó a la humanidad en general, la Gran Guerra.

Así las cosas, no existiendo norma que la consagrara, fue la jurisprudencia la que nuevamente reimplantó la teoría de la imprevisión, con las siguientes premisas⁸:

- i) Es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo.
- ii) Exige el acaecimiento de una circunstancia extraordinaria que las partes no pudieron prever al momento de celebrar el contrato, por tanto, imprevisible e irresistible.
- iii) La circunstancia extraordinaria debe alterar la prestación de futuro cumplimiento.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de octubre de 1936. G.J. XLIV., p. 457; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de mayo de 1938. G.J. XLVI., p. 544.

- iv) La circunstancia extraordinaria ocasiona una dificultad para el cumplimiento de la prestación, no una imposibilidad absoluta. En esta medida, se produce un desequilibrio por causa de una excesiva onerosidad sobreviniente que afecta la equidad del contrato.

La teoría conduce a solicitarle al juez que ordene los reajustes que la equidad indique, si ello fuere posible y, de no serlo, que ordene la terminación del contrato.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia comenzó a hablar de la teoría desde el año 1936, fundamentada en principios generales. Posteriormente, la consagra el Código Sustantivo del Trabajo a mediados del siglo pasado y el Código de Comercio la incluye en su artículo 868⁹ para la teoría general del contrato. Se aplica a la contratación estatal en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y, además, con fundamento en lo que en forma expresa advierte para la contratación de las entidades estatales el inciso primero del artículo 5 que señala: “(...) En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”. Esta última norma prevé una intervención directa de la administración a fin de buscar una solución a la circunstancia extraordinaria que afecta el contrato, sin la necesidad de intervención judicial. En el evento en que la administración no lo haga, se podrá acudir a la teoría general de la imprevisión consagrada en el Código de Comercio.

La jurisprudencia¹⁰ del Consejo de Estado, ha aplicado la teoría de la imprevisión con los siguientes lineamientos:

⁹ “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2003. Exp. 17554. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Exp. 15119. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

“1) que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional.

(...)

[L]a ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer al cargo del contratante.

(...)

Por lo demás, se tendrán en cuenta las pérdidas o perjuicios sufridos y no las ganancias posibles que el cocontratante hubiera podido obtener de no ocurrir el trastorno del contrato. La imprevisión no cubre ni asegura ganancias; solo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y esta es otra condición importante, por vía de la teoría de la imprevisión no deben cubrirse todas las pérdidas sufridas por el contratante, sino las que sean menester cubrir para que el álea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal o común. La administración pública, al otorgar esa ayuda al contratante, toma sobre sí ese perjuicio extraordinario, haciendo que la ecuación económico – financiera del contrato vuelva a condiciones razonables, contractuales”¹¹.

Interesante el desarrollo jurisprudencial del honorable Consejo de Estado. Sin embargo, hay que reconocer que implica una limitación que la ley no señala. Sentar como premisa general que el contrato debe llevarse simplemente al punto de no pérdida, puede ir precisamente contra el principio de razonabilidad que la misma jurisprudencia invoca. Imagínese el mismo caso que dio lugar a reimplantar la teoría en Francia, un contrato de suministro de gas a 30 años que tenga que seguir siendo atendido por el proveedor con cero posibilidades de ganancia.

La justificación de la jurisprudencia contenciosa, para el límite que ella ha impuesto, pareciera ser, según la doctrina, que la indemnización por la imprevisión no obedece a la reparación de un perjuicio originado en una

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Exp. 15119. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

responsabilidad imputable a la administración, sino en un daño resultante de un alea externo al contrato y a las partes, lo que conlleva a que la reparación no tenga que ser integral.

La actual pandemia y las medidas gubernamentales adoptadas para conjurarla podrían configurar una circunstancia extraordinaria que permitiera cumplir los requisitos que exige la aplicación de la teoría de la imprevisión. Aunque la ley no desarrolla el concepto de circunstancia extraordinaria, sí hay un referente que sirvió para la reimplantación de la teoría en Francia, que fue la Gran Guerra. Por ello, la doctrina ha sostenido que debe tratarse de un hecho que afecte a la sociedad en general, no a la órbita individual del contratante, que no haya podido preverse al momento de la celebración del contrato y que altere gravemente la prestación de futuro cumplimiento, causando un desequilibrio en la ecuación contractual.

El remedio que hemos analizado podría servir para algunos contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, donde no se presente una imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación. No es remedio para contratos de ejecución instantánea, así tengan fraccionamiento para el cumplimiento de sus obligaciones. La venta a plazo o con entrega por instalamentos, no es susceptible de la aplicación de la teoría, pues el fraccionamiento es una modalidad de la ejecución y no de la estructura contractual.

Además, no puede perderse de vista que el contrato es un acto de previsión, que implica organización y planeación de las partes. La atribución de riesgos contractuales excluye la aplicación de esta teoría. Por lo tanto, es necesario examinar cada contrato y cada caso en particular con el fin de estudiar la procedencia o no de este remedio.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la teoría de la imprevisión es aplicable únicamente a contratos que se encuentren en curso, no es una solución para reclamar perjuicios. Esta circunstancia debe ser valorada por los jueces al momento de la admisibilidad, no solamente de la demanda, sino de la medida cautelar que la acompañe, pues ningún sentido tendría diferir un reajuste cautelar o una suspensión contractual, para el momento de la sentencia. Ello haría nugatorio el remedio que ofrece la teoría del contrato.

La duración del proceso, aún en estas épocas de oralidad suspendida, siempre han hecho nugatoria la aplicación de la teoría, pues el problema que encierra

el contrato no puede esperar el trámite y el advenimiento de una sentencia. Es preciso impetrar, de entrada, una medida cautelar innominada de reajuste provisional o de suspensión, afortunadamente ahora admitidas por el Código General del Proceso, y esperar la comprensión del juez para que la dicte y evite así una consecuencia nefasta para los propósitos contractuales.

Hecho del príncipe

Adquiere una especial relevancia hacer referencia a este medio exonera-tivo de responsabilidad en el derecho común, en la medida que el artículo 64¹² del Código Civil lo consagra como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. En relación con los efectos que esta circunstancia acarrea para la relación obligatoria, nos remitimos a los planteamientos expuestos en el acápite correspondiente de este escrito.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado lineamientos acerca de lo que podría hacerse frente al mismo hecho de la administración, precisamente por ser el Estado parte del contrato y quien produce las medidas que, en un momento dado, pueden causar el desequilibrio contractual. En este sentido, ha indicado que el hecho del príncipe se genera “cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contra-tista su oferta o celebrar el contrato (...)”¹³.

Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual sin falta, que con-duce a la indemnización integral de los perjuicios ocasionados. En esta medida, la entidad contratante “está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado”¹⁴.

¹² “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

En relación con la hipótesis de responsabilidad contractual sin incumplimiento que se suscita con el hecho del príncipe, el Consejo de Estado, en sentencia de 14 de abril de 2005, señaló los siguientes requisitos:

“(i) un daño antijurídico, que en este caso está dado por la alteración de la ecuación económica del contrato; y

(ii) su imputabilidad a la acción legítima del Estado contratante, que emite un acto general y abstracto; y en relación con sus consecuencias económicas, también puntualizó que:

(iii) el contratista tiene derecho a recibir una indemnización integral, que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, o sea que se le deben reconocer las utilidades que hubiera dejado de percibir con ocasión de la decisión administrativa”¹⁵.

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que la expedición de las medidas de emergencia por parte del Gobierno con ocasión de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, constituyen un hecho sobreviniente, imprevisible y externo, que puede ocasionar un desequilibrio económico en muchos contratos estatales y que, por tanto, habilita el ejercicio del medio de control de controversias contractuales con el fin de obtener una indemnización de perjuicios.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la posición mayoritaria en el Consejo de Estado ha sido la de reconocer la configuración del hecho del príncipe únicamente cuando el acto de carácter general y abstracto que genera un desequilibrio en el contrato proviene de la entidad contratante¹⁶. Con todo, ha reconocido en algunas oportunidades la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en eventos en los cuales el acto general y abstracto que produce una afectación en el contrato proviene de una autoridad pública diferente de la entidad contratante.

En sentencia de 27 de marzo de 1992, con ponencia del H. Consejero CARLOS BETANCUR JARAMILLO, la Sección Tercera señaló que el hecho del príncipe consiste en un “[h]echo, siempre de carácter general, que puede

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, exp. 28.616, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁶ Ver sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119; sentencia de 04 de febrero de 2010, Exp. 16017, sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 20183; sentencia de 25 de abril de 2012, Exp. 21909.

emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado”. También en aclaración de voto frente a la sentencia de 4 de febrero de 2010, la H. Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, indicó:

“Mi disentimiento con la tesis expuesta recientemente por la Sala y que ahora reitera, estriba en que considero que el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, es el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado. En este mismo sentido se pronunció en Sentencia de 15 de febrero de 1999 (Exp. 11194), en la cual expresó que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución por actos de la administración como Estado y puntualizó que “es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como “el hecho del príncipe”, según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse”.

Con las anteriores citas de voces disidentes en el Consejo de Estado sobre la concepción del hecho del príncipe, se abre la posibilidad de que en temas como el confinamiento obligatorio ordenado por un decreto ejecutivo, que no es de emergencia, pudiera constituirse un hecho del príncipe frente a relaciones contractuales en las cuales la administración central no es la contratante.

La buena fe

La buena fe entendida como un deber de comportamiento probó, que se impone durante todo el *iter contractus* a las partes que participan en él, adquiere una dimensión especial durante la ejecución del contrato. El artículo 1603¹⁷ del Código Civil y el 871¹⁸ del Código de Comercio, advierten en forma expresa que los contratos deben ejecutarse de buena fe, deber que se impone en las contrataciones privadas y públicas.

¹⁷ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

¹⁸ “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

La buena fe impone a los contratantes en la etapa de ejecución del contrato tener el mayor miramiento sobre la expectativa y propósito contractual de su contraparte. El contrato no es un ring de boxeo y la buena fe se convierte en un elemento dinamizador de las exigencias de comportamiento probado y razonable a fin de que cada cual alcance el fin propuesto y buscado con el contrato.

Ante circunstancias extraordinarias como las que venimos analizando, con ocasión de la pandemia y las medidas adoptadas para conjurarla, el diálogo interpartes debe existir y se debe imponer para tratar de solucionar directamente los tropiezos y vicisitudes que experimenta el contrato en ejecución. No aceptar el diálogo, el ajuste y la revisión razonable de las prestaciones contractuales puede derivar en una desatención de dicho deber de comportamiento y puede ser fuente de responsabilidad.

Del contrato no solamente emanan prestaciones, sino deberes como la buena fe y todos los subdeberes que ella comprende, entre los cuales pueden citarse el de información, seriedad, razonabilidad y muy especialmente, el de lealtad en la etapa de ejecución. Además, no se puede perder la perspectiva de la conmutatividad que implica la relación contractual atendiendo a la naturaleza de cada contrato. La buena fe impone a las partes mantener el equilibrio contractual para que dicha conmutatividad no se rompa.

En los contratos de ejecución instantánea, respecto de los cuales no tiene cabida la teoría de la imprevisión, la buena fe y el principio de la conmutatividad del contrato pueden aparecer como soluciones a las cuales las partes pueden acudir ante el desequilibrio que ocasione una circunstancia extraordinaria, como la que actualmente se vive.

El abuso del derecho

Restablecida la teoría de la imprevisión en el derecho francés, siguieron las reflexiones desde la perspectiva de la filosofía del derecho tendientes a justificarla. La teoría del abuso del derecho, por supuesto, ocupó un lugar especial. Si una de las partes exige el cumplimiento estricto del contrato a su contraparte, cuya prestación se ha visto afectada por una circunstancia extraordinaria, podría estar abusando de su derecho al cumplimiento del contrato.

El principio está expresamente establecido en el artículo 830¹⁹ del Código de Comercio y la jurisprudencia ha hecho uso de él para dinamizar la teoría general del contrato. Se convierte en una fuente resarcitoria de perjuicios ante el abuso de la posición dominante, como ha advertido en el pasado la Corte Suprema de Justicia²⁰.

Si bien no se trata de un problema de posición dominante en la contratación, sí se trata de una situación de abuso en la que incurre el contratante que, a sabiendas de la ocurrencia de graves hechos imprevisibles que afectan la prestación de futuro cumplimiento, se obstina en exigirle a su contraparte que esta sea atendida sin consideración alguna. Quien se comporta abusivamente en la relación contractual deberá indemnizar los perjuicios que cause con su conducta.

Conclusiones

- Los hechos como la pandemia y las medidas dictadas por el Gobierno Nacional tendientes a conjurarla, sin duda, configuran circunstancias extraordinarias, imprevisibles e irresistibles llamadas a afectar los contratos en curso.
- La solución que presenta nuestro sistema jurídico es variopinta, constituida por un conjunto de remedios, de diferente naturaleza y finalidad, los cuales se deberán utilizar dependiendo de la clase de contrato que se trate.
- La finalidad que buscan los diferentes remedios en algunas oportunidades conduce al resarcimiento del perjuicio y, en otras ocasiones, a la terminación del contrato o a reequilibrarlo hacia el futuro. En este último caso, no debe perderse de vista que lo que busca reestablecerse es la conmutatividad subjetiva originaria, esto es, la situación de equilibrio inicial del contrato, que no necesariamente se tratará de un equilibrio objetivo.
- Es necesario atender al contenido de cada contrato, particularmente, a la distribución de los riesgos.

¹⁹ “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

²⁰ Ver Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Bibliografía

- Código Civil [Código]. (2020) Ed. 44. Legis.
- Código de Comercio [Código]. (2020) Ed. 43. Legis.
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. DO: 41.094.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 05 de julio de 1935. G.J. XLII, No. 1897. Pp. 52-55. M.P. Eduardo Zuleta Ángel.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de octubre de 1936. G.J. XLIV. P. 457
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de mayo de 1938. G.J. XLVI. P. 544.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de marzo de 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2003. Exp. 17554. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 28 de septiembre de 2003. Exp. 15119. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005, exp. 28.616, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Aclaración de voto a la sentencia de 04 de febrero de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- GÓMEZ-VÁSQUEZ, C. *El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente*. Opin. jurid. vol. 6 no.12 Medellín July/Dec. 2007.
- HINESTROZA, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. (3ª Edición). Universidad Externado de Colombia.
- OSPINA-FERNÁNDEZ, G., OSPINA-ACOSTA, E. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (7ª Edición). Temis.

TRIBUTOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA
COVID-19, NUEVAS REALIDADES E IMPERIOSAS EXIGENCIAS,
GRANDES RETOS FUTUROS PARA LAS SOCIEDADES Y LOS ESTADOS
¿Y COLOMBIA? ¡¡BIEN, GRACIAS!!!

Camilo Ernesto Rodríguez-Gutiérrez*
Profesor nacional invitado

Resumen: Breve exposición de los eventos acaecidos –y aún en desarrollo para el momento en que se escribe– con ocasión de la pandemia de COVID-19 en relación con los tributos. Presenta un escenario que trata la COVID-19 como una amenaza subestimada, desde la visión mundial y, en especial, para el caso colombiano. Realiza una breve descripción sobre el origen de la pandemia, su motivador y las dinámicas que se dieron a su alrededor a partir de las versiones oficiales reproducidas en medios informativos de acceso general. Reflexiona sobre las exigencias que imponen el manejo de la crisis y sus incompatibilidades con los tiempos previos al mismo, lo que indefectiblemente supondrá un cambio por lo menos transitorio en el actuar de las personas, las sociedades y los Estados; sobre lo nunca pensado en el diseño e implementación de políticas económicas, que en un escenario como el actual, no dejan de acentuar profundas contradicciones; hace una presentación de lo nunca antes previsto y que se hace presente de manera manifiesta con ocasión de la pandemia. En el numeral tercero se presentan las crisis que acompañan la presente pandemia. Luego en el numeral cuarto se hace una presentación sucinta sobre la naturaleza y orígenes del tributo moderno para, en el numeral quinto, abordar el manejo que se le ha dado a la crisis de la COVID-19 en el Estado colombiano, en particular, desde la visión impositiva con ocasión del estado de emergencia, especialmente para el caso del impuesto solidario, sin dejar de

* Abogado. Especialista en Derecho Tributario. Magíster en Derecho Público. ORCID 0000-0002-4160-7621. Investigador Académico - Consultor. Contacto: editor@ajt.com.co

reseñar otros temas que se han venido presentando en el manejo de la pandemia. Ensayo expositivo.

Palabras clave: COVID-19 - Pandemia - Crisis - Estado - Tributos.

TAXES IN TIMES OF A PANDEMIC
COVID-19. NEW REALITIES, IMPERIUS DEMANDS,
BIG FUTURES CHALLENGES FOR SOCIETIES AND STATES.
AND COLOMBIA? WELL, THANKS!!!

Abstract: A brief discussion of the events that have taken place in relation to taxes –and are still occurring at the time of this writing– due to the COVID-19 pandemic. It presents a scenario that treats COVID-19 as an underestimated threat from a global perspective, and especially for Colombia. It briefly describes the origins of the pandemic, the reasons for its propagation, and the dynamics around it based on the official versions reported in the general media. It reflects on the demands imposed by the management of the crisis and their incompatibility with the times that preceded it, which will inevitably entail at least transitory changes in the actions of people, societies, and States. And it discusses what has never before been foreseen and has become manifest with the pandemic, with regard to what has never been considered in the design and implementation of economic policies, which in current circumstances do not cease to accentuate profound contradictions. Section Three presents the crises generated by the pandemic. Section Four then makes a succinct presentation about the nature and origins of modern taxation. And Section Five addresses the management of the COVID-19 crisis in the Colombian State, in particular from a tax perspective under the state of emergency, especially with regard to the solidarity tax, while summarizing other issues that have arisen in the management of the pandemic. Expository Essay.

Key words: COVID-19 - Pandemic - Crisis - State - Taxes.

Advertencia

Para el momento de redacción del presente escrito los hechos de la pandemia generada por la COVID-19 aún se encuentran en vertiginoso desarrollo; el texto no está escrito desde la medicina ni desde la economía, ni tampoco desde la política, y las referencias a estos campos científicos se realizan desde la relativa gran distancia, pero indefectible relación que las bases jurídicas presentan con estas específicas áreas, y dando por sentado el reconocimiento sobre la interdependencia y conexidad del conocimiento.

Introducción

Transcurriendo los días de la cuarentena causada por la pandemia originada por la COVID-19, el presente ensayo realiza una serie de diferentes reflexiones válidas sobre las implicaciones generadas por la crisis global, las nuevas realidades que se presentan a la sociedad y los retos que se plantean a futuro en general, y en particular sobre el papel que los tributos desarrollan en el presente y futuro inmediato. Para ello se abordan desde un plano crítico las políticas públicas y económicas que explican el delicado estado de la situación, teniendo como punto central el proceso privatizador de servicios públicos, el cual, debido a un exceso de optimismo, o falta de previsión a una situación como la actual, hace entonces necesarísima la entrada en escena del Estado.

Calificar la situación como una crisis no es de manera alguna exageración, las repercusiones de los hechos y las medidas que han llegado junto con la pandemia han generado un tenso momento que funda una serie de incómodos interrogantes, tanto de nosotros como personas considerados individualmente, como de sociedad, y que tienen como raíz propia nuestro punto más básico, la vida, nuestra propia vida, que al extrapolarse se identifica en la vida del otro, la vida de los otros.

Las medidas tomadas por los diferentes Estados ante los hechos por todos conocidos han producido, “aparentemente”, de manera no deseada, un serio rompimiento en el –ahora reconocible– frágil equilibrio entre la producción de bienes y servicios y el consumo de estos, no es nada diferente a una crisis económica, pero una crisis económica desconocida, no vista anteriormente en escala asimilable. Pero no solamente se trata de una crisis económica, también es una crisis social, e incluso existencial si se permite.

El control del virus ahora conocido como COVID-19 golpea uno de los puntos más sensibles de la humanidad, la interacción. Las medidas establecidas tienen como común denominador la limitación de interacción física que, a simple vista, podría ser considerada hasta menor, pero que desenvuelve toda una serie de alcances que imponen la interacción “virtual” como medio alternativo. Hábitos sociales como el saludo de manos, o de beso, el brindis y hasta los abrazos ahora son replanteados; la cara,

ahora cubierta por lentes, escudos faciales y mascarillas de todo tamaño y diseño, son todo un reto para sordos y muchas otras personas; guantes, desinfección de zapatos y tomas de temperatura; lavado de compras... etc. toda una serie de rituales nuevos para hacer frente a un enemigo invisible que modifica bruscamente los hábitos y que hace parecer cualquier medida como poca.

Temas antes no vistos, de inmediato, son ahora relevantes y del primer orden; capacidad de atención en cuidados intensivos; capacidad de hornos crematorios; cantidad de tierra para campos santos con disposición a recibir incluso a personas sin identificar. La necesidad de la prestación del servicio de salud para las personas; la asistencia social a población vulnerable; el mantenimiento del orden público; son todas cuestiones que antes se observaban de maneras muy distintas y que, en tiempos post COVID-19, van a ser abordadas de maneras diferentes, lo que implica de una manera u otra el replanteamiento del gasto público, y con ello de la mano, sus ingresos, y en ese punto el interrogante llega indefectiblemente a los tributos.

¿Cómo sostener todo ese andamiaje que requiere estar a la altura de las circunstancias?, ¿todas estas nuevas exigencias, cómo financiarlas? Lo obvio se hace plausible y así entonces no todos podrán responder de la misma manera, sus puntos de inicio para el control de la pandemia no son iguales, no hay uniformidades, y ello conlleva asimetrías, y esas asimetrías tienen consecuencias; el futuro depara grandes retos, ¿qué tan preparados estamos?

En este mismo momento el papel del Estado es protagónico, pero no hay que olvidar como anteriormente fue dejado a un lado deliberadamente ante la enérgica acusación de su incapacidad para manejar las cosas; ante los actuales hechos ahora es implorada su presencia y participación. Entre todas sus múltiples formas de intervención no se hace esperar la más temida de todas, hacer uso de su poder tributario para el establecimiento de nuevos tributos.

Una de las respuestas tempranas del Estado colombiano fue el establecimiento de un tributo –transitorio–, vía decreto legislativo –dado el actual estado de excepción, que le permite al gobierno ejercer competencias que

normalmente detenta el Congreso–, llamado “impuesto de solidaridad” para los funcionarios públicos que devenguen salarios superiores a cierto tope. Esta temprana reacción abre el interrogante sobre el papel de los tributos en las crisis que sortean los Estados, ¿qué tan pertinentes son?, ¿son necesarios?

La COVID-19 –orígenes y desarrollo–.

Ahora es una palabra por todos conocida, temida por muchos y hasta anecdótica para otros, pero no siempre fue así, este neologismo al igual que todas las demás palabras, también tiene su propia historia.

No fue en el presente año de 2020 cuando todo empezó, pero sí fue cuando se desencadenaron toda una cadena de hechos que cambiarían la normalidad hasta ahora conocida. El lugar: Wuhan, China. El médico: Li Wenliang. Fue él quien empezó a registrar toda una serie de cambios que observó en sus pacientes en el hospital, quienes presentaban una serie de síntomas antes conocidos ampliamente por el personal de atención; pero lo extraño es que se presentaban de manera conjunta y altamente violenta, lo que no era común, no hay antecedentes ni registros de algo así¹.

Los reportes se empiezan a realizar, “se supone que” las autoridades los reciben; con las muchas advertencias realizadas y los cuerpos que las evidencian entienden que se enfrentan a algo desconocido, un virus criptogenético hace su aparición. Es diciembre del año 2019 y se empiezan a notificar a la Organización Mundial de la Salud (OMS) casos por neumonía, en ese momento denominada informalmente neumonía de Wuhan².

Segunda semana de enero de 2020, empiezan a ser reportadas víctimas mortales que, aunque todas diferentes entre sí, tenían aspectos en común:

¹ WOO, Genevive. Coronavirus: cómo comenzó todo. Discovery Networks International. Marzo 25 de 2020. Acceso Disponible En: <https://www.tudiscovery.com/discovery/coronavirus/video/coronavirus-como-comenzo-todo>

² Cronología del coronavirus: así comenzó y se extendió el virus que tiene en alerta al mundo. CNN. Febrero 20 de 2020. Acceso Disponible En: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/02/20/cronologia-del-coronavirus-asi-comenzo-y-se-extendio-el-virus-que-pone-en-alerta-al-mundo/>

estado febril severo, tos seca, dolor de cabeza, dolor de garganta, estado diarreico, alteración en el sentido del gusto, rinorrea y complicaciones respiratorias severas³ que aún con ventilación mecánica no logran respirar por sí solas; además, todos los pacientes tienen en común que eran visitantes y consumidores del mercado de Wuhan, lugar en el que es normal el comercio de animales salvajes para el consumo humano⁴. Ahora –pasadas diecisiete semanas–, es que podemos concluir que incluso antes ya habían muerto personas por causa del virus, sino que su deceso no fue referenciado directamente con este, en otras palabras, que haya víctimas anteriores a las reportadas en diciembre, que haciendo los cálculos de incubación por los datos que ya se conocen hoy se podrían ubicar desde septiembre a octubre del año 2019.

Se activan las alarmas y empieza una carrera –primeramente, en secreto, por conocer el caso cero– en búsqueda de conocimiento, solo y puro conocimiento. ¿Qué es? ¿Cómo se llama? ¿De dónde viene? ¿Se transmite? ¿Cómo lo hace? ¿Por qué es tan agresivo? ¿Repite? ¿Afecta a todos por igual? ¿Muta?

Es pleno siglo XXI y la ciencia tiene que justificarse desde las bases. ¿Por qué hay que ponerle nombre, cuál es la necesidad, para qué saber de dónde viene, por qué saber cómo se transmite? Las personas se cuestionan, la población se inquieta. Ahora lo que se consideraba obvio, ya no lo es tanto y lo que se pensaba no requería explicación, la exige; hay que saber cómo llamarlo para no confundirlo con otras patologías ni virus; hay que identificarlo plenamente para determinar soluciones propias a él; hay que saber de dónde viene para saber así quiénes han estado en riesgo de contagio, quienes podrían estar contagiados, determinar quienes más se puedan llegar a contagiar; se hace necesario conocer cómo se transmite para saber cuáles medidas tomar para evitar o disminuir el contagio.

Conocimiento, sólo eso, no es nada diferente, solo conocimiento, es como si las apariencias de facilidad de acceso a él, durante los últimos tiempos,

³ Organización Mundial de la Salud. Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Marzo 27 de 2020. Acceso Disponible En: https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAIaIQobChMI6qenmOWz6QIVg7LICH2XqQEoEAAAYASAAEgIAFfD_BwE

⁴ WOO, G. Op. Cit.

nos hubieran hecho perder la noción de su importancia, como si diéramos por sentado su presencia, aquí tenemos entonces un espacio por llenar.

Ya desde el año 2015 se había cambiado la metodología para la denominación de los virus, los errores del pasado habían causado estigmatizaciones de países y animales. La idea entonces es no volver a cometer los errores de la “*fiebre española*” ni el “*virus de las vacas locas*” ni la “*fiebre porcina*”. Es la segunda semana de febrero y la OMS se refiere a él como COVID-19, por ello que se haya presentado como gran noticia su identificación genética –aunque no hay noticias de confirmaciones por terceros–, ese paso era trascendental para entender a qué nos enfrentamos⁵.

Con la información suficiente, la autoridad competente en la materia, el Comité Internacional de Taxonomía de Virus, le asigna la denominación de SARS-CoV-2⁶. Esta denominación no es caprichosa, hay un porqué de ello y es que responde a las siglas en inglés –que si bien no es la lengua más hablada en el mundo, fuertemente se impone en el ámbito científico– para el síndrome respiratorio agudo grave, *Severe Acute Respiratory Syndrome* SARS; CoV porque se trata de un coronavirus, ya conocidos desde la década de los años sesenta e identificada su existencia desde la prehistoria en animales, y dos (2) porque es diferente al SARS-CoV identificado ya años antes⁷.

De toda esta información es que se empieza a concluir que se trata de una transmisión zoonótica a humanos, de muy rara ocurrencia, y que por la información genética disponible muy seguramente el virus proviene de los murciélagos, los cuales se comercializan tanto vivos como sacrificados en el mercado de Wuhan; los indicios se alinean entonces por los “primeros” pacientes.

⁵ BRANSWELL, Hellen. The new pneumonia-causing virus needs a name. It may be tricky. STAT, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.statnews.com/2020/01/23/its-been-sequenced-its-spread-across-borders-now-the-new-pneumonia-causing-virus-needs-a-name/>

⁶ LESNEY, Mark. SARS-CoV-2: ¿qué hay en el nombre?. Medscape, 2020. Acceso Disponible En: <https://espanol.medscape.com/verarticulo/5905107>

⁷ Coronavirus: por qué COVID-19 se llama así y cómo se nombran los virus y las enfermedades infecciosas. BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51912089>

La información que llega de Oriente es fragmentada, dispersa e incompleta, el tiempo corre muy rápido; no es del interés de la masa que se encuentra saturada con otras noticias; en Occidente el tema pasa casi que desapercibido, lo que ayuda a subestimarlos, solo será cuando –posteriormente– el virus haga sentir su presencia con toda intensidad que Occidente, desde su profundo eurocentrismo, dirija la atención sobre el tema y realidades como la de España o Italia no quieran ser repetidas. Así llegó la COVID-19 a Occidente, entre la ingenuidad, el desconocimiento y la negación.

Así el pasaje de *Troya* se convierte en un incómodo referente. Mientras en el relato macedónico era un obsequio, y los troyanos –que ya habían soportado diez años de fuerte asedio– ante el castigo que recibe de los dioses Laocoonte y sus hijos por desconfiar del gesto de buena voluntad, rechazan toda idea de duda, nunca activaron las defensas, y fue así como el enemigo los infiltró para consumirlos desde adentro. Este suceso, ampliamente narrado en los textos clásicos desde la *Odisea* hasta la *Eneida* sirve como medio de ilustración para los excesos de confianza, y así sucedió con la COVID-19, fue abiertamente subestimada, un moderno y muy actual ejemplo de un troyano.

Fue tiempo después, ya entrado marzo, que al cumplirse determinados parámetros “técnicos” –previamente establecidos– que la OMS declara la pandemia, ya desbordada China y con presencia global del virus, las personas tienen que ponerse al tanto de la situación.

Las crisis desatadas en tiempos de pandemia

La pandemia declarada por la OMS no produjo resultados de una sola vez, todos los países no reaccionaron de la misma manera ni al mismo tiempo, podría sostenerse que fue por etapas, lo cierto es que a la vuelta de tres semanas el escenario era completamente diferente.

Si bien el mundo globalizado del siglo XXI es diferente al globalizado del XVII, lo es porque la realidad de la intercomunicación es más vibrante que nunca. Ya no se requiere de semanas o meses para conocer de los sucesos; la digitalización y la virtualidad disminuyen las distancias físicas, ahora las versiones “oficiales” son más susceptibles de ser controvertidas que nunca. Es el apogeo de las noticias falsas, millones de personas conectadas

a las redes sociales siendo presa de información falsa, parcialmente cierta o deliberadamente incorrecta⁸.

Esa intercomunicación no solo es de información, también lo es de personas, de bienes y servicios; el manejo de la pandemia de COVID-19 exigió una reducción de movimiento que implicó unos alcances severos en la actividad social y productiva. Así, las imágenes de las fabricas vacías; aeropuertos desolados; pistas de aterrizaje saturadas de aviones en tierra; las bolsas de valores en números rojos; autopistas, antes congestionadas, ahora completamente desiertas se presentaban ante una atemorizada teleaudiencia.

Las consecuencias no se han limitado al orden nacional. Presenciamos un fenómeno global, a una escala nunca vista para esta clase de sucesos en la modernidad, que ha dejado al descubierto toda una serie de situaciones que con anterioridad eran pasadas por alto y hasta ignoradas. ¿Cuál será el resultado de todo esto? Grandes retos son los que asume la humanidad en estos tiempos. ¿Cuál es el papel del derecho en un escenario como el actual?

Nada parecido había sucedido en el siglo XXI, ya con anterioridad la humanidad había enfrentado virus letales como el VIH, el ébola y muchos más, pero ninguno en una escala como la de la COVID-19⁹. De un momento a otro las medidas llegan intentando “aplanar la curva” con una rigidez solo concebida en las más extremas películas y novelas distópicas de ciencia ficción, pero la realidad supera la ficción y las estremecedoras imágenes que recorren el planeta ya no se diferencian de las noticias falsas, ya no se sabe qué creer. Las imágenes de Guayaquil se convierten en el escenario menos deseado.

La pandemia global de COVID-19 deja al descubierto injusticias, asimetrías y desigualdades por tantos años ignoradas, así como indirectamente

⁸ Coronavirus: los medios de comunicación y su credibilidad. Deutsche Welle, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.dw.com/es/coronavirus-los-medios-de-comunicación-y-su-credibilidad/a-53167054>

⁹ BUJ, Antonio. La COVID-19 y las viejas epidemias. No es la Tercera Guerra Mundial, es el capitalismo. En: *Ar@cne*, Universidad de Barcelona. Vol. XXIV # 242, Mayo 1 2020. DOI: 10.1344/ARA2020.242.31379. Acceso Disponible En: DOI: <https://doi.org/10.1344/ara2020.242.31379>

alimentadas. Lo evidente se hace manifiesto: la pandemia no es igual para ricos que para pobres. Este hecho no es nuevo, ya se había visto con anterioridad, el caso del VIH puede servir de ejemplo, el manejo diferente en los países desarrollados frente a aquellos que se encontraban en tránsito al desarrollo arrojó distintos resultados, igualmente está pasando y se hará más manifiesto con la COVID-19, aquellos con menos recursos y acceso a los bienes públicos serán los más presentes en las estadísticas¹⁰.

El virus en sí mismo no tiene ideología, no tiene preferencias económicas ni sociales; sin embargo, no afecta de igual manera a todos. La pandemia hace más visibles las problemáticas ya existentes que se ignoraron y alimentaron durante décadas, pero que ahora son más inquietantes y moralmente reprochables. ¿Dónde están los muertos?, ¿hay relación entre la pobreza y el número de víctimas?, ¿se pueden identificar mayores grupos poblacionales afectados? ¿Evitar la muerte de x número de personas se justifica al precio de apagar la economía?

En tiempos de pandemia hemos venido siendo testigos de hechos que aún puestos en la literatura más radical de la ciencia ficción son difíciles de creer. El punto máximo de lo inverosímil, de lo increíble, fue la noticia del viernes 17 de abril y se presentan ante nosotros los precios negativos del barril de petróleo, el lunes y martes siguientes se mostrarían a los intermediarios del mercado petrolero en colapso total intentando deshacerse de los títulos de futuros redimibles a mayo, ¿la causa? Un error en la medición de los cálculos de consumo, que al extraer al mismo ritmo y llegar las cuarentenas de los diferentes mercados; al cerrarse los cielos, no andar los carros y tantos más, la demanda de petróleo se estanca, lo que genera un superávit en los depósitos y ello causa el desplome¹¹, como corresponde, los memes no se hicieron esperar. Aun así, el precio de nuestra gasolina nunca bajó; pero el valor del dólar llegó a su punto más alto históricamente por encima de los cuatro mil pesos, más del doble de lo que se cotizaba cuatro años atrás.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Irwin, Neil. Lo que significa el precio negativo del petróleo. En: The New York Times, Acceso Disponible En: <https://www.nytimes.com/es/2020/04/21/espanol/negocios/precio-negativo-petroleo>

El estancamiento de la economía global apenas empieza a mostrar su cara. Las proyecciones de crecimiento negativo de las grandes economías solo dan lugar al pesimismo. No hay espacio para el optimismo por lo menos en las próximas vigencias fiscales, el congelamiento de las tasas de interés; la inyección de recursos en el mercado vía deuda pública y la guerra de divisas solo dan lugar a esperar lo peor.

En efecto la COVID-19 no llegó en el mejor de los momentos, aunque cabe preguntarse entonces si habrá un momento óptimo para una situación como esta. La economía mundial se encontraba en turbulencia por varios frentes; las huellas de la crisis hipotecaria de finales de la primera década del siglo XXI aún están frescas; las guerras de todo tipo no se han hecho extrañar y así las hay tecnológicas, petroleras, de migrantes, económicas de alta y baja intensidad, el Brexit...

La pandemia de COVID-19 está produciendo unos efectos devastadores en la economía, nunca antes vistos, y puede que estemos frente a un verdadero cambio de paradigma¹²; las voces autorizadas sostienen que no hay con qué compararlo, que estos efectos no se habían visto ni en la II Guerra Mundial ni en la Gran Depresión incluso, para afirmar su argumento sostienen que en aquellos casos la economía tuvo paros por sectores, pero otros tantos estuvieron en movimiento lo que no permitió un cese total, que es exactamente lo que se está observando ahora, un efecto en cadena que solo deja ver pronósticos negativos sobre lo que viene¹³.

Un refrán popular reza que *después de la batalla todos son generales*, en él, se intenta señalar como después de sucedidos los hechos su comprensión es mucho más fácil; empleando este refrán a la situación actual podemos argumentar como el pasado nunca fue pesimista, o por lo menos si fue demasiado optimista, y ahora presenciamos los resultados.

¹² NIEVES, Vicente. La economía afronta un cambio de paradigma acelerado por la pandemia del coronavirus. En: [eleconomista.es](https://www.economista.es/economia/noticias/10492018/04/20/La-economia-afronta-un-cambio-de-paradigma-acelerado-por-la-pandemia-del-coronavirus.html). Acceso Disponible En: <https://www.economista.es/economia/noticias/10492018/04/20/La-economia-afronta-un-cambio-de-paradigma-acelerado-por-la-pandemia-del-coronavirus.html>

¹³ BARCENA, Alicia. Pandemia del COVID-19 llevará a la mayor contracción de la actividad económica en la historia de la región: caerá -5,3% en 2020. CEPAL. Acceso Disponible En: <https://www.cepal.org/es/comunicados/pandemia-covid-19-llevara-la-mayor-contraccion-la-actividad-economica-la-historia-la>

El desmantelamiento de los servicios públicos en poder de su natural detentador, como lo es el Estado, hacia las manos de los particulares, movido por el *slogan* muy vigente desde los años sesenta del pasado siglo XX y que, aunque parezca mentira, aún hoy se sigue haciendo sentir: *el Estado es un mal prestador de servicios*; cuando la experiencia nos ha demostrado que al particular no lo mueve prestar un buen servicio, son las utilidades que deja esa “prestación” lo que en realidad lo mueve. Casos como la energía, las telecomunicaciones, la recolección de basuras y unos muy relacionados con los temas que nos ocupan, el recaudo de tributos y la salud dejan irrefutable evidencia.

Tener sistemas precarios de salud nunca es buena opción desde la perspectiva de quien necesita de ellos, mucho menos en tiempos de pandemia. El servicio de salud, por su propia naturaleza, es deficitario por los altos costos que conlleva, forzar las cosas al contrario, es decir, hacer que el sistema de salud arroje las mayores utilidades posibles, es lo que explica la situación: muchos cotizantes, poca cobertura, baja calidad. Pensar que el sistema de salud nunca será requerido por la masa, sino que se puede administrar de a gotas y prestar el servicio de a pocos, es precisamente lo que lleva a la crisis del sistema en un caso contrario como una pandemia, donde es la masa de la población la que requiere atención; se abre entonces espacio para el interrogante, ¿puede considerarse a un sistema de salud fuerte aquel que tiene un compromiso con su ciudadanía? No dejar de lado el caso alemán y sus cifras al momento de resolverlo.

Los tiempos pre COVID-19 se hacen incompatibles ante las “supuestas” exigencias que se imponen para detener su contagio. La infraestructura no solo en salud, sino también en educación, transporte, y tantos otros nunca estuvo diseñada para una distancia de seguridad de dos metros entre persona y persona; no hay producción suficiente de insumos para las necesidades tanto del personal de la salud como para los habitantes en general, las pruebas y sus reactivos necesarios no dan abasto y han generado una ácida guerra comercial por esos bienes¹⁴; y aún con todo ello, tenemos que

¹⁴ TORRES, Juan Carlos. Guerra de mascarillas y respiradores. En: Blogs El Espectador. Acceso Disponible En: <https://blogs.elespectador.com/actualidad/utopeando/guerra-mascarillas-respiradores>

amoldarnos a las nuevas exigencias y hacernos a la idea de convivir con este nuevo actor.

En justicia también hay que señalar que no a todos les va mal en tiempos de pandemia, excepciones se encuentran en el negocio farmacéutico, la tecnología vinculada a la salud y las patentes resaltan al tener comportamientos altamente rentables en tiempos de la COVID-19¹⁵, pero también reportan buenos comportamientos los sectores de entretenimiento en *streaming*, los prestadores del servicio de internet y los gigantes del comercio en la red¹⁶.

Tributos el eterno protagonista

La definición más precisa la ha aportado Aliomar Baleiro en su texto sobre las limitaciones constitucionales al poder de imposición, en ella significa al tributo como la sombra directa del poder político que se proyecta sobre su jurisdicción, que donde quiera que se presente le acompaña, le es inescindible, y lo es así desde hace más de veinte siglos, no importan los cambios o rupturas, él se adapta a ellos.

Desde esta concepción el tributo es anterior al Estado, pero, ¿cómo, desde cuándo podemos interpretar y reconocer al actual “Estado”? De gran valía para solventar satisfactoriamente este interrogante es la historia. Este arquetipo actual que hoy día reconocemos por Estado es la evolución –y en no pocas ocasiones involución– de instituciones y sucesos que se han venido desarrollando a lo largo del tiempo. Cada peldaño es importante, desde Sumeria a China; de Roma a Constantinopla; de las ciudades Estado y principados a las monarquías; de los imperios a las colonias... cada complejidad es importante, es una gran foto donde cada milímetro es decisivo, de los infaltables para consultar en este ítem *La Formación Jurídica de Occidente* de Berman, entre muchas otras epistemologías jurídicas.

El tributo es una de las características y elementos vitales del Estado moderno ¿Pueden haber Estados sin tributos? El profesor Vidal Perdomo, en

¹⁵ La enfermedad, un negocio para la industria farmacéutica. En: nuevatribuna.es. Acceso Disponible En: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/enfermedad-negocio-industria-farmacautica/20150302105350113131.html>

¹⁶ Coronavirus: ¿quiénes están ganando dinero con la epidemia? En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51710459>

una de las últimas ediciones de su obra central del Derecho Administrativo, antes de fallecer, aducía de unos ejemplos como el Vaticano y el principado de San Marino y Montecarlo como ejemplos de Estados sin impuestos. Es recomendable en este punto hacer entonces unas precisiones: para el caso de Montecarlo bien es cierto que no se exige pago de impuesto a la renta a cierta parte de la población, pero que hay una que si esta llamada al pago del tributo, y lo está por vía de tratados internacionales, en especial con Francia –Estado responsable de su seguridad, y con el cual comparte todas sus fronteras–; pero también tienen impuestos a la nómina, predial y tributación indirecta, lo cual exige que la afirmación sea reconsiderada. Respecto de San Marino hay tributación indirecta y predial. Del Vaticano –que es el punto más interesante–, si comprendemos al tributo como un ingreso, un ingreso corriente, ¿qué sería entonces el diezmo sino un tributo?

¿Cuáles son entonces los antecedentes próximos del tributo que conocemos hoy día? El paso previo pero decisivo lo podríamos encontrar hacia la alta Edad Media, en el momento en que los ingresos privados –en ese entonces del monarca– dejaban de ser privados, y hacían tránsito, entonces, a ingresos públicos, ya no engrosaban el patrimonio privado, particular del monarca, sino que hacían parte –vital, además– de lo que después reconoceríamos como presupuesto público. Esta no es una historia uniforme y plana, por el contrario, una es la historia en el Reino Unido; otra en Francia; otra en España; otra en Alemania; otra en India; otra en China. Lo cierto es que se llega el punto en que el tributo ya no es un medio de enriquecimiento particular, sino el vehículo normal con el cual financiar las necesidades públicas de algo del tamaño que podríamos empezar a llamar Nación –para poderlo diferenciar claramente de los anteriores prototipos, como el de la civilización helénica o incluso la romana– y que viene a sustituir muy específicamente el préstamo de particulares al Estado como principal fuente de financiamiento; más adelante en la historia, en su decantación, es que podemos reconocer ya de manera mucho más concreta el concepto y contenido de presupuesto público, elemento trascendental del hoy mentado y reconocido Estado de Derecho, ubicado exactamente como uno de los ingresos corrientes.

Fue gracias a la doctrina alemana en cabeza de Mayer donde se pudo precisar el origen del tributo como resultado del ejercicio del poder tributario,

que no es nada diferente que la fuerza del Poder Público dirigido hacia las finanzas públicas¹⁷. Toda la doctrina continental europea se va a levantar sobre sus aportes¹⁸, y al superar la etapa del Estado policía y su característica relación de poder es que se va a condensar la moderna concepción del tributo como obligación jurídica¹⁹.

Siempre ha estado presente la discusión de los alcances del actuar del Estado en el marco económico, de si debe actuar, de si debe abstenerse –que en realidad nunca lo hace porque el mercado mismo se autocorrije–, en fin. La obra de imprescindible lectura y referencia en el tema del tributo y los discursos políticos con fuertes acercamientos a la teoría económica es el valioso aporte del profesor Plazas Vega, *El liberalismo y la teoría de los tributos*, sesudo estudio que ha venido siendo actualizado y complementado en otras de sus valiosas y posteriores obras.

Del tributo es que logramos el recaudo, y aunque este es uno de los tantos medidores de la economía, es de los muy pocos que juega un papel trascendental. Su presencia no se da por generación espontánea, por el contrario, es el resultado de muchos factores, casi todos ellos reducibles a la política, la política fiscal, la economía, la institucionalidad, la eficacia, entre muchos varios más. ¿Qué tributos tiene? ¿Cómo se conforman esos tributos? ¿Cuántos tributos tiene? ¿Qué tan apegados a la legalidad-constitucionalidad son esos tributos? ¿Responden óptimamente los tributos a criterios de justicia? Las respuestas a todas estas interrogantes son preguntas que generalmente permiten dar una idea de cómo se nutre el recaudo de un país, y de allí concluir muchos otros factores.

Por ello que sea tan importante reflexionar sobre el tributo, más aún si comprendemos al tributo como el principal motor del presupuesto público –y elemento fundamental tanto de la sociedad como de la democracia–, y si ello es así, deberíamos llegar a la conclusión que los tributos son determinantes en el actuar del Estado, lo que me permite entonces articular el principal punto de la reflexión, ¿son los tributos una salida a los tiempos de crisis?

¹⁷ MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 185.

¹⁸ CAZORLA PRIETO, Luis María. El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

¹⁹ TAPIA, Javier. Bases para un debido proceso tributario: Tres teorías acerca de la relación entre el estado y los contribuyentes. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 32 # 2.

¿Debe el Estado intervenir en las crisis? Podemos identificar un patrón en la participación del Estado en las crisis, y es que se da cuando las dificultades superan las capacidades de los individuos. Cuando la crisis se hace evidente –o un poco antes incluso–, y las consecuencias –no dimensionadas correctamente– se hacen gravosas, hay que buscar soluciones; como las dimensiones de esas crisis generalmente no dan para que los esfuerzos propios de las personas, de los particulares, solventen esas problemáticas, se hace imperioso el actuar de alguien que si pueda apaciguar la crisis, parece entonces razonable considerar que a grandes problemas se requieren grandes soluciones, y es aquí donde se escuchan las imploraciones del Estado.

Lo indiscutible es cómo, cuando la catástrofe llega –a diferencia de cuando se encuentran satisfechos los niveles de egoísmo–, todos imploran al Estado su actuar, él es quien puede salvarnos, él tiene que salvarnos, es más *costoso si no nos ayuda*. Fueron esta la clase de gritos de auxilio que se escucharon en la “reciente” crisis económica de Estados Unidos del 2008, acaecida durante la administración Obama, una crisis de mayores dimensiones que la Gran Depresión, con un manejo bastante diferente y que implicó una larga recuperación; ya para el caso de la COVID-19 las intervenciones del Estado se han hecho presentes²⁰.

Este implorar ayuda no es único y exclusivo de determinados discursos políticos. Liberales, republicanos, demócratas, conservadores, comunistas, anarquistas, cooperativistas, corporativistas, libertarios... todos, todos sin excepción, no dudan en hacer uso de la llamada de auxilio al Estado cuando la debacle se hace presente. Lo curioso es como no siempre se valora con la suficiencia debida al Estado; para apagar el incendio ahí se le llama con ahínco, se demanda su presencia, se exige su actuar. Pero en los tiempos de bonanza, cuando las aguas son favorables, no se duda en tomar cualquier acción o maniobra para disminuir su participación, en reconocerle su importancia, es más, en ese momento no es de extrañar que sea despreciado, sino incluso aprovechado para beneficio propio.

¿Cómo acude el Estado a los llamados de emergencia? Como es de esperar, la respuesta a este interrogante no es unívoca, dependerá de la emergencia. Hay crisis que hacen necesaria la puesta en ejecución de la competencia

²⁰ El papel del Estado en tiempos de crisis. Deutsche Welle. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=b21K8MfGCMU>

normativa del Estado; otras hacen imperiosa la capacidad de coerción del Estado a través de sus fuerzas del orden, ya sean policiales o de ejército –tanto implícitas como explícitas–; otras exigen el aparato mediador del Estado y sus autoridades –generalmente políticas que pueden ser internas o externas–; y como no, hay otras –que no pocas– que demandan su actuar en la economía en cualquiera de sus muchos roles en ella. Así también, que no sea de extrañar que se presente la ocurrencia de una calamidad, de una urgencia, que requiera de la presencia y participación del Estado en no solo una, sino de muchas de sus competencias y atribuciones. A pesar de todo este despliegue, hay que advertir y dejar muy en claro que los tributos solos no arreglan nada, no superan las dificultades por sí mismos, en este entendido no se puede pretender que con solo su actuar se den por superadas o corregidas las crisis.

Colombia, entre la manta de Penélope y la mermelada.

Últimamente se han venido conociendo grandes discursos que explican, de manera mucho más concreta y sin tantas contradicciones –que no dejan de haberlas–, las características y dimensiones de nuestra institucionalidad. Aportes importantísimos en este campo son los del profesor García Villegas, en su extensa obra que propende por cuestionar el positivismo –del derecho por el derecho– que ha caracterizado y dominado gran parte de la historia de nuestro país.

Muy tempranamente ya se observaban fuertes inconsistencias en la formulación del Estado colombiano. La ausencia de un criterio definido y la presencia de elementos contradictorios desde la misma norma no permitió unas interpretaciones netas que condujeran un desarrollo coherente –identificando antecedentes de otros ordenamientos, para el caso en particular el español–. Muy acertadamente, el profesor Hernández Becerra empleó la metáfora de la tela de Penélope como medio de descripción a la pluralidad de elementos –algunos incluso discordantes– que terminan por generar distorsiones, tal como el fraccionamiento del poder en las diferentes jurisdicciones territoriales – y el tiempo le ha venido dando la razón.

No ha sido el único, de manera reiterada hay intérpretes que señalan la problemática y que no minimizan sus dimensiones, así encontramos las

autorizadas voces de la Dra. Liliana Estupiñán Achury, del Dr. Juan Manuel Restrepo Medina y de Brito Ruiz. Estas posiciones aportan una valiosa contra lectura a las posturas continuistas del modelo unitario del Estado colombiano, que interpretan la Constitución del 91 bajo una lectura regeneradora, lo que no deja de conducir a la paradoja de que, pese a haber cambiado el texto constitucional, leerlo de tal manera es como si nunca hubiera cambiado.

Pero las ambivalencias no son exclusivas ni se limitan a los textos normativos en el Estado colombiano, por el contrario, el fenómeno puede y ha sido intercalado a la economía. De las lecturas tradicionalistas de los años sesenta y setenta que planteaban un gran potencial, con un orden básico –en particular con la propiedad–, a la economía como factor del conflicto. Aportes valiosísimos serían entonces de los Molano Bravo, German Colmenares, Garay Salamanca, y muchos otros que nos permiten considerar una economía bastante diferente a la que tradicionalmente se presentó en el discurso, como una economía violenta, injusta y altamente informal.

La palabra la impuso Juan Carlos Echeverri. Al volver de sus estudios en el exterior y relatar como su maestro de clase se refería a los recursos públicos como la mermelada del desayuno, ésta nunca será suficiente para cubrir la tostada de las necesidades públicas. El término pegó fuertemente en los medios y la audiencia, con el tiempo la palabra mermelada se relacionará entonces primeramente con el gasto público, y posteriormente con prácticas que se supone la Constitución del 91 quería dejar atrás, hasta llegar a la denotación de corrupción; protagonista sin par de caricaturas y memes.

Por ello que no sean una sorpresa las situaciones que se están presentando en el manejo de la pandemia, tanto en el tema de corrupción –que no da tregua– como particularmente en las tensiones entre el Gobierno Nacional y las autoridades subnacionales²¹ que, hay que dejarlo claro, no son exclusivas del caso colombiano, hasta en los Estados federados se presentó²².

²¹ ALBARRACÍN DIEROLF, Juan. Las disputas para gobernar durante la pandemia. En: Razón Pública. Acceso Disponible En: <https://razonpublica.com/las-disputas-gobernar-la-pandemia/>

²² Coronavirus | “No tenemos un rey en este país”: la disputa de Trump con los gobernadores de EE.UU. sobre cuándo levantar las restricciones por la epidemia. En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52287930>

¿La razón? las diferentes responsabilidades a las que responden los diferentes niveles de gobierno, los momentos electorales y todo lo que ello pone en juego. De ahí que no extrañe cómo estas tensiones entre los niveles de gobierno parecieran ocultar una diferencia de criterios sobre el manejo de la pandemia.

Como era de esperarse, las dimensiones de la crisis entre nosotros exigieron que el Estado entrara en escena y el Gobierno declarara el estado de emergencia –algunos sostienen que tardíamente, respecto del comportamiento del virus en el planeta y el “supuesto” caso cero en el país– el 17 de marzo, y con él, ha expedido toda una serie de medidas llamadas, en principio, al control de la pandemia.

Al criterio del profesor Julio Fernando Álvarez Rodríguez, podríamos caracterizar entonces que hasta el momento se ha venido haciendo frente a la pandemia a través de dos grandes escenarios. Uno de salubridad pública, en particular sobre asistencia médica a través del Decreto Legislativo 473, el cual contiene unas exclusiones y exenciones de IVA que se pueden hilar con algunas disposiciones del 465, y la extensión en el vencimiento de unos plazos. Otro que sería propiamente económico para atender el estancamiento empresarial y el desempleo por medio del 637.

Entre ellos se encuentra también el Decreto 568, que establece un “impuesto solidario” a los salarios de los funcionarios públicos que devenguen desde los diez millones de pesos que será recaudado a través de retención en la fuente, tributo éste que ya la prensa está anunciando, muy seguramente será declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional²³ y que ya ha sido objeto de pronunciamientos judiciales donde ha amparado vía acción de tutela el mínimo vital de algunos funcionarios públicos, entre ellos jueces –lo que implica que un par de esos funcionarios dictan sentencia en favor de ese otro par suyo–, que exceptúa del pago.

El tema del impuesto solidario si es muy nuestro y dista mucho del tratamiento en otras latitudes, como por ejemplo Uruguay, donde se optó por

²³ ¿Qué está pasando con el decreto sobre el impuesto solidario para los servidores públicos? En: Noticentro 1 CM&. Acceso Disponible En: <https://noticias.canal1.com.co/uno-dos-tres/decreto-impuesto-solidario-servidores-publicos/>

un aporte voluntario²⁴, totalmente diferente, ya que el elemento vinculante de la norma es diametralmente diferente, aunque totalmente explicable desde las conservadoras posturas del gobierno de turno, donde la legalidad es uno de sus continuos mantras.

Mención especial merece el Decreto 535, que contiene toda una serie de disposiciones sobre devoluciones de saldos a favor –que se da en todos los países– pero que entre nosotros presenta una historia particular. En las dos últimas reformas tributarias el tema se venía introduciendo de a pocos y, ante la coyuntura de la crisis de la pandemia generada por la COVID-19, se decide acelerar el programa, pero como cosa rara no cumple con su objetivo, y al contribuyente no se le devuelven sus saldos a favor, el número de represamiento de solicitudes es altísimo y la gran mayoría fue negado sistemáticamente, de nuevo. Otro ejemplo donde la norma va para un lado y la realidad termina siendo otra.

Particular interés por estos días suscita el levantamiento de las medidas de confinamiento que han acarreado una fuerte crisis económica, en concreto sobre si la reactivación debe ser acelerada o por momentos²⁵, el debate gira entonces sobre la exposición al virus, en tanto que una reactivación acelerada implica un alto riesgo de contagio masivo, mientras que una reactivación por momentos o etapas, supuestamente permitiría un ritmo de contagio menos acelerado, lo que no colapsaría los recursos médicos. Tener presente las voces que afirman un contagio general en la población sin importar las medidas que se tomen²⁶.

Aún se encuentran frescas las declaraciones del ministro de Hacienda Carrasquilla antes del advenimiento de la pandemia, en las cuales afirmaba como Colombia ya no es un país pobre, por lo que, según él, debería tener una estructura tributaria y de recaudo diferente a la actual, y ante la

²⁴ ROURA, Ana Maria. Coronavirus en Uruguay: la singular y exitosa estrategia uruguaya para contener la pandemia. En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=dDHHLySaCHg>

²⁵ URREA-RÍOS, Iván Leonardo. El falso debate: Vida vs. Economía. En: El Espectador. Acceso Disponible En: <https://www.elespectador.com/coronavirus/el-falso-debate-vida-vs-economia-articulo-914451>

²⁶ Epidemiólogo sueco dice que todos nos vamos a contagiar de coronavirus. En: El Tiempo. Acceso Disponible En: <https://www.eltiempo.com/mundo/europa/epidemiologo-sueco-dice-que-todos-nos-vamos-a-contagiar-de-coronavirus-494236>

declaratoria de inconstitucionalidad de la anterior reforma tributaria –reconocida para los anales de la historia como la Ley de Financiamiento–, y las marchas sociales acaecidas a lo largo del 2019, para ese momento ya empezaba a cimentar la “nueva reforma”²⁷; pero la COVID-19 llegó y los reportes de la prensa internacional no son nada delicados, donde dan cuenta de las banderas rojas como señal de auxilio de aquellos –que no son pocos– que requieren asistencia²⁸, pero las personas no esperan a que las ayudas del Gobierno se hagan presentes y, ante la crisis, se reportan esfuerzos de autocuidado y solidaridad de ollas comunales donde se alimentan gran número de personas²⁹.

Si bien las apariciones del Ministro de Hacienda han venido disminuyendo fuertemente, el tema, aunque hubiera parecido apagarse, son corrientes las declaraciones del presidente Duque afirmando que no es momento de reformas tributarias³⁰, pero no se pierda de vista como en uso de sus facultades extraordinarias establece un tributo. Y es que la experiencia nos muestra que en las crisis no se eliminan tributos, se crean, y aunque una explicación podría ser que es dada la apremiante situación del presupuesto, lo cierto es que, ¿quién se preocupa por el contribuyente? ¿Hay condonaciones para el contribuyente? No, de ninguna manera; hay aplazamientos; “acuerdos”– donde se le da toda la razón a la administración –de pago, pero pensar en un alivio considerable, significativo para el contribuyente, no, hasta allá no.

²⁷ Debate sobre la nueva reforma. En: Noticentro 1 CM&. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=9QMPkV5T34&feature=youtu.be>

²⁸ Banderas rojas en las favelas de Bogotá donde el COVID-19 provoca el hambre. En: Euronews. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=FpFJTyrVqU> y Con una bandera roja los habitantes de Soacha comunican su estado de vulnerabilidad ante el Covid-19. En: France24. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=VaNYsLS53g>

²⁹ Hambre y COVID-19. En: Deutsche Welle Noticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=u0oQGJ03HNk> y Sudáfrica: morir de hambre por el coronavirus. En: Deutsche Welle Noticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=cYif0K1b4M4> y Coronavirus en la Argentina | Largas colas en los comedores comunitarios por un plato de comida. En: TodoNoticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=uIHYNmaScBw>

³⁰ ARIAS JIMÉNEZ, Ferney. “No es momento para reformas tributarias”: Duque. En: El Colombiano. Acceso Disponible En: <https://www.elcolombiano.com/negocios/gobierno-niega-nueva-reforma-tributaria-NP12953187>

El panorama colombiano de los tributos no es nada alentador. Son corrientes las interpretaciones tradicionalistas del tema –tanto jurisprudenciales como doctrinarias– en las cuales, a pesar de las grandes contradicciones en nuestro régimen impositivo entre el texto constitucional y la normativa vigente, éste se sigue aplicando, algo muy parecido al estado inconstitucional de cosas en el tema carcelario, solo que en una visión fiscal. Ya son reconocidas por la doctrina especializada las grandes falencias del régimen tributario colombiano: no se sabe con exactitud cuántos tributos hay; la conformación del régimen no se encuentra balanceada; hay un distanciamiento entre la normativa constitucional y la normativa vigente; y serios reparos a los criterios de justicia³¹. Se puede sostener igualmente que la historia de las reformas tributarias en Colombia es la historia de la intención de resolver crisis –largamente aplazadas unas, disfrazadamente nuevas otras– con el concurso de la norma tributaria, crisis evidentemente no superadas.

El “impuesto solidario” no es el único tributo que recae en los trabajadores, ya la doctrina anteriormente ha señalado como la carga impositiva de los asalariados es alta³² y hasta inverosímil³³. Lo importante de reflexionar aquí es la naturaleza propia del tributo, ¿es el ingreso por salario una manifestación objetiva de capacidad contributiva?

El profesor Juan Rafael Bravo Arteaga, desde el pasado siglo xx, ya nos había puesto de manifiesto como la retención en la fuente no es un tributo, sino un medio anticipado de recaudo. La doctrina especializada no ha dudado en señalar como la tributación moderna exige que se graven hechos económicos objetivamente reveladores de capacidad contributiva y no so-

³¹ ROJAS, Santiago; BONILLA, Ricardo; CÓRDOBA, Rosario; LEWIN, Alfredo; MORALES, Oscar Dario; MONTOYA, Soraya; PERRY, Guillermo; PIZA, Julio Roberto; URRUTIA, Miguel. Comisión de expertos para la equidad y la competitividad tributaria. Informe final presentado al ministro de hacienda y crédito público. Bogotá: Fedesarrollo, 2015.

³² FARNÉ, Stefano y RODRÍGUEZ, David Arturo. Empleo e impuestos a la nómina en Colombia. Un análisis de los efectos ocupacionales de la Ley 1607 de 2012 de Reforma Tributaria. En: Revista de Derecho Fiscal Vol.7, Diciembre 2014. Universidad Externado de Colombia. Acceso Disponible En: DOI: 10.18601/rd.f.v0i7.3925

³³ Los únicos bobos que pagan impuestos son los asalariados: Ortega. En: Semana. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=I6WdUtvNM3I>

bre aspectos subjetivos³⁴. Es de advertir que no es solamente el llamado “impuesto de solidaridad” el que funciona con la mecánica de la retención en la fuente, así también se aplica en Renta y en gran parte de los tributos conocidos en la doctrina como estampillas gran excepción del principio de legalidad³⁵.

La pregunta entonces se puede seguir perfilando de la siguiente manera: ¿se puede considerar al salario de funcionarios públicos –cuyo origen se encuentra en de dineros públicos– como un hecho económico revelador de capacidad contributiva? En caso afirmativo, ¿le es procedente la retención en la fuente?, ¿retener en la fuente determinado porcentaje del salario de los funcionarios públicos para el caso de Renta y el “impuesto solidario”, o el pago o abono en cuenta de los contratistas en el caso de las estampillas, hace de ello un tributo, un verdadero tributo? Recordemos que se trata de dineros públicos que nunca llegan a manos del beneficiario de pago o abono en cuenta, precisamente porque se retiene en la fuente. Pareciera entonces que se trata más bien de un redireccionamiento de recursos públicos, en últimas, una disminución de la prestación, antes que de la ocurrencia de un hecho económico revelador de capacidad contributiva.

La COVID-19 evidentemente no es la primera epidemia que sacude al país³⁶. Ya con anterioridad el país ha sufrido eventos catastróficos que exigieron la intervención del Estado para conjurar la situación mediante implementación de medidas extraordinarias para conjurar la crisis. Así se puede recordar el *Plan Quimbaya* en ocasión del terremoto del Eje Cafetero; y no puede dejarse de mencionar el muy famoso cuatro por mil, primeramente transitorio, en el marco de la crisis financiera de finales del siglo xx, un notable ejemplo de la malograda aplicación de instituciones jurídicas foráneas en el Derecho Interno –sus antecedentes son el impuesto

³⁴ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Julio Fernando. Curso general de Derecho Tributario. Curso de Verano Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: -Sin publicar-, 2013.

³⁵ RODRÍGUEZ-GUTIÉRREZ, Camilo Ernesto. Legitimidad del régimen de estampillas departamentales en Colombia. Capítulo II. presentado para optar al título de Maestría. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016. Acceso Disponible En: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12835>

³⁶ GOSSAIN, Juan. Estas son las epidemias que han atacado a Colombia en 500 años. En: El Tiempo, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/estas-son-las-epidemias-que-han-atacado-a-colombia-en-500-anos-493750>

para evitar la migración en masa de los llamados capitales golondrina que se presentó en los países del sudoeste asiático, pero que entre nosotros termino siendo un impuesto, permanente, al uso del dinero.

Muchas otras medidas han sido tomadas en temas fiscales por parte del Gobierno Nacional y subnacional en el marco del manejo de la crisis generada por la COVID-19, pero ellas no responden a la operación del poder tributario –como lo es el establecimiento de un tributo, en este caso por parte del ejecutivo, de manera excepcional en ocasión del estado de emergencia, ya que en los modernos Estados de Derecho esta es una competencia generalmente reconocida y otorgada al legislativo como representante natural del contribuyente, para así satisfacer el deber liberal de auto imposición–, sino más bien a lo identificado por la doctrina de manera errada como potestad tributaria –entiéndase por tal, entonces, las competencias ejercidas por la administración, cuya denominación se explica por el tránsito de la terminología que no comprende adecuadamente el contenido del concepto, mayor despliegue de la explicación puede ser consultada en análisis de los conceptos de poder tributario y potestad tributaria³⁷–, tales medidas pueden ser identificadas como el aplazamiento y reprogramación de fechas para la declaración y pago de impuestos; la exclusión y exención; la reglamentación de devolución de los saldos a favor, y en general gran parte de las medidas adoptadas por el gobierno para el manejo de la situación.

Conclusiones

Las medidas tomadas por los diferentes Estados ante los hechos sucedidos con ocasión de la pandemia originada por la COVID-19 han producido, “aparentemente”, de manera no deseada, un serio rompimiento en el –ahora reconocible– frágil equilibrio entre la producción de bienes y servicios y el consumo de estos, no es nada diferente a una crisis económica, pero una crisis económica desconocida, no vista anteriormente en escala asimilable.

³⁷ RODRÍGUEZ-GUTIÉRREZ, Camilo Ernesto y TORRES ARIZA, Zulma Viviana. Aproximación teórica al poder tributario de las entidades territoriales en Colombia. Capítulo II. Análisis de los conceptos de Poder Tributario y Potestad Tributaria. presentado para optar al título de abogado. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2004. Acceso Disponible En: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/21186>

En este mismo momento el papel del Estado es protagónico, pero no hay que olvidar como anteriormente fue dejado a un lado deliberadamente ante la enérgica acusación de su incapacidad para manejar las cosas; ante los actuales hechos ahora es implorada su presencia y participación. Entre todas sus múltiples formas de intervención no se hace esperar la más temida de todas, hacer uso de su poder tributario para el establecimiento de nuevos tributos.

El caso de la crisis generada por la pandemia de COVID-19 puede ser interpretado como un ejemplo moderno de un troyano, una amenaza abiertamente desestimada y para la cual no se tenía prevención alguna.

Las consecuencias de la crisis generada por la COVID-19 no se han limitado al orden nacional y presenciamos un fenómeno global, a una escala nunca vista para esta clase de sucesos en la modernidad, que han dejado al descubierto toda una serie de situaciones que con anterioridad eran pasadas por alto y hasta ignoradas, situaciones que serán asumidas por el Estado ante la incapacidad del mercado de auto recuperarse.

El tributo es una de las características y elementos vitales del Estado moderno del que no se encuentran ejemplos que puedan prescindir de ellos, por lo que es válido dudar de la viabilidad de Estados modernos sin tributos.

Los tributos, por sí solos y de manera aislada, no constituyen una salida a los tiempos de crisis.

Colombia presenta serios problemas tanto desde su determinación institucional hasta su desenvolvimiento normativo, los cuales explican las espesas contradicciones de su realidad, sin que se logre encontrar una solución a corto plazo para evitarlo.

El panorama colombiano de los tributos no es nada alentador, conteniendo serios problemas y contradicciones para un Estado de Derecho.

Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia originada por la COVID-19, en particular las del “impuesto de solidaridad” tienen poca vocación tanto para solventar la crisis como para disminuir los niveles de pobreza o inequidad, factores críticos en el comportamiento del virus.

Bibliografía

¿Qué está pasando con el decreto sobre el impuesto solidario para los servidores públicos? En: Noticentro 1 CM&. Acceso Disponible En: <https://noticias.canal1.com.co/uno-dos-tres/decreto-impuesto-solidario-servidores-publicos/>

ALBARRACÍN DIEROLF, Juan. Las disputas para gobernar durante la pandemia. En: Razón Pública. Acceso Disponible En: <https://razonpublica.com/las-disputas-gobernar-la-pandemia/>

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Julio Fernando. Curso general de Derecho Tributario. Curso de Verano Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: -Sin publicar-, 2013.

ARIAS JIMÉNEZ, Ferney. “No es momento para reformas tributarias”: Duque. En: El Colombiano. Acceso Disponible En: <https://www.elcolombiano.com/negocios/gobierno-niega-nueva-reforma-tributaria-NP12953187>

BARCENA, Alicia. Pandemia del COVID-19 llevará a la mayor contracción de la actividad económica en la historia de la región: caerá -5,3% en 2020. CEPAL. Acceso Disponible En: <https://www.cepal.org/es/comunicados/pandemia-covid-19-llevara-la-mayor-contraccion-la-actividad-economica-la-historia-la>

Banderas rojas en las favelas de Bogotá donde el COVID-19 provoca el hambre. En: Euronews. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=FpFJTyrVqU>

Branswell, Hellen. The new pneumonia-causing virus needs a name. It may be tricky. STAT, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.statnews.com/2020/01/23/its-been-sequenced-its-spread-across-borders-now-the-new-pneumonia-causing-virus-needs-a-name/>

BUJ, Antonio. La COVID-19 y las viejas epidemias. No es la Tercera Guerra Mundial, es el capitalismo. En: Ar@cne, Universidad de Barcelona. Vol. XXIV # 242, Mayo 1 2020. DOI: 10.1344/ARA2020.242.31379. Acceso Disponible En: DOI: <https://doi.org/10.1344/ara2020.242.31379>

CAZORLA PRIETO, Luis María. El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

Con una bandera roja los habitantes de Soacha comunican su estado de vulnerabilidad ante el Covid-19. En: France24. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=VaNYsL-S53g>

- Coronavirus: ¿quiénes están ganando dinero con la epidemia? En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51710459>
- Coronavirus: los medios de comunicación y su credibilidad. Deutsche Welle, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.dw.com/es/coronavirus-los-medios-de-comunicación-y-su-credibilidad/a-53167054>
- Coronavirus: por qué COVID-19 se llama así y cómo se nombran los virus y las enfermedades infecciosas. BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51912089>
- Coronavirus | “No tenemos un rey en este país”: la disputa de Trump con los gobernadores de EE.UU. sobre cuándo levantar las restricciones por la epidemia. En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52287930>
- Cronología del coronavirus: así comenzó y se extendió el virus que tiene en alerta al mundo. CNN. Febrero 20 de 2020. Acceso Disponible En: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/02/20/cronologia-del-coronavirus-asi-comenzo-y-se-extendio-el-virus-que-pone-en-alerta-al-mundo/>
- Coronavirus en la Argentina | Largas colas en los comedores comunitarios por un plato de comida. En: TodoNoticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=uIHYNmaScBw>
- Debate sobre la nueva reforma. En: Noticentro 1 CM&. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=9QMPkBV5T34&feature=youtu.be>
- El papel del Estado en tiempos de crisis. Deutsche Welle. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=b21K8MfGCMU>
- Epidemiólogo sueco dice que todos nos vamos a contagiar de coronavirus. En: El Tiempo. Acceso Disponible En: <https://www.eltiempo.com/mundo/europa/epidemiologo-sueco-dice-que-todos-nos-vamos-a-contagiar-de-coronavirus-494236>
- FARNÉ, Stefano y RODRÍGUEZ, David Arturo. Empleo e impuestos a la nómina en Colombia. Un análisis de los efectos ocupacionales de la Ley 1607 de 2012 de Reforma Tributaria. En: Revista de Derecho Fiscal Vol.7, Diciembre 2014. Universidad Externado de Colombia. Acceso Disponible En: DOI: 10.18601/rd.f.v0i7.3925
- GOSSAIN, Juan. Estas son las epidemias que han atacado a Colombia en 500 años. En: El Tiempo, 2020. Acceso Disponible En: <https://www.eltiempo.com>

com/colombia/otras-ciudades/estas-son-las-epidemias-que-han-atacado-a-colombia-en-500-anos-493750

Hambre y COVID-19. En: Deutsche Welle Noticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=u0oQGJ03HNk>

Irwin, Neil. Lo que significa el precio negativo del petróleo. En: The New York Times, Acceso Disponible En: <https://www.nytimes.com/es/2020/04/21/espanol/negocios/precio-negativo-petroleo>

La enfermedad, un negocio para la industria farmacéutica. En: nuevatribuna.es. Acceso Disponible En: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/enfermedad-negocio-industria-farmaceutica/20150302105350113131.html>

LESNEY, Mark. SARS-CoV-2: ¿qué hay en el nombre? En: Medscape, 2020. Acceso Disponible En: <https://espanol.medscape.com/verarticulo/5905107>

Los únicos bobos que pagan impuestos son los asalariados: Ortega. En: Semana. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=I6WdUtvNM3I>

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, Depalma, 1949.

NIEVES, Vicente. La economía afronta un cambio de paradigma acelerado por la pandemia del coronavirus. En: eleconomista.es. Acceso Disponible En: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10492018/04/20/La-economia-afronta-un-cambio-de-paradigma-acelerado-por-la-pandemia-del-coronavirus.html>

Organización Mundial de la Salud. Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Marzo 27 de 2020. Acceso Disponible En: https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAlaIQobChMI6qenmOWz6QIVg7LICH2XqQEoEAAYASAAEgIAFfd_BwE

RODRÍGUEZ-GUTIÉRREZ, Camilo Ernesto. Legitimidad del régimen de estampillas departamentales en Colombia. Capítulo II. presentado para optar al título de Maestría. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016. Acceso Disponible En: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12835>

_____, y TORRES ARIZA, Zulma Viviana. Aproximación teórica al poder tributario de las entidades territoriales en Colombia. Capítulo II. Análisis de los conceptos de Poder Tributario y Potestad Tributaria. presentado para optar al título de abogado. Bogotá. Colegio Mayor de Nuestra Señora del

- Rosario. 2004. Acceso Disponible En: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/21186>
- ROJAS, Santiago; BONILLA, Ricardo; CÓRDOBA, Rosario; LEWIN, Alfredo; MORALES, Oscar Dario; MONTOYA, Soraya; PERRY, Guillermo; PIZA, Julio Roberto; URRUTIA, Miguel. Comisión de expertos para la equidad y la competitividad tributaria. Informe final presentado al ministro de hacienda y crédito público. Bogotá: Fedesarrollo, 2015.
- ROURA, Ana Maria. Coronavirus en Uruguay: la singular y exitosa estrategia uruguaya para contener la pandemia. En: BBC News. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=dDHHLYsaCHg>
- Sudáfrica: morir de hambre por el coronavirus. En: Deutsche Welle Noticias. Acceso Disponible En: <https://www.youtube.com/watch?v=cYif0K1b4M4>
- TAPIA, Javier. Bases para un debido proceso tributario: Tres teorías acerca de la relación entre el estado y los contribuyentes. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 32 # 2.
- TORRES, Juan Carlos. Guerra de mascarillas y respiradores. En: Blogs El Espectador. Acceso Disponible En: <https://blogs.elespectador.com/actualidad/utopeando/guerra-mascarillas-respiradores>
- URREA-RÍOS, Iván Leonardo. El falso debate: Vida vs. Economía. En: El Espectador. Acceso Disponible En: <https://www.elespectador.com/coronavirus/el-falso-debate-vida-vs-economia-articulo-914451>
- WOO, Genevive. Coronavirus: cómo comenzó todo. Discovery Networks International. Marzo 25 de 2020. Acceso Disponible En: <https://www.tudiscovery.com/discovery/coronavirus/video/coronavirus-como-comenzo-todo>

Este texto fue entregado el 14 de mayo y aceptado con correcciones el 14 de junio, 2020.

DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19

Luis Bernardo Díaz Gamboa*

Profesor nacional invitado

La gripe española dejó a mi madre, Luna, una lesión en el corazón y el consejo de los médicos de no tener hijos. Lo había intentado dos veces. El segundo fracasó, el niño nació casi muerto, asfixiado, estrangulado por el cordón umbilical. Quizá yo adquirí en el útero las fuerzas para resistir que me han acompañado toda la vida; pero si he podido sobrevivir es gracias a la ayuda de los demás: el médico que me cuidó durante la primera media hora antes de poder dar mi primer grito, luego la suerte que me acompañó durante la Resistencia, el hospital (hepatitis, tuberculosis), el amor que ha alimentado mi vida y mi obra, Sabah, mi compañera y esposa. Es cierto que el “aliento vital” no me ha abandonado; incluso ha aumentado durante la crisis mundial. Toda crisis me estimula, y ésta, enorme, me estimula enormemente.

Edgar Morin, 2020

Resumen: La presente exposición busca entender cómo el coronavirus y su atención ha sorprendido a todos los Estados y sus sistemas sanitarios, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho a la salud. La gran mayoría se inclinó por la privatización del sistema, fruto de los gobiernos de derecha que rigieron

** Profesor asociado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja; director del Grupo de Investigación Primo Levi en Justicia Social UPTC; coordinador Observatorio de DDHH Orlando Fals Borda; editor Revista Derecho y Realidad, exdecano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC. Postdoctor U. Politécnica de Valencia, Phd en Derecho, U. Complutense de Madrid, Mg. Estudios Internacionales Escuela Diplomática de Madrid, Esp. Derecho administrativo U. del Rosario y abogado U. Nacional.

los destinos nacionales o de la desatención por parte de otros gobiernos, por lo cual se vieron colapsados en la atención a los pacientes. ¿Cuáles son las enseñanzas? ¿Las habrá aprendido la humanidad? ¿Cómo será la pospandemia? ¿Cuáles son las directrices que el derecho internacional de los derechos humanos, y sus organismos, han emitido? ¿Se afecta la democracia con los estados de excepción? ¿Cuáles son los sectores más vulnerables con la aplicación de las medidas recomendadas por la OMS? Se trata de señalar esos parámetros dentro del marco de los instrumentos vinculantes sobre el derecho a la salud. El derecho a la conectividad digital surge como una gran lección de este proceso, así como el desgaste político de varios mandatarios que no han sabido afrontar con éxito la crisis. La humanidad sale con miedo a la calle.

Palabras clave: Derechos humanos y coronavirus, derecho a la salud, privatización de la salud.

HUMAN RIGHTS AND COVID-19

Abstract: This presentation seeks to understand how, from the perspective of considering health as a right, COVID-19 and its treatment took all governments and their health systems by surprise. The vast majority collapsed under the burden of patient care because they had either moved towards the privatization of their systems as a result of right-wing government policies, or their health systems had simply been abandoned to neglect by other governments. What are the lessons here? Will humanity have learned them? What will the post-pandemic be like? What guidelines have been issued by practitioners of International Human Rights Law and its institutions? Is democracy affected by the current states of emergency? Who have become the most vulnerable sectors under the application of the measures recommended by the WHO? The objective is to point out the parameters provided by binding instruments that exist within the framework of law pertaining to the right to health. The need to guarantee the right to digital connectivity emerges as a major lesson in this process, as does the political unraveling of several leaders of States who have failed to successfully confront the crisis. Humanity goes out to the streets in fear.

Key words: Human Rights and COVID-19; the right to health; privatization of health services..

Las lecciones no aprendidas

El confinamiento del mundo ha traído importantes enseñanzas. Si bien, pandemias del pasado como la viruela, la peste negra o la gripe española generaron un mayor número de muertos, un elemento en el siglo XXI hace

que juegue un papel esencial en la contención viral: la información. De acuerdo con esta afirmación, el permanente monitoreo de la Universidad John Hopkins, las noticias inmediatas sobre el número de muertos, contagiados y recuperados –casi en tiempo real–, demuestra que hoy en día el brote puede ser controlado. Al respecto, se puede ver que China abrió Wuhan, donde nació el coronavirus, tuvo tres meses de medidas draconianas, y hoy, cero muertos. Claro que los subregistros son preocupantes, así como los casos asintomáticos.

Otra gran enseñanza es que el derecho a la asistencia sanitaria se volvió, de la noche a la mañana, prioritario. El neoliberalismo imperante lo había privatizado y por ello EEUU –que no lo considera derecho fundamental– hoy tiene el mayor número de contagios, con el desgaste para la administración Trump, que dificulta su reelección en noviembre. Por ello, ordenó el despliegue militar frente a costas venezolanas y hasta un intento de invasión frustrado con mercenarios. Las reacciones tardías costarán réditos políticos. Las encuestas predicen el triunfo de Biden, además, por los errores en el manejo de las protestas tras el asesinato racista, mediante asfixia, del afroamericano George Floyd, por parte de un agente de policía en Minneapolis.

Por otra parte, la cuarentena sirvió para enfriar las importantes movilizaciones ciudadanas en Colombia, que desde el 21 de noviembre protestaban por la injusticia social reinante; sin embargo, la crisis está a la vista, por ejemplo, en el sector sanitario. Médicos y enfermeras en varias zonas del país no tienen barbijos adecuados ni escudo facial. Ya murieron varios médicos. Se abandona a internos en alto riesgo de contraer el virus, y la respuesta a la protesta en las cárceles arroja 23 muertos (masacre) sin ninguna renuncia.

Bolsonaro, que incendió la Amazonía, reacciona tardíamente, no cree en la ciencia (como Trump), y los mandatarios seccionales y locales que se le rebelan, como en Colombia y Brasil, legitimándose en las bases. Le renunciaron en poco tiempo dos ministros de salud y nombró a un militar, que poco sabe del tema. Piñera, por su parte, tiene una grave crisis de legitimidad –perderá la constituyente– y tampoco reacciona a tiempo, como tampoco hizo López Obrador, AMLO, y mucho menos Ortega. Ahora bien, la ayuda solidaria de médicos cubanos, rusos y chinos en distintos países, como en Italia, es golpeada duramente por el patógeno.

Duque cerró muy tarde los aeropuertos, principal foco de entrada del virus. Y la aerolínea aspira a recibir recursos oficiales del Estado para paliar el déficit.

Hoy es insostenible el costo del alcohol, los guantes, el gel, las mascarillas, los ventiladores y algunos alimentos básicos, fruto de la especulación no controlada por los Estados (a pesar de las prohibiciones legales y el acaparamiento y dada su falta de provisión).

Respecto al conflicto armado en Colombia, hay que parar la guerra para controlar la enfermedad, como dijo el Dr. Kenneth Burbano. Esta es una guerra de todos contra un enemigo invisible a los ojos humanos. Por ello, resulta contraproducente sancionar a Cuba por constituirse como mediador con la guerrilla del ELN, en un proceso de negociación suspendido.

El *biopoder* nuevamente entra a jugar como un factor geopolítico de gran valor, superior al arma nuclear. Desde 1925 hay protocolos en derecho internacional que prohíben la fabricación de virus, bacterias o patógenos como arma de guerra, proscritos en el DIH, pese a que en varios conflictos se han usado, como recientemente ocurrió en Siria.

A este respecto, se deben recordar el gas sarín, el gas mostaza, etc. Sin embargo, resultaría altamente preocupante que la COVID-19 haya sido creada en laboratorio para fines de alterar la economía internacional, generando una eugenesia, la cual termina por afectar a los propios nacionales de quienes lo crean. Sabemos de la guerra comercial entre Trump y el politburó chino. En esta operación se sabría cuándo nace, pero no cuando termina. De allí la necesidad de insistir en los protocolos éticos, que deben imperar en la ciencia cuando se asume este tipo de investigaciones biotecnológicas y pueden afectar a la humanidad o a la biosfera, como el *fracking*, los pesticidas, el glifosato o los transgénicos.

También está el tema de las noticias falsas, las cuales llegan a producir muertos, como los centenares de fallecidos y ciegos en Irán que creyeron que tomando alcohol industrial se curarían del patógeno.

Ahora bien, la dignidad humana, el derecho al agua potable, el derecho a la alimentación adecuada, a la vivienda digna, nos obligan a pensar en que los derechos humanos son indivisibles, inalienables e interdependientes; que la salud pública (con la salud mental incluida), surgen como el espectro de derechos que deben ser cubiertos de manera prioritaria, en especial

para los más vulnerables. Surge imperiosa la austeridad para los Estados y la reorientación de recursos para paliar la crisis.

Por lo anterior, emerge la imperativa necesidad de redistribuir con equidad la riqueza y el ingreso¹, como lo sostiene Piketty. Sobre esta idea se puede afirmar que en Colombia –ver Gañán² en “*Los muertos de la Ley 100*”– han muerto más de un millón cuatrocientas mil personas como consecuencia de la Ley 100 de 1993, estos son más muertos que los dejados por el conflicto armado en 50 años de guerra intestina. Si bien hay una obligación del Estado en el sentido de respetar, garantizar y prevenir las violaciones a los DD. HH., el Estado debe retomar su papel de ente director de la política pública –como lo hizo en la crisis del 2008 y en las pandemias anteriores– y urge rediseñar la prioridad presupuestal para quitársela a la guerra y dársela a la vida. Aquí deberá mirarse la propiedad intelectual (patentes), las políticas tributarias, los hospitales con su equipamiento y el apoyo al personal sanitario en condiciones óptimas (incluyendo su estipendio). Los planes de desarrollo deberán reenfocarse con estos criterios. La ley 100 debería ser suprimida y cambiada por una nueva donde se defienda la dignidad humana desde la prevención de las enfermedades. Como dice el nonagenario Morin: “somos jugadores/jugados, poseedores/poseídos, poderosos/débiles. Si podemos retardar la muerte por el envejecimiento, no podremos jamás eliminar los accidentes mortales en los que nuestros cuerpos serán aplastados, nunca podremos deshacernos de las bacterias y los virus que sin cesar se auto-modifican para resistir a los remedios, antibióticos, antiviruses y vacunas”³.

Adicionalmente, deberá haber un principio de debida diligencia, debería prevenirse en cuidado con el uso alarmista e incorrecto de la información (las pruebas validadas científicamente son las PCR, pruebas de reacción en cadena de la polimerasa, por lo cual se considera que hay subregistro). Otro aspecto sobre el cual se considera que debe tenerse mucho cuidado, es con el uso del estado de excepción, con medidas como el toque de queda,

¹ PIKETTY, Thomas. *Capital e Ideología*. Barcelona: Ariel, 2019.

² GAÑÁN, Jaime. *Los muertos de la Ley 100*. Medellín: U. De Antioquia, 2013.

³ MORIN, Edgar. *Festival de incertidumbres*. Publicado el día 21 de abril de 2020 en la serie *Tracts de crise* de ediciones Gallimard con el número 54. Internet: (<https://tracts.gallimard.fr/fr/products/tracts-de-crise-n-54-un-festival-d-incertitudes>), p. 8.

el cierre de fronteras y el recorte de derechos civiles y políticos; pues no está dado el afectar el núcleo duro de los derechos, por ejemplo, no es dable autorizar la tortura.

Sobre este aspecto, se puede decir que es cuestionable lo que ordenó Duterte en Filipinas (autorizó asesinar a quien viole la pandemia), así como enviar los tanques militares peruanos a la frontera con Ecuador para frenar el virus. Esto, porque el derecho internacional de los DD. HH. prohíbe retrocesos democráticos que nos lleven a la autocracia, como cerrar las cámaras y no admitir la deliberación pública, o despedir a periodistas críticos de los medios. En este sentido, deberá abrirse paso el derecho a internet como derecho humano esencial. De igual modo, la renta mínima básica no da espera, pues el desempleo será alarmante.

Si bien es cierto que vivimos una situación de incertidumbre no vista hace un siglo, es claro que de las crisis pueden surgir oportunidades. No soy tan optimista como Zizek, quien señala el fin del capitalismo. Tampoco creo que se debe encerrar a los seres humanos en algoritmos, como Harari o Chul Han lo predicen⁴. Es por ello que se debe retornar al cambio de modelo, para generar uno más humano e integrador, más fraterno o solidario. Quizás no se trata de volver a la normalidad, porque el origen del brote pudo ser una reacción zoonótica a esa normalidad que alteraba el ecosistema. ¿Dónde no hay COVID? Turkmenistán (dictadura), Tavalu, Vanuatu, Kiribati y Nauru, islas paradisíacas prácticamente desconocidas.

En este sentido, debería proponerse algo parecido a un Plan Marshall postpandemia para los más afectados –prohibir la aporofobia– y, en este sentido, es claro afirmar que existen instrumentos internacionales que todos los Estados deberían acoger, como el Acuerdo de París contra el calentamiento global (nos hemos dado cuenta de cómo vuelve a limpiarse la naturaleza), los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional DESCFA, el Protocolo de San Salvador o la Tasa Tobin para gravar las grandes transacciones especulativas del mercado internacional.

⁴ AGAMBEN, Giorgio et al. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. ASPO, 2020.

Todas estas reparaciones deberían ser transformadoras. Hay esperanza mientras hay vida. Al respecto es clave afirmar que se deben revisar las relaciones personales, las cuales necesariamente se distanciarán. Por esta razón el derecho al cuidado tomará mayor valor, así como su ética. La interdependencia de los DD. HH. nos llevará a pensar en la vida digna. Esto porque la vacuna milagrosa puede tardar entre 12 y 18 meses y ya las compañías farmacéuticas –otro monopolio de los mercados– se pelean su patente (pruebas ensayo-error). Si no aparece por el alto grado de mutación, deberíamos acostumbrarnos a vivir con el virus, se volvería endémico.

Por ello, se tendrá la necesidad de cimentar una mayor resiliencia (ya de hecho se hace en casa con la familia). Adicionalmente, la violencia de género ha aumentado escandalosamente, lo cual es una vergüenza. De modo que no es posible abandonar a sectores vulnerables como las mujeres y los migrantes excluidos, quienes son los más olvidados, así como a los trabajadores del sector informal, a los adultos mayores o a los autónomos (como los que ejercen profesiones liberales).

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las organizaciones internacionales competentes, así como los jueces en general, deben revisar el control de convencionalidad en las decisiones de protección al derecho a la salud. Los mercados internacionales deberían condonar parcialmente la deuda externa de los países en vías de desarrollo y dar un plazo de gracia de varios años para el remanente, sin intereses.

Es claro afirmar que la guerra es contra un microscópico sujeto, que no es un ser vivo sino una proteína peligrosa (mide ochenta millonésimas de milímetro), permitiéndole al mundo unirse y replantear la vorágine del sistema neoliberal depredador. Los informes diarios parecen un reporte de guerra. Mil doscientos millones de autos no circulan por las carreteras y ha disminuido la contaminación atmosférica; además, el Himalaya respira, los seres humanos también, los nevados se cubren, la capa de ozono se ha recuperado, así como los canales de Venecia; se avistan delfines en Cartagena y los animales salen a las calles de las grandes ciudades, donde antes estaban amenazados por el depredador ser humano. Todo esto nos señala la trascendencia de avanzar por el camino del humanismo –que responde al iluminismo antidogmático– y de la deconstrucción de la violencia política, económica y social como eje de las relaciones en el

mundo. Para Morin, la actual crisis “debería abrir nuestros espíritus –tan confinados desde hace mucho en lo inmediato, lo secundario y lo frívolo– a lo esencial: el amor y la amistad para nuestro florecimiento individual; la comunidad y la solidaridad de nuestro “yo” en un “nosotros”; el destino de la humanidad, de la que cada uno de nosotros somos una partícula. En pocas palabras, el confinamiento físico debería favorecer el desconfinamiento de los espíritus. (Ib. 20)

En este sentido, la COVID-19 no solo ataca a los mayores, sino también a los niños y jóvenes. La COVID no solo ataca a los ricos “que pudieron viajar”, sino a los pobres que carecen de la atención sanitaria adecuada (vimos escenas de horror en Guayaquil con la gente muriendo en las calles y la incineración de cadáveres en la vía pública). Los acontecimientos en Nueva York son dantescos. La COVID ataca a jefes de gobierno y a altos cargos (como Boris Johnson, primer ministro en Gran Bretaña; la Ministra de igualdad de España –esposa de Pablo Iglesias-, el Príncipe Carlos, el sobrino del Rey Belga, las esposas de Trudeau y Macron, etc.). No hay fronteras (cerca de 200 Estados, incluyendo el Vaticano, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Andorra y San Marino, los más pequeños, algunos paraísos fiscales que deberían ser cuestionados). La posición de flexibilidad sueca, no convence.

La enseñanza que nos deja la COVID-19 es que debemos aplicar desde los Estados la teoría de los bienes comunes (Ostrom, Mattei)⁵, que surgen de las necesidades humanas, en la lógica de un desarrollo sostenible y sustentable, no ecocida-suicida, para que los derechos humanos se defiendan y protejan en todo momento y lugar en forma indivisible y no solo por la pandemia actual. Solo así se dirá que el ser humano será racional; de lo contrario, quedará un duro interrogante sobre la racionalidad humana, como se confirmó en 1918 cuando una grave infección respiratoria que nació en Kansas acabó con 50 millones de personas, ocultada por los actores de la I Guerra Mundial y la llamaron gripe española porque de allí nació la información. Sin embargo, no aprendió la humanidad en ese entonces. Esperemos que esa lección, como la de las grandes crisis de 1929 y 2008, en esta oportunidad sí sea aprendida y se supere la codicia y el egocentrismo. Amanecerá y veremos.... de lo contrario, tendremos que repetir con el poeta León de Greiff: “Juego mi vida, cambio mi vida, de todos modos la llevo perdida...”

⁵ MATTEI, Ugo. Bienes comunes. *Un manifiesto*. Madrid: Trotta, 2013.

Homus Pandemicus

Veníamos viviendo en una globalización interdependiente, excluyendo la solidaridad. Hoy se trata de avanzar en una vía de humanismo regenerado, en clave política, ecológica y social.

Salud

En una célebre conferencia en 2015, Bill Gates ya mencionaba que el problema de protección contra un ataque nuclear se transformaba en el temor a una pandemia y que era necesario fortalecer los sistemas de salud en los Estados, así como la investigación preventiva. Hablaba del ébola. Hay varios gobernantes que parecen verdaderos sociópatas. Resulta contraproducente que Bolsonaro y Trump recomienden la hidroxiclороquina, cuando científicamente no están valoradas de forma positiva para la cura. Dos terceras partes de enfermedades y patologías están ligadas al cambio climático y, sin embargo, no se establecen políticas claras de protección a la naturaleza y se persiste en talar árboles y explotar los hidrocarburos, pese a que el petróleo está en su precio más bajo.

El aislamiento produce otro tipo de afecciones. El 75 % de las personas presentaron afectación en su salud mental en Colombia durante el confinamiento.

Algunos creen que Suecia es el ejemplo. ¿Habría que seguir el camino sueco? ¿Se generaría inmunidad de rebaño? Parece que sus vecinos opinan lo contrario y cerraron sus fronteras.

Nos han vendido la aplicación CoronApp como la panacea; el ojo del Estado es el ojo del Gran Hermano y habría que examinar si se cumplen las normas de *habeas data* al respecto. China tiene un control minucioso sobre cada habitante, lo cual nos retrotrae a Orwell.

La gripa porcina se originó en granjas donde usaron antibióticos para generar inmunodepresión. Por ello, hay que revisar los protocolos de cría de todos los animales, para valorar su inocuidad frente a la salud humana, como las hormonas aplicadas a las aves de corral. El 72 % de los muertos en el mundo se producen por enfermedades no transmisibles, ligadas al

sistema agroalimentario industrial, como las cardíacas, diabetes, cánceres, obesidad y malnutrición. Muchos más que por la COVID.

Los agronegocios generan agrotóxicos. Tanto que hay un libro llamado ¿Quién nos alimentará? 3.900 millones de seres planetarios padecen hambre o malnutrición.

La deforestación causó ébola y otros virus. Se sabe que el aceite de palma puede tener virus; sin embargo, hay políticas públicas que estimulan su siembra.

La destrucción de la selva puede llevar al paludismo, no obstante, en la cuarentena han taladomiles de hectáreas de nuestros bosques.

El virus es de origen zoonótico, pero no podemos echarle la culpa a murciélagos o pangolines, sino al daño al ecosistema.

Hay consensos del miedo. El actual es uno de ellos. El pánico está actuando, en palabras de Dupuy⁶.

La guerra, la pobreza y la enfermedad nos recuerdan la fragilidad de la vida. Se vive muriendo o se muere viviendo.

Se impone el darwinismo social que responde a una lógica neoliberal con el dominio del capital financiero. Lagarde dijo: “Los ancianos viven mucho tiempo”. Con ello sentenció la pena de muerte. Prefieren el respirador para el joven por productivo, frente al adulto mayor, que lo catalogan de desechable, como el Vicegobernador de Texas.

Trump suspendió los aportes del país a la OMS para ocultar su incompetencia, utilizando falacias.

Taiwan, Singapur y China han logrado superar la pandemia. Corea del Sur se confió y tuvo rebrote en escuelas, como en Francia.

La COVID es letal, pero quizá no tanto como otras epidemias con muchos muertos: la malaria en 2016 mató 406 000 personas en África y no fue noticia.

Surge la pregunta: ¿vamos a valorizar la defensa de la vida? No lo vemos, pues sigue la politiquería en el Gobierno al nombrar una cuota de Vargas

⁶ DUPUY, Jean-Pierre. *El pánico*. Barcelona: Gedisa, 1991.

Lleras como ministro de Salud, con el objetivo de que Duque obtenga mayorías en el Congreso. *Do ut des.*

AMLO, al principio, manifestó que la Virgen de Guadalupe era la mejor protección contra el virus. Ese descuido le costó muy caro.

¿Podríamos hablar de una “guerra civil” donde el enemigo –minúscula partícula– está dentro de nosotros?

¿Se cerrarán universidades y escuelas? Ya Francia tuvo que revertir la apertura de sus escuelas, pues en la semana siguiente a la apertura se contagiaron cerca de cien personas. Igual suceso aconteció en Corea del Sur, que era modélica en el manejo del problema.

Trump dijo que se podía tomar dióxido de cloro, y hubo personas que siguieron su consejo y murieron.

A Boris Johnson –un xenofóbico– lo salvan de la COVID dos enfermeras extranjeras, una portuguesa y otra neozelandesa. Grave lección para el amigo del Brexit. Hoy los británicos están arrepentidos, pues requieren a la U.E.

Los gobiernos se desgastan, en Bélgica la Primera ministra, al visitar un hospital, fue recibida de espaldas por el personal sanitario, debido al abandono en los apoyos al mismo.

“Nadie está obligado al heroísmo” dijo la Corte. Esto refiriéndose a los trabajadores de la salud que deben asistir por orden presidencial a cubrir el lugar que se le asigne en plena pandemia. “Hay que hacer una economía de mercado, y no una sociedad de mercado. Los valores no los da el mercado”.

De contera, apareció la enfermedad Kawasaky en niños, con saldos trágicos. También el avispon asesino y se incrementó la mosca del mediterráneo que daña el durazno. Algo ocurre con la reacción de la pacha mama...

Educación

La alternancia propuesta por el Gobierno colombiano para volver a las clases presenciales, turnándose con clases virtuales, no sirve. La educación virtual no es educación, sino una comunicación remota de algunos

contenidos. Solo un 3 % en Colombia se conecta a la televisión educativa. Hay que condonar las matrículas públicas y los créditos del Icetex. 600 000 estudiantes desertaron este año del SENA, lo cual es una catástrofe. La educación ocupa un lugar subalterno frente al hambre.

Existen tensiones sobre lo que son los servicios esenciales. El debate reciente se vio en EE. UU. Cuando, para Trump, los servicios religiosos son esenciales y hay que abrir los templos, mientras para los jueces no lo es. ¿Dónde queda el Estado laico?

Los artistas, igualmente, reclaman ayudas para trabajadores de la cultura. Es uno de los sectores más olvidados.

Economía

Avanza la necesidad de crear una renta básica. Ya en España se aprobó la medida que favorecerá a 850 000 familias. Según la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en América Latina habrán 305 millones de nuevos desempleados. Se perdieron 20 años de trabajos de algunos gobiernos en la redistribución del ingreso. Quizás haya que volver a Keynes. Es falso el dilema entre salud o economía, ambas son esenciales y se pueden ligar.

En su orden, las personas buscan alimento, empleo, salud y educación; pero se advierten altos niveles de desigualdad y fuerte concentración de la riqueza. Hay numerosas frustraciones acumuladas y altos niveles de violencia. Fenómenos como una meritocracia inexistente, la necesidad de un acceso social intergeneracional, la agudización del cataclismo económico, social y político, el desempleo de larga duración en jóvenes y mujeres especialmente, la concentración de ingreso y riqueza en corporaciones y pocas personas, así como la corrupción galopante.

Se habla de condonar la deuda externa, que corresponde a un 43 % del PIB. En Colombia 14 millones de personas viven en la informalidad y, según el Banco Mundial, 60 millones de personas quedarían en pobreza extrema en América Latina. Por ello, se requiere volver al campo. Tenemos 40 millones de hectáreas de frontera agrícola y solo cultivamos 7,5 millones en Colombia. Importamos 13,5 millones de toneladas de alimentos y exportamos 4,9 millones de toneladas. Hay que condonar las deudas de los campesinos.

En Colombia se endeudó al Estado con \$40 billones para atender la pandemia, en lugar de utilizar las reservas internacionales, y se rompió la regla fiscal. Paul Krugman menciona que la economía está en “coma inducido” y que los efectos se verán más allá del 2021.

Las manifestaciones de los indignados se plantearon desde 2011, como Occupy Wall Street, las primaveras árabes y la crisis griega extendida a Italia y a Francia. Según Oxfam, “2.153 multimillonarios poseen más riqueza que 4.600 millones de personas”.

En América Latina el 20 % de la población tiene el 83 % de la riqueza, además, asesinan a los defensores del medioambiente. En Colombia hacen interceptaciones ilegales para espiar a la oposición desde las Fuerzas Militares. También asesinan líderes sociales (cerca de mil en 4 años). Reina la impunidad.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, propuso un nuevo Plan Marshall de USD 2,5 millones para países emergentes, que impliquen el perdón de las deudas y fortalecimiento del sistema sanitario.

El teletrabajo extiende la jornada laboral. Es necesaria su regulación.

El exvicepresidente Vargas Lleras propuso aplazar el pago de cesantías e intereses de cesantías. En su columna en El Tiempo dijo: “debería pensarse en la reducción de los salarios y la revisión de los contratos de trabajo y las convenciones colectivas, las cuales pueden suspenderse... Por supuesto, habría que pensar en eliminar transitoriamente las primas de junio y diciembre... Y también de forma transitoria suspender las cesantías y los intereses de cesantías, que cuestan bastante más de \$ 2,3 billones. Hay que repensar también, en estas épocas de teletrabajo, en eliminar para estos trabajadores los subsidios de transporte y las dotaciones obligatorias. Solo el subsidio cuesta más de \$ 600.000 millones por mes... Para las nuevas contrataciones, hay que flexibilizar los costos de despido...”⁷. Lo que no tuvo en cuenta el exvicepresidente, es que el artículo 215 de la Constitución Política prohíbe expresamente los recortes en los derechos laborales.

⁷ El Tiempo, mayo 3 de 2020.

Respecto a la renta básica, Fabio Giraldo plantea que sean \$500 000 por persona permanentes y que sí existe la capacidad financiera del Estado para otorgarla. Y si la economía no volverá ser la misma, como él dice, hay que suprimir los paraísos fiscales.

Se prevé un crecimiento del -5 % para 2020. 450 millones de empleos se perderán en el mundo.

Escenario ambiental

Humberto de la Calle expresó: “No somos dueños de la naturaleza, sino sus vasallos”. Y es cierto. Creemos que podemos abusar de la Pacha Mama y ella reacciona. Huracanes, terremotos y tsunamis, son fiel ejemplo.

Como dice Boaventura: “No olvidemos que somos invitados a la naturaleza y no sus dueños”. Para Attenborough, somos los únicos seres racionales en el universo, puesto que científicamente no está comprobada la existencia de extraterrestres.

Trump otorgó ayudas por USD 2 millones y una parte la dedicó al *fracking*, que es altamente contaminante. Eso es ir en contravía de la salvación planetaria.

Scott Morrison, primer ministro de Australia, permitió por negligencia la quema de 10 millones de hectáreas, equivalentes a una extensión como Portugal (no suspendió sus vacaciones en Hawai mientras su país se consumía por el fuego). Trump vio arder en California 800 000 hectáreas. Bolsonaro es el responsable del incendio de 900 000 hectáreas en la Amazonía brasileña. Siberia también ardió, Putin responsable. Literalmente están incendiando el planeta.

En Colombia, como dice Ospina, “el fin del conflicto ha significado un deterioro inmediato de las condiciones ambientales de las regiones más apartadas del país. Los cauces de ríos que nadie se atrevía a explotar por miedo a la violencia están siendo invadidos por mineros artesanales. Las selvas y bosques a los que nadie se atrevían a ir son devastados por aserradores en busca de maderas preciosas. Los finqueros y campesinos que habían abandonado las tierras a su suerte, las vuelven a llenar de ganadería extensiva o de monocultivos de efectos muy dudosos en el ambiente. Y este deterioro

local coincide con el desastre ecológico global, al cual también contribuyen nuestras grandes ciudades ultracontaminadas, nuestro consumo local de energías sucias no renovables y la exportación masiva de estas (carbón y petróleo)”⁸.

La agroecología ofrece una buena perspectiva, como la eliminación de los transgénicos.

Debemos privilegiar el buen vivir, los bienes comunes y los derechos de la naturaleza. Aprendemos nociones elementales de nosología cotidianamente.

Quizá la normalidad sea el problema. ¿Reinventarnos para qué?

Democracia

Le preguntaban a Amartya Sen cuál era el principal acontecimiento en el siglo XX y respondió sin dudar: la democracia. Hoy hay peligro por el autoritarismo.

Algunos proponen modelos liberales con fuerte restricción de derechos, como los ultras de derecha o de izquierda, o los populismos.

No se pueden hacer consultas previas virtuales para comunidades indígenas, como lo propuso la Ministra del Interior.

No es cierto que el sector minero sea la panacea, pues solo genera el 0,5 % del PIB.

La velocidad se enfrenta a la verdad y caemos en la posverdad.

La prevención puede generar punición y el confinamiento es una muestra de ello.

Vivimos en “*homo pandemicus*”. Ya lo dijo Sócrates: “sólo sé que nada sé”.

Como dice el tratadista Rafael Ballén: “Ante esas imágenes surge una borrasca de preguntas: ¿Dónde está el Estado para que resuelva estos problemas? ¿Dónde se encontraba el Estado durante las últimas cuatro décadas que no se preparó para proporcionar salud, comida y techo a su población? ¿Cuál es el grado de legitimidad de aquellos súper-Estados que

⁸ En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Editor. ¿Cómo mejorar a Colombia? Bogotá: IEPRI, 2018, p. 395.

aprovechan una pandemia para amenazar a Estados más pequeños con invadirlos? ¿Qué legitimidad les asiste a esos gobernantes departamentales, distritales y municipales que aprovechan la miseria humana que ha traído la pandemia para enriquecerse con contratos de miles de millones?”⁹. Los Gobiernos que han asumido el control de la pandemia están afectados en sus índices de credibilidad, unos más, otros menos.

El respeto a la vida se ha perdido. Prueba de ellos es el asesinato de líderes sociales y de excombatientes de las FARC que han cumplido cabalmente su desmovilización (cerca de 100 líderes muertos en la pandemia).

Por ello, debemos trabajar en crear la ciudadanía como virtud cívica. Un ciudadano consciente no se deja ultrajar. La pregunta ahora es por la civilidad y sus características. ¿Ahondaremos en el declive del hombre público, como dice Sennet?

Algunas religiones asumen posiciones políticas reaccionarias cercanas a la ultraderecha, como el evangelismo pentecostal, el catolicismo reaccionario, el hinduismo político, el budismo radical, el islam radical y los ortodoxos, entre otros. Se llama a la resignación y se valida el sufrimiento en la tierra, porque vendrán mejores días en el “más allá” que nadie ha comprobado que exista. Debemos defender la laicidad en el Estado.

En varios países veníamos de protestas contra las desigualdades sociales, contra la corrupción y falta de protección social. No podrá difuminarse ese movimiento. Sin embargo, la compra de numeroso armamento para el Esmad en Colombia deja prever que la represión va a ser dura, cuando las cosas retomen su cauce.

El miedo es un mal consejero. Se perdió el derecho al funeral del muerto. Las relaciones humanas quedan en entredicho. Hoy celebramos un cumpleaños virtual, frío e impersonal. Un tercio de la población ha estado en el confinamiento.

Se produce una militarización de los territorios y una represión de los más vulnerables. El cuerpo se coloniza como territorio y se violenta. Se disparó la violencia callejera y la inseguridad fruto del desempleo.

⁹ BALLÉN, Rafael. *Coronavirus e ilegitimidad del Estado*. Bogotá: abril de 2020, s.e., p. 1.

Hay una política criminal desarticulada y se producen verdaderos genocidios en cárceles.

Chul Han habla del paradigma de vigilancia y seguridad digital. Debemos parar el paradigma donde el Estado sea el protector de la vida y el cuidado.

Naomi Klein y Jeremy Rifkin coinciden en la necesaria articulación entre justicia social, ambiental y racial.

Achille Mbembe habló de necropolítica. Con la COVID, este pensamiento cobra especial relevancia. 26 líderes sociales asesinados en cuarentena y 56 asesinados del 1 de enero al 19 de abril. 197 excombatientes de las FARC asesinados desde la firma del Acuerdo. 23 Internos muertos en La Modelo. La ministra de Justicia no renunció, tampoco el director del INPEC. Fatua Bensouda, fiscal de la Corte Penal Internacional, CPI, le puso el ojo a los crímenes de los líderes sociales en Colombia.

Hoy requerimos un gran pacto ecosocial y económico, que derrote la codicia e impulse la fraternidad.

Touraine nos dice: “¿Podremos vivir juntos?”¹⁰. El desafío es enorme, cuando el “nosotros” está confundido, extraviado y se mira con sospecha.

Bukele tuvo un buen comienzo al intervenir la banca para invertir en la gente afectada por la pandemia, pero desconoció las normas penitenciarias cuando las maras fueron maltratadas, como lo evidencian las fotografías que han circulado profusamente.

No hay que reducir el Congreso. ¿Reducir los jueces y magistrados? Este es un criterio tendiente a concentrar el poder presidencial. Lo que sí deberían es bajarse los sueldos, que son astronómicos y repugnan frente a los miserables ingresos de la mayoría.

Stiglitz y Krugman ya señalaban los problemas. También Sachs. La pandemia no es democrática.

Si lo mejor es aislarnos, ¿quién puede aislarse? El teletrabajo de la OMS y la OPS es para la clase media, con empleos formales.

¹⁰ TOURAINE, Alain. ¿Podremos vivir juntos? Bogotá: FCE, 2000.

Se genera un estado de excepción peligroso. Hay suspensión de la función judicial. El Congreso en receso, prácticamente. Se orientan recursos para renglones no prioritarios: \$13 276 millones en 51 camionetas blindadas para magistrados y Presidencia, tanques para Esmad, armamento para Esmad por \$9 500 millones, y \$3 500 millones para propaganda del presidente Iván Duque, sacados del Fondo de Paz. El personal sanitario sin protección, ni sueldos decorosos.

Marco normativo internacional

A continuación, revisaremos decisiones que sobre el tema sanitario han emitido en los distintos sistemas de derecho internacional.

Comisión Interamericana de DD.HH., CIDH

Resolución 1 DE 2020 (Abril 10)

Pasaremos a resaltar los elementos más significativos expuestos por la CIDH en esta resolución:

Las Américas constituyen la región más desigual del planeta.

Hay una brecha enorme en: agua potable, saneamiento, inseguridad alimentaria, contaminación ambiental y falta de hábitat adecuado.

La Covid (sic) genera impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los DESCA.

Se requieren políticas para prevenir el contagio, y medidas de seguridad social, y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible.

Se requiere una atención integral de la salud física y mental sin discriminación.

Las medidas de excepción deben respetar los DDHH (lo cual está en concordancia con nuestra Carta).

Hay un abanico de derechos en juego: a la vida, a la salud, a la integridad personal, trabajo, seguridad social, educación, agua y alimentación.

La salud es un bien público que debe ser protegido por todos los Estados y el derecho a la salud es de carácter inclusivo: derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

La CIDH enfatiza en trabajadores de la salud, cadena alimentaria, personal del cuidado, trabajadores rurales, informales o precarizados.

Democracia y estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los DDHH.

Independencia de actuación de los poderes públicos y las instituciones de control (poder judicial y legislativo), cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en condiciones de pandemia.

Se deben tomar medidas especiales de protección ante ciertos grupos como periodistas y defensores de DDHH.

Grupos en especial condición de vulnerabilidad, adultos mayores con pre-existencias, internos, indígenas, personas en condición de discapacidad, personas en pobreza y pobreza extrema, especialmente trabajadores informales y personas en situación de calle. Líderes sociales (es evidente el genocidio que hay en Colombia).

La Comisión resolvió recomendar a los gobiernos:

1. *Adoptar urgentemente todas las medidas adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de los seres humanos en riesgo, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional y las recomendaciones de la OMS y la OPS. También ver el art 9 de la Declaración de los Derechos Inherentes a la Madre Tierra (art. 9: derecho a la salud integral).*
2. *Adoptar el enfoque de DDHH en toda las estrategias y políticas incluyendo los planes de recuperación social y económica.*
3. *Respeto irrestricto a los estándares internacionales de DDHH: universales, interdependientes, indivisibles y transversales, particularmente de los DESCA.*
4. *El Estado debe abstenerse de violar los DDHH.*
5. *Debe primar la igualdad y la no discriminación.*
6. *Incluir la perspectiva de género (No violencia intrafamiliar; derechos sexuales y reproductivos).*

7. *Priorizar el oportuno y debido cuidado a la población.*
8. *Medidas adaptadas al principio “pro persona” de proporcionalidad y temporalidad.*
9. *El Estado de excepción no puede utilizarse para violar DDHH o realizar afectaciones al sistema democrático de Gobierno. La suspensión de los DHH es excepcional y en casos extremos. Impone requisitos como legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad.*
10. *Incorporación del contenido del DH a la salud: comprende vida, integridad personal, acceso a agua potable y a alimentación adecuada, a un medio aséptico, vivienda, cooperación, soporte de salud mental, etc. Otorgamiento de subsidios o rentas básicos.*
11. *Protección a los trabajos, salarios, libertad sindical, negociación colectiva y pensiones.* El exvicepresidente Vargas Lleras propone reducir ingresos laborales (\$24 billones). ¿Cuánto valen las exenciones a los grandes monopolios? 78,5 billones. ¿Cuánto es la evasión de los dueños de 30 millones de hectáreas? ¿Cuánta la ganancia de los bancos y del sector financiero en 2019? (22 billones). El art. 215 de la Constitución Colombiana dice que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (en concordancia con arts. 93 y 94 CP). También está la Recomendación 205 de la OIT “en situaciones de crisis”. Por lo tanto, su propuesta es inviable.
12. *Asegurar acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias, sin acaparamiento ni abuso de precios. Material de bioseguridad.*
13. *Correcta disposición de los máximos recursos disponibles (podría afectarse el sector militar).*
14. *Suspender o aliviar la deuda externa.*
15. *Principio de legalidad y proporcionalidad.*
16. *Que las medidas adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho Internacional y no entrañen discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*
17. *No se puede suspender el derecho la vida, a la integridad personal y se prohíbe la tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes, prohibición de esclavitud y servidumbre, principio de legalidad*

- y retroactividad, libertad de conciencia, protección a la familia, derechos de la niñez y derechos políticos, entre otros.*
18. *No se pueden suspender habeas corpus, ni amparo, ni debido proceso.*
 19. *No se puede restringir el trabajo y circulación de periodistas y defensores de DDHH.*
 20. *Es inaceptable la censura previa.*
 21. *Garantizar el acceso más amplio e inmediato al servicio de internet a toda la población y desarrollar medidas positivas para reducir de manera rápida la brecha digital que enfrentan los grupos vulnerables.*
 22. *Evaluación de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión, teniendo cuidado en el caso de crímenes de lesa humanidad, la cual debe ser muy exigente.*
 23. *Impedir el contagio intramuros de los internos.*
 24. *Prohibido: Abstenerse de consulta previa en territorios indígenas de proyectos productivos o extractivistas. (como la propuesta de la ministra del Interior de hacer la consulta digital).*
 25. *Garantizar derecho de regreso y migración (caso de los venezolanos).*
 26. *Derecho al desarrollo (Evaluar ingreso a la OCDE).*

Michelle Bachelet. Alta Comisionada de la ONU para los DD. HH.

Recomendación del 27 de abril. Recordemos que Bachelet es médica y fue dos veces presidenta de Chile con buen balance. Sus principales argumentos son:

1. *Las medidas de excepción solo se pueden usar para proteger de la pandemia.*
2. *En los estados de emergencia las medidas deben ser temporales, necesarias y proporcionales. No discriminatorias.*
3. *Hay derechos que no pueden ser suspendidos: como disparar a alguien por buscar comida, lo cual es inaceptable. O cercenar la ruta cuando la mujer va a dar a luz.*

4. *No se puede cercenar la libertad de prensa.*
5. *No se puede socavar el Estado de Derecho.*
6. *Las medidas deben ser humanas.*
7. *La ONU sacó un Manual de Orientaciones que debe seguirse.*
8. *Cabe la libertad para reclusos que puedan salir.*
9. Recuerda que deben seguirse los *Principios de Siracusa* y la Observación general N° 35 del Comité de DD. HH. de la ONU.
10. La Observación general N° 35 CDH-ONU de 2014 es sobre integridad física y moral y condiciones de los internos.
11. En los *Principios de Siracusa* (1984) el Comité de DD. HH. de la ONU habla sobre la limitación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ejemplo, en el numeral 15 señala las medidas para hacer frente a una amenaza grave a la salud. Allí figuran los derechos que no pueden ser suspendidos y se mantienen (Filipinas los viola).
12. *Los Convenios de la OIT sobre libertad de asociación, igualdad en el empleo, derechos sindicales y de los trabajadores: algunos de estos derechos no son susceptibles de derogación durante un estado de excepción, otros sí sólo en la medida estrictamente necesaria para responder a las exigencias de la situación.*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observación general N° 14

Los principales argumentos son:

Art. 12: señala el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Recuerda el art. 25-1 de la DUH: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Art. 12-1 PIDESC: Los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Art 12-2. “Diversas medidas que deberán adoptar los Estados partes... a fin de asegurar la plena efectividad de ese derecho”.

Este derecho (la salud) está en diversos instrumentos –dice el Comité– como en la Declaración y programa de Acción de Viena de 1993.

El Derecho a la salud está estrechamente vinculado con otros derechos de la Carta Internacional de Derechos, como: alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, a la vida, la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

El Derecho a una vida sana involucra alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Lo que se busca es el derecho al más alto nivel posible de salud: involucra condiciones biológicas y socioeconómicas.

Contiene condiciones sanas en el trabajo (¿Cómo volverán los docentes a las aulas en pospandemia? ¿Y los alumnos?).

Y también conlleva a un medio ambiente sano y acceso a la educación e información sobre cuestiones sanitarias.

Se deben asegurar condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, lo cual incluye servicios básicos preventivos, curativos y de rehabilitación.

Protección especial de Personas mayores (Observación General 6 de 1995).

Cualquier limitación a los derechos, como la circulación, debe estar debidamente justificada.

Realización progresiva del derecho: avanzar lo más expedita y eficazmente hacia la plena realización del derecho a la salud.

Prohibición de medidas regresivas.

Utilizar plenamente los recursos máximos disponibles.

Obligaciones del estado de respetar, proteger y cumplir (esto último implica medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestal, judicial, etc.).

No puede haber prácticas discriminatorias.

Respetar principios de la ONU para salud mental.

Los Estados no deben contaminar el medio ambiente, pues ello afecta la salud.

Hay indicadores del derecho a la salud que deben seguirse.

Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 9 de abril de 2020

COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales

Dice la Corte Interamericana:

- *Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.*
- *Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.*
- *El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.*

- *Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.*
- *Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que ésto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.*
- *El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID-19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.*
- *Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.*

Corte Interamericana de DD. HH.

Caso González Lluy. Sentencia de 1 de septiembre de 2015

Este fallo es emblemático y fue contra el Estado de Ecuador por la transfusión sanguínea errónea a una niña, la cual fue contagiada con VIH.

172. *Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros “dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad En este sentido artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Ecuador el 25 de marzo de 1993 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.*

Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas

173. *Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, artículos e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En torno a estos elementos esenciales del derecho a la salud el Comité ha precisado su alcance en los siguientes términos:*

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos

esenciales definidos en el Programa de *Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS*.

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) *Accesibilidad física*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA. [...]

iii) *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) *Acceso a la información*: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y

las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas

Caso Poblete Vilches contra Chile

En este caso, y refiriéndose a los estándares del derecho a la salud aplicables a situaciones de urgencia médica, la Corte Interamericana en sentencia de 8 de marzo de 2018, estableció que:

“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también un estado completo de bienestar físico, mental y social derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha establecido que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de garantizar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población”. (Párrafo 118)

A la fecha, el Estado chileno ha sido omisivo en el cumplimiento del fallo, porque está atado a un sistema de salud proveniente de la dictadura de Pinochet, el cual fue copiado por Colombia mediante la ley 100 de 1993.

Caso Coscul Piraval contra Guatemala

En sentencia de 23 de agosto de 2018, la Corte Interamericana de DDHH expresó:

“1) Derecho a la salud. La Corte consideró pertinente precisar diversos aspectos relacionados con su competencia para pronunciarse sobre viola-

ciones autónomas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante “DESCA”). Para ello, realizó una interpretación del artículo 26 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 del mismo instrumento. El Tribunal utilizó los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en el artículo 29 de la Convención Americana, para demostrar que una interpretación literal, sistemática y teleológica de la Convención permite afirmar que el artículo 26 protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, y que éstos pueden ser sujetos de supervisión por parte del Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 de la Convención. Concluyó que corresponderá en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención, así como los alcances de dicha protección.

“La Corte reiteró que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud, y precisó el contenido de ese derecho así como los estándares aplicables a personas que viven con el VIH. En particular, concluyó que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; que este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; y que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable. Asimismo, estableció que el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención”. (Ver párrafos 104 y 105)

Indicadores de medición

Los indicadores de progreso para medición de derechos contemplados se estipulan en el Protocolo de San Salvador (OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67). En este documento se establece que:

“El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país [...] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”. Asimismo, dentro de los indicadores referidos se incluyen: “Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministerios o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud”¹¹.

Conclusiones

Philippe Ariés hizo un estudio de la humanidad en la historia frente a la muerte¹²; cementerios, iglesias, panópticos, cárceles y hospitales tienen referencia con ella. Pero también las pandemias. El ser humano ha sabido soportar numerosas contingencias sanitarias, primero invocando factores metafísicos y, después, a través de la ciencia. Hoy la ciencia deberá estar en consonancia con los derechos humanos, dado el amplio catálogo existente a nivel mundial al respecto, y que es vinculante para numero-

¹¹ En este mismo sentido, *cfr*: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también OEA, Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2.

¹² ARIÉS, Philippe. *El hombre ante la muerte*. Madrid: Taurus, 2011.

sos Estados. Desde esa óptica, el modelo neoliberal no ha servido para avanzar en la satisfacción del derecho a la salud, convirtiéndolo –por el contrario– en una mercancía transable en el mercado. La creación de Entidades Prestadoras de Salud, EPS, como intermediarias del sistema, es un factor de privatización que conlleva a la desatención y la muerte de 1 400 000 personas en el caso de Colombia, desde la vigencia de la ley 100 de 1993 y la real quiebra del sistema hospitalario público. Se crea la figura de gerentes de hospitales para buscar la rentabilidad y no la prestación del servicio, por lo cual se generan “paseos de la muerte”. Quedó al desnudo la desatención en regiones como la Amazonía y el Chocó, entre otras, así como la desprotección de los servidores del sistema y hasta la falta del pago de acreencias laborales de forma cumplida. Los partidos de derecha que han gobernado en distintos países, y han desmantelado los sistemas sanitarios, tienen cuota de responsabilidad directa en la catástrofe que se ha cernido sobre el mundo con el coronavirus actual. En lugar de invertir en armas y depredación del ambiente, los Estados tienen la obligación de privilegiar su inversión pública en la salud, el empleo, la alimentación, la seguridad social y la educación. Los sistemas e instituciones que los representan han venido emitiendo directrices y fallos vinculantes para que los Estados cumplan con sus responsabilidades de garantizar y respetar el derecho a la salud, de manera integral, con el derecho a no morir de hambre. Es la dignidad humana la que está en juego. Igualmente, las medidas que desde la OMS se han diseñado, no tienen en cuenta la alta informalidad laboral en el mundo, especialmente en los denominados países en vías de desarrollo, por cuanto la clases medias y altas pueden perfectamente quedarse en casa, algunos mediante teletrabajo, situación que no le es dable ejercer a las capas populares en numerosos sitios del orbe, razón por la cual son los sectores más propensos al contagio. Las ayudas han resultado, en veces, precarias frente a lo colosal del impacto. En otras ocasiones personas inescrupulosas burlan la confianza pública y las hurtan, lo cual es imperdonable.

Quedan importantes lecciones, como defender al Estado, que con anterioridad es denostado y menospreciado por los amigos del capital y el libre mercado; hoy las empresas en dificultades apelan al Estado para el proceso de salvamento. Ocurre la individualización de las ganancias y la socialización

de las pérdidas, como en el caso de los Fondos Privados de Pensiones, que se enriquecieron con el ahorro de los pensionistas y en estos momentos le entregan miles de ellos al Estado para que se ocupe del pago de las mesadas, lo cual además de injusto, es inmoral. Otro mal ejemplo del régimen pinochetista chileno. Klein habló el efecto *schock*.

La pospandemia nos permitirá asumir retos colectivos que eliminen las grandes brechas de la desigualdad y permitan construir una sociedad más fraterna, donde los derechos humanos sean la nueva guía obligatoria de conducción en todo el mundo, para beneficio de todos y de todas. En últimas, se trata de defender los derechos humanos como bienes comunes no privatizables.

Referencias

- AGAMBEN, Giorgio et al. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. ASPO, 2020.
- ARIÉS, Philippe. *El hombre ante la muerte*. Madrid: Taurus, 2011
- BALLÉN, Rafael. *Coronavirus e ilegitimidad del Estado*. Bogotá: abril de 2020, s.e.
- BODELÓN, Encarna et. L. (eds.). *Los planes de igualdad en tiempos de crisis. Problemas de aplicación y carencias conceptuales*. Madrid: Dykinson, 2013.
- BUSTAMANTE, Javier et al. *Los Derechos Humanos en Internet*. Madrid: CIDEAL, 2012.
- DOMENECH, Antoni. *El eclipse de la fraternidad*. Barcelona: Crítica, 2004.
- DUBET, Francois. *¿Por qué preferimos la desigualdad? (aunque digamos lo contrario)*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- DUPUY, Jean-Pierre. *El pánico*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- FISK, Milton. *Bienes públicos y justicia radical. Una moralidad política para la resistencia solidaria*. Cali: Univalle, 2004.
- GAÑÁN, Jaime. *Los muertos de la Ley 100*. Medellín: U. De Antioquia, 2013.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Editor. *¿Cómo mejorar a Colombia?* Bogotá: IEPRI, 2018.

- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, D. *Cómo mueren las democracias*. Bogotá: Planeta, 2018.
- MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Madrid: Trotta, 2013.
- MORIN, Edgar. *Festival de incertidumbres*. Publicado el día 21 de abril de 2020 en la serie *Tracts de crise* de ediciones Gallimard con el número 54. Internet: (<https://tracts.gallimard.fr/fr/products/tracts-de-crise-n-54-un-festival-d-incertitudes>).
- PIKETTY, Thomas. *Capital e Ideología*. Barcelona: Ariel, 2019.
- PROGRAMA SOMOS DEFENSORES. *Entre la paz y la guerra. Agresiones contra líderes y lideresas comunales en Colombia*. Bogotá: Minga, 2019.
- RAMIS, Alvaro. *Bienes comunes y democracia. Crítica del individualismo posesivo*. Santiago: LOM, 2017.
- RUBIO-CARRACEDO, José et al. (eds.). *La democracia de los ciudadanos*. Málaga: Contrastes, 1996.
- SENNET, Richard. *El declive del hombre público*. Barcelona: Anagrama, 2011.
- SVAMPA, Maristella y otros. *La Fiebre. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. La Plata: Editorial ASPO, 2020.
- THIEBAUT, Carlos. *Vindicación el ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*. Barcelona: Paidós, 1998.
- TOBÓN, Mary Luz. *Los Estados de excepción. Imposibilidad de suspensión de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. Bogotá: Ibáñez, 2019.
- TOURAINÉ, Alain. *¿Podremos vivir juntos?* Bogotá: FCE, 2000.

LA INJERENCIA DEL ÓRGANO EJECUTIVO SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL CASO BOLIVIANO

Sonia Eliana Roca Serrano*
Profesora internacional invitada

Resumen: La finalidad de la separación de poderes es equilibrar y limitar el poder a un solo órgano. La separación evita que el poder o la soberanía del Estado se acumulen en una persona o grupo de personas. En el Estado Plurinacional de Bolivia, por mandato de la Constitución, se estipula la separación de órganos y distribución de competencias y esta se organiza sobre la base de cuatro órganos: judicial, legislativo, ejecutivo y electoral. En esta investigación analizaremos, por un lado, la sentencia constitucional 084/17 y, por otro, la declaración constitucional 003/13 donde se ve claramente la injerencia del órgano ejecutivo –a través del órgano legislativo– sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: Reforma Constitucional - Organos del Estado- Control de Convencionalidad.

* Sonia Eliana Roca Serrano, Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Máster en Ciencias Políticas. Abogada y licenciada en Trabajo Social por la Universidad de Lovaina la Nueva (Bélgica). Docente titular de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, donde dicta la cátedra de Derecho Internacional Público y Privado y Derechos Humanos e Indígenas. Es profesora de la Escuela de Postgrado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UAGRM. Ha publicado varios libros, entre ellos: Derechos Humanos, Sistema Universal e Interamericano, Dimensión Internacional del Registro Civil, El derecho a la identidad en Registro Civil de Bolivia (2007), Ciudadanía Inconclusa. También es coautora de varios libros colectivos.

INTERFERENCE OF THE EXECUTIVE BRANCH IN THE CONSTITUTIONAL COURT: THE CASE OF BOLIVIA

Abstract: The purpose of separation of powers is to balance and limit the power to just one branch. The separation prevents the power and sovereignty of the state from resting on only one person or group of people. In the Plurinational State of Bolivia, the separation of branches and the distribution of powers are stipulated by constitutional mandate. This is organized on the basis of four branches: judiciary, legislative, executive, and electoral. In the research presented here, we analyze on the one hand the Constitutional Court's ruling 084/17, and on the other, Constitutional declaration 003/13, wherein the interference of the executive power –through the legislative power– over the Constitutional Court of Bolivia is clear to see.

Key words: Constitutional Reform - Government Bodies - Control of Conventionality.

Introducción

La Constitución Política del Estado, como la norma suprema del ordenamiento jurídico, expresa el pacto social y político que determina las normas básicas de convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad. La Constitución, por un lado, define los derechos y libertades de las personas como un límite al poder del Estado y, por otro lado, organiza los poderes públicos de la manera que sirvan mejor a esta y a su plena realización, es así que la Constitución prevé una forma de organización del Estado, a través de la separación de los órganos públicos y sus diferentes atribuciones.

La finalidad de la separación de poderes es equilibrar y limitar el poder a un solo órgano. La separación evita que el poder o la soberanía del Estado se acumulen en una persona o grupo de personas. También proporciona una serie de controles y equilibrios que generan y constituyen instituciones de peso y contrapeso para producir una importante armonía y la subsistencia de este sistema político, aspecto ya planteado por Montesquieu, de modo que si el órgano de gobierno sobrepasa su poder o infringe los derechos de los ciudadanos, los otros órganos pueden intervenir. El desarrollo del pensamiento de Montesquieu parte de una constatación: la tendencia natural que todo poder tiene a expansionarse porque este extiende siempre su actuación hasta donde encuentre límites¹. Es decir que “*existe la ten-*

¹ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 134.

*dencia que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él... ”,*² por ello “*a fin de que no sea posible abusar del poder, es preciso disponer la cosas de tal manera que el poder sea limitado por el poder*”. Por lo tanto, para controlar el poder resulta necesaria la separación de poderes y la distribución de competencias, de modo que esto se constituya en una garantía institucional a favor de los ciudadanos.

De acuerdo con Zagrebeky, los órganos entre los que se divide el poder del Estado son los elementos de la forma de gobierno establecida en la Constitución. Por ello, estos se denominan órganos constitucionales y se consideran recíprocamente soberanos. Con esta fórmula se quiere indicar que cada uno de estos no tiene otro jerárquicamente superior y, por ende, en el ámbito de sus atribuciones puede operar sin sufrir injerencias³.

En el Estado constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia el poder se subdivide en cuatro órganos: el judicial, el legislativo, el ejecutivo y el electoral. En esta investigación analizaremos, por un lado, la sentencia constitucional 084/17 y, por otro, la declaración constitucional 003/13 donde se ve, claramente, la injerencia del órgano ejecutivo, –a través del órgano legislativo– sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

La Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia. Fines y formas de gobierno

La Constitución Política del Estado de 2009 (CPE) produjo una de las reformas constitucionales más profundas de la memoria histórica boliviana. La CPE comprende un elenco de derechos, libertades y garantías, además de visualizar problemáticas colectivas hasta ahora ignoradas en la República, desarrollando un amplio catálogo de derechos fundamentales.

La Constitución Política del Estado (CPE), por una parte, contiene principios y valores plurales, derechos y garantías de tipo liberal y social, derechos individuales y colectivos, que se encuentran en la primera parte de la Constitución (parte dogmática); derechos y garantías que tienen criterios

² MONTESQUIEU, C., *Del espíritu de las leyes*. México, Distrito Federal, Porrúa, 2003, p. 143.

³ ZAGREBELKY, G.; MARCENO, V. Y PALLANTE F., *Manual de derecho constitucional*, Zela, Lima, 2020, p. 548.

constitucionalizados de interpretación, a los que, de manera obligatoria, deben acudir los juzgadores; pero además, la Constitución se encuentra garantizada, primariamente, por el órgano judicial a través de sus diferentes jurisdicciones, como lo entendió la Sentencia Plurinacional (SCP) 112/2012⁴, y por el Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano específico que ejerce el control de constitucionalidad. Así, el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de derecho, pues se busca no solo el sometimiento a la ley, sino a la Constitución, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema donde los servidores judiciales, en especial juezas y jueces, ya no acceden a la normatividad constitucional a través del legislador sino que acceden directamente, tomando en cuenta que desde su nuevo carácter normativo el texto constitucional regula todas las áreas de la dinámica social.

Entrando a tema en cuanto a los fines y la organización del Estado, está expresado en los artículos 1, 7, 11 y 12 de la CPE, por voluntad del constituyente, el art. 1 de la CPE señala: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural...*”. Sobre el particular la sentencia constitucional N° 1422/2012⁵ señala: “*Esta refundación implica el diseño de un nuevo modelo de Estado, el cual se estructura a partir del “pluralismo” como elemento fundante del Estado; en ese orden, la cláusula estructural de la Constitución plasmada en su primer artículo, consagra el pluralismo como el eje esencial de la reforma constitucional, diseño que se encuentra en armonía con el preámbulo de esta Norma Suprema*”. En efecto, a partir de la concepción del pluralismo como elemento fundante del Estado⁶ y la interculturalidad, configuran un diseño de valores plurales

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL., Sentencia n° 112 de fecha 27 de abril de 2012.

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL., Sentencia n° 1422 de 24 de septiembre de 2012.

⁶ La CPE se enmarca dentro de lo que se ha denominado el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* que, de acuerdo con MARTÍNEZ DALMAU, apuesta, entre otros aspectos, por abrir espacios de participación directa de la ciudadanía para evitar la *oligarquización* del sistema político; extender las garantías y efectividad de los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de la vida en común; incorporar la protección del ambiente como una política transversal que debe impregnar toda la actividad social; extender los controles constitucionales a los poderes privados.

rectores destinados a consolidar el vivir bien, plasmado en el *Preámbulo de la Constitución*.

El art. 7 de la Constitución Política del Estado la define: “*la soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible*”. Es así que la soberanía reside en el pueblo boliviano, que se ejerce en forma directa y delegada, que de él emanan por delegación las funciones y atribuciones de los órganos públicos, que el gobierno debe ser ejercido a través de los cuatro órganos: legislativo, ejecutivo, judicial y electoral, que deben actuar sobre la base de los principios de independencia y separación de funciones y cuyos miembros deben surgir, en el caso del ejecutivo, legislativo y judicial, directamente de la voluntad ciudadana expresada en elecciones libres, pluralistas y ampliamente informadas.

En el art. 11 de la Constitución política se señala: “*I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres...*”. Uno de los problemas de la democracia representativa en Bolivia, y en general en latinoamericana, es la falta de democracia interna en los partidos para elegir a sus candidatos, elaborar propuestas, etc. En el caso del sistema de partidos en Bolivia, por ejemplo, eso debió reflejarse en la democracia interna para la elección de sus candidatos. En ninguno de ellos hubo esta práctica. Señala Galindo que “a la falta de democracia del poder al interior de los partidos, los líderes se perpetúan en el poder”. Entendida esta como la continuidad y la manipulación de los pactos para mantener el poder, en base a mantenerse en el gobierno y ser beneficiario de contratos, de prebendas, de puestos de trabajo, etc. Eso permitía reciclar militancia y, por tanto, votantes. En el período de Morales esta reproducción del poder se realiza con base en las reelecciones del propio Morales⁷.

VICIANO R. y MARITNEZ DALMAU R., La constitución democrática ente el neo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: debates constitucionales en nuestra América en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. n° 37. Puebla 2016, p. 72.

⁷ GALINDO SOSA, M., *Descriptores del Estado Plurinacional de Bolivia (2009-2017)* Impresión: Punto de encuentro, La Paz, 2018, p. 45.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su art. 12 señala: I. *“El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos. II. Son funciones estatales la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado. III. Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí”*.

Como ya hemos analizado en párrafos precedentes, la separación de funciones tiene como objetivo evitar el abuso del poder político en un solo órgano. Para ello, las diferentes funciones inherentes al ejercicio del poder del Estado, son atribuidas a los distintos órganos, sobre la base de la coordinación e interrelación. La **SC 09/2004**⁸, determinó con relación al mismo lo siguiente: *“(...) Conforme enseña la doctrina del Derecho Constitucional, la concepción dogmática de la división de poderes ha sido superada en el constitucionalismo contemporáneo con la adopción del concepto de separación de funciones que se sustenta en los siguientes principios: 1) la independencia de los órganos de poder del Estado; 2) la coordinación e interrelación de funciones entre los órganos y 3) el equilibrio entre los órganos que se establece a partir de frenos y contrapesos; (...)”*. Dicha sentencia dictada por el primer Tribunal Constitucional de Bolivia estableció que el Estado de derecho tiene la necesidad de dividir el poder, generándose así mecanismos de frenos y contrapesos recíprocos, de forma que cada órgano actúe únicamente conforme a las competencias que la ley asigne, dando lugar a un sistema en que todo el ejercicio del poder sea controlado para que se desenvuelva en los marcos de la democracia y de respeto de las libertades individuales. Es así que la existencia de un control de poder recíproco implica que previamente hay una distribución de competencias y límites en la actuación de los órganos de poder establecido en la Constitución Política del Estado.

En los párrafos precedentes hemos señalado claramente que ninguno de los diferentes órganos que contempla nuestra Constitución puede dominar

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia N° 09 de 28 de enero de 2004.

sobre los demás⁹ y que cada uno tiene atribuciones diferentes y que son independientes entre sí. Lo que vamos a analizar en esta investigación es la injerencia del órgano ejecutivo sobre el Tribunal Constitucional de Bolivia, aspecto que rompe con el principio de independencia de poderes y que de forma camuflada provoca la acumulación de competencias en un solo órgano, concretamente en el ejecutivo.

Injerencia del órgano ejecutivo sobre el tribunal constitucional

En Bolivia, durante los últimos 14 años, existió una injerencia del órgano ejecutivo sobre los demás órganos del Estado, ejemplo claro es la declaración constitucional N° 0003/2013 que analizaremos a continuación:

Declaración constitucional N° 03/2013

En relación con el modelo de reforma constitucional, la Constitución del 2009 estipula en su *“artículo 411. I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio”*.

⁹ GARGARELLA sostiene que las nuevas constituciones latinoamericanas tienden a elaborar derechos, amparando especialmente a los grupos discriminados, se abren derechos; en el caso de la boliviana hace énfasis en el problema del indígena, pero se conservan para el presidente poderes amplios, propios del modelo presidencial clásico y tienden a aprobar la reelección del presidente. Continuando con GARGARELLA, quien realiza una apreciación global de la Constitución Política de 2009, manifiesta “que adolece de cantidad de falencias, es voluntarista, demasiado extensa, innecesariamente detallista, contradictoria, aspiracional. *La sala de máquinas: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* Edit. Katz, Buenos Aires 2014, p. 284.

La modificación de la norma suprema puede darse bajo la modalidad de reforma total, ya que no existe ningún tipo de impedimento constitucional para modificar todos sus artículos puntualmente señalados, cuando se expresa que se puede reformar *“aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución”*. El artículo 411 contempla la reforma total pudiendo afectar sus bases, lo que se denomina en la doctrina sus cláusulas de intangibilidad, aspecto que puede ser no del todo coherente porque el desarrollo constitucional se ha ido construyendo a lo largo de la historia como proceso político y social, que ha dado respuesta en diferentes épocas a las demandas planteadas por la sociedad civil, lo que ha permitido establecer valores, principios y derechos del Estado constitucional.

Por otro lado, expresa la Constitución de 2009 que la *“Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes”*, debió establecerse los dos tercios del total de los constituyentes electos. *“Es destacable que el nuevo texto constitucional fuese aprobado mediante referéndum”*. El constituyente instauró o trato de brindar la Constitución y de dotarles de una especie de rigidez constitucional, expresando que el soberano aprobara el texto constitucional mediante referendo, por lo tanto, si lo aprueba el soberano resulta inviolable, por lo que no pueden ser fácilmente cambiados o derogados.

El artículo 411, parágrafo II indica: *“La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”*.

En el caso de la reforma parcial, sea por iniciativa popular o a través del poder constituido, llámese también Asamblea Legislativa Plurinacional, la modificación se sujetará a determinadas limitaciones formales y materiales que se encuadran al mandato constitucional, siendo su campo de acción restringido en relación al que se le asigna a la Asamblea Constituyente Originaria y Plenipotenciaria, la cual conserva un amplio poder creador y de autorregulación por su naturaleza.

La declaración constitucional N° 0003/2013 se fundamenta en el Art. 411 prevé y contempla la posibilidad y el procedimiento para llevar a cabo su propia reforma, que puede ser una ‘total’ o una ‘parcial’, la primera a través de una asamblea constituyente¹⁰, y la segunda por medio de una ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios de votos de la asamblea legislativa y posterior referéndum constitucional aprobatorio.

Es así que, con la finalidad de habilitar un tercer mandato presidencial y vicepresidencial consecutivo no previsto e incluso impedido por la propia Constitución de acuerdo a su artículo 168 y su Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, la Asamblea Legislativa Plurinacional lleva a cabo un procedimiento de reforma parcial de la Constitución, discutido porque bordea lo irregular y novedoso –*sui generis*–, a través de Proyecto de “Ley Aplicativa” de la Constitución, por medio de la cual, se señaló, pretendió dar sentido “y aplicación cabal y concreta a varios preceptos del texto constitucional, a saber: *i*) una aclaración que explicitara una referencia al Consejo de la Magistratura, *ii*) otra aclaración sobre la modalidad para la elección del Contralor General del Estado, *iii*) la habilitación de la reelección del Presidente y Vicepresidente, y *iv*) sobre la posibilidad de demandar ciertos Tratados ante Tribunales Internacionales alternativamente a su sola denuncia”¹¹.

Evidentemente lo que este Proyecto de Ley Aplicativa de la Constitución pretendía en realidad efectuar era, sino una auténtica reforma a la Constitución, por lo menos una interpretación aditiva y moduladora de la misma; sin embargo, si bien la figura y permisión de las leyes interpretativas de la Constitución como una competencia propia del Congreso nacional no ha sido ajena a la tradición constitucional boliviana, precisamente la nueva Constitución del 2009 rompió con esa tradición y no reconoció dentro del

¹⁰ Para algunos autores este elemento resulta un avance al carácter democrático del Estado al reconocer este poder de forma expresa en la Constitución, permitiendo que los textos constitucionales, fruto de la decisión del pueblo, permitan devolver el poder al pueblo conforme la esencia de la soberanía popular.

¹¹ CABRERA DALENCE J. M., Reelección presidencial en Bolivia y análisis del fallo constitucional en: *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano – memorias del segundo congreso boliviano de derechos constitucional-* Edit kipus Cochabamba, 2014, p 204-208.

catálogo de atribuciones de la *renovada* Asamblea Legislativa Plurinacional el poder sancionar leyes interpretativas de la Constitución.

La Asamblea Plurinacional envía la consulta al Tribunal Constitucional de Bolivia y este órgano emite la “Declaración Constitucional N° 0003/2013 del 25 de abril de 2013”, disponiendo la plena y total constitucionalidad de todo el Proyecto de Ley Aplicativa de la Constitución. “*La Declaración constitucional se funda en el carácter originario de la asamblea, en mérito que del cual, el nuevo orden es diferente al preexistente, el nuevo orden implica una nueva era jurídico-política basada en la refundación del Estado, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el cómputo del plazo para el ejercicio del presidente y Vicepresidente del Estado Plurinacional, desde el momento en el cual la función constituyente reformó el Estado*”.¹² Por lo tanto, el primer periodo presidencial se contempla desde 2009-2014, fecha de la refundación del Estado Plurinacional, dejando al lado su periodo presidencial 2005 a 2009.

Finalmente la Asamblea Legislativa Plurinacional sanciona y promulga la “*Ley de Aplicación Normativa de la Constitución N° 381 del 20 de Mayo de 2013*”, a través de la cual, soslayándose el procedimiento de reforma constitucional dispuesto en el artículo 411 de la misma Constitución, se logra efectuar una auténtica reforma constitucional y habilita a un tercer periodo al presidente, infringiendo el principio de soberanía popular (art. 7), con lo que se fue desconociendo la voluntad política de los ciudadanos y ciudadanas expresada, mediante voto, el 25 de enero de 2009, consistente en admitir solamente una reelección continua para el cargo de presidente y vicepresidente del Estado.

Referéndum constitucional del 21 de febrero de 2016

Para poder comprender mejor la sentencia constitucional N° 084/17 que analizaremos a continuación, la cual se constituye en una clara injerencia del órgano ejecutivo sobre el Tribunal Constitucional, es necesario referirnos al referéndum del 21 de febrero de 2016. El ex presidente Evo Morales “ni bien posesionado en su tercer mandato consecutivo en enero de 2015,

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Declaración Constitucional N° 0003/2013 del 25 de abril de 2013.

anunció la realización de un referéndum constitucional para quedar habilitado para postular un cuarto mandato, con los que demostraba que no estaba de visita en el palacio de gobierno”¹³.

El referéndum se llevó a cabo el 21 de febrero de 2016¹⁴ y la pregunta fue la siguiente: “¿Está usted de acuerdo con la reforma del artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la presidenta o presidente y la vicepresidenta o vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua? Por disposición de la ley de Reforma Parcial a la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección al periodo 2015-2020 y la segunda reelección 2020-2025”.

El referéndum le dijo ‘no’ una nueva reelección continuada del presidente y su vicepresidente. Los porcentajes de votos válidos por el sí ascienden a 51,34 % y por el no, a 48,66 %. Las decisiones adoptadas en referéndum gozan de efectos de cosa juzgada, son obligatorias y de cumplimiento inmediato, de acuerdo con lo dispuesto por la ley n° 026 de 30 de junio de 2010 y, fundamentalmente, es el pueblo titular de la soberanía quien se manifestó por la no reelección de presidente y vicepresidente.

Dicho referendo ha sido quebrantado por la sentencia constitucional 0084/2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, que realiza un control de convencionalidad del art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) determinando la aplicación preferente del art. 23 del CADH en relación con el art. 168 de la CPE, sentencia que vulnera la CPE, e inclusive, el espíritu o el sustento teórico de la misma, como es el nuevo constitucionalismo americano, sobre todo la reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente. La incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones,¹⁵ como es el caso del referéndum analizado.

¹³ TANCARA CASTILLO C. y AA. VV.: Las Trampas de Evo para habilitarse a un tercer y a un cuarto mandato en *La revolución de las pititas*. Edit. Página siete, Santa Cruz, 2019, p. 17.

¹⁴ La Constitución Política del Estado actual se aprobó mediante el Referendo Constituyente 2009, llevado a cabo el 25 de enero de 2009, en el que la pregunta fue la siguiente: “¿Está usted de acuerdo con refrendar el texto del proyecto de Constitución Política del Estado...”.

¹⁵ VICIANO R. y MARTINEZ DALMAU. R. La constitución democrática ente el neo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: debates constitucionales en nuestra América, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. n° 37. Puebla 2016, p. 72.

La sentencia constitucional nº 0084/2017

Síntesis del caso

En la fecha del 18 de septiembre de 2017, los diputados oficialistas presentan una acción de inconstitucionalidad abstracta al Tribunal Constitucional,¹⁶ solicitando el control de convencionalidad de los arts. 156, 168, 285. II y 288 de la CPE, para la inaplicabilidad de los mismos. Sustentan su acción, en que la *“Constitución Política del Estado, al ser la Norma Suprema del ordenamiento jurídico boliviano, se erige como pilar jurídico fundamental y ostenta supremacía sobre todas las normas del orden interno, debiendo las infra constitucionales circunscribirse a su contenido sin contradecirla; en ese entendido, el art. 410.11 establece el bloque de constitucionalidad, integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos humanos y normas de derecho comunitario, ratificados por el país y tratándose de derechos humanos, el art. 256.1 de la CPE, cede su jerarquía normativa a favor de ellos, indicando que los Tratados y Convenios internacionales en la materia, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta (...)”*. Argumentan que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“ratificada por Bolivia mediante Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, señala claramente en el art. 23 que el ejercicio de los derechos políticos contenidos en su texto, no pueden ser reglamentados sino ‘exclusivamente’ por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal, criterios que constituyen numerus clausus”*.¹⁷ Soliciten que a través del control de convencionalidad se declare la inaplicabilidad de los arts. 156, 168, 285 y 288 de la Constitución respecto la limitación de la reelección por una sola vez manera continua.

Sostienen los diputados, que los derechos políticos al mismo tiempo son reverso esencial de otro derecho fundamental de las personas, como es la

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia constitucional N° 084 de 18 de septiembre de 2017.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia constitucional 0084/2017 28 de noviembre de 2017.

prohibición de toda forma de discriminación, por lo que aquellos deben ser ejercidos sin ninguna restricción indebida y deben comprender indivisiblemente los derechos esenciales tales como participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de sus representantes, –comprendido en el art. 23 de la CADH– y establecer causales taxativas *numerus clausus* en la regulación de su ejercicio, tiene el propósito de evitar la discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos.

De acuerdo con Ribera Santibáñez, los fundamentos jurídicos del recurso son los siguientes: i) que los derechos políticos consagrados por el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no admiten otros límites que la ley pueda establecer exclusivamente por razones de edad, nacionalidad residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente conforme prevé el numeral II) del artículo 23 de la CADH; ii) que la restricción a la reelección es una limitación que no está prevista en la norma convencional antes referida, por tanto, convierte a las normas de la Constitución y la ley N° 026¹⁸ impugnadas en contrarias a los arts. 1, 23, 24 y 29 de la CADH. iii) Que los derechos reconocidos por los tratados y convenciones internacionales prevalecen sobre la constitución al tenor del estipulado en el art. 256 de la CPE¹⁹.

Fundamentos de fallo y su relación con la CADH (art. 23 de CADH)

El art. 23.1.a de la Convención Americana establece en su inciso 1. A) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos. Dicho artículo prácticamente es idéntico al art. 25.a del Pacto de derechos civiles y políticos (PIDCP). Por ello es importante analizar la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre dicho artículo, en su observación general N°. 25.49. Así, los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral y se mencionan casos en

¹⁸ GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley No 26 de 30 de junio de 2010, Ley de régimen electoral.

¹⁹ RIVERA SANTIBÁÑEZ J.A.: La inaplicabilidad de la Constitución para habilitar la reelección indefinida, en *los claroscuros de la acción de inconstitucionalidad que busca la ruptura del sistema constitucional boliviano*: CORD. WILLIAM HERRERA AÑEZ. Edit. Kipus Cochabamba 2018, p. 42.

los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos. Abre el paraguas de la democracia participativa, la cual es una apertura a la sociedad civil, para el diseño de políticas públicas, para la co-gestión de algunas de ellas y para el ejercicio del control social. A ello, Norberto Bobbio propone un sistema de democracia integral que abarque la “democracia representativa y la democracia directa”²⁰, lo cual se encuentra plasmado en el art. 11 de la Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional y esto en relación con el caso boliviano, donde hubo dos referéndums concernientes a la repostulación presidencial.

Profundizando en el análisis del art. 23, inc. 1.a la Corte IDH en su sentencia en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, párrafo 144º, manifestó: “*Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos*”²¹.

El artículo 23.1.b “*establece el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”. Un primer caso que avanzó en la definición del sufragio pasivo fue el caso *Yatama*, en este se señala que el derecho a ser elegido al regularse mediante ley debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias. En dicho caso la distinción discriminatoria, consistió en impedir la presencia electoral de organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua. A partir de *Yatama*, la CIDH ha presentado a la igualdad como condición indispensable para el ejercicio de los derechos político-electorales, al tratarse además, de la conducción de las vidas de las personas a través de la actividad política, como apuntó en su momento el Juez García Ramírez²².

En el caso *Castañeda Gutman*, párrafo 148, indica que la participación “*política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los*

²⁰ BOBBIO, N.: *El futuro de la democracia*. Edit. Fondo de cultura económica. México, 1996 p. 60.

²¹ CORTE IDH., caso *Castañeda Gutman vs. México*, 30 de noviembre de 2007, párrafo 144.

²² CORTE IDH., caso *Yatama vs. Nicaragua*.

ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello”.

Continúa la mencionada sentencia de la CIDH, en el párrafo 149, donde establece que: *“más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (...). La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”.* De lo que se deduce que la restricción establecida en la CPE, art 156, 168 y subsiguientes, estaba de acuerdo con los CADH y todo el sistema interamericano, por lo tanto, no existe la reelección indefinida.

El inciso 1c del art. 23 establece 1. c) de tener acceso en condiciones de igualdad. La sentencia constitucional señala como un fundamento del fallo la igualdad y no discriminación, señalando que la jurisprudencia de este tribunal, los define como valores principios, derechos y garantías a partir de las características del nuevo modelo de Estado y, por lo tanto, los artículos 156 y 168 subsiguientes de la CPE son inconventionales, ya que no permiten la reelección, por lo cual, los derechos humanos de autoridades nacionales serían violados o conculcados.

El principio de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Respecto a la igualdad, debe recordarse que constituye el derecho humano más importante en nuestra época, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídica positiva de los derechos humanos²³. La igualdad se construye como un límite de

²³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2005, p. 52.

la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de creación frente a la posibilidad arbitraria del poder, no permitiendo que por ninguna razón se pueda discriminar.

La sentencia N° 0461/2010 del Tribunal Constitucional de Bolivia que, al abordar la problemática de igualdad ante la ley, indica que: *“La igualdad jurídica importa el mínimo de equidad que una sociedad debe respetar... El contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino, en la interdicción de normas diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias; para decirlo claramente y en línea, la clave para entender la igualdad jurídica, es que esta no radica en la “no diferenciación” sino en la “no discriminación”, desplazándose el problema a la determinación del criterio que nos permita establecer cuándo una diferenciación es no discriminatoria, esto implica, que todas las personas sujetas a una misma norma o que se encuentren en una misma condición jurídica, deben someterse a la misma ley aplicable a los individuos de ese grupo. Lo contrario implicaría que la autoridad, al aplicar la ley, vulnerara el principio de igualdad e impusiera una discriminación antijurídica. La esencia del derecho está dada por el reconocimiento de que los hombres son iguales”*²⁴.

De lo que se establece que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional manifiesta que el Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido sostenemos y nos preguntamos qué igualdad real puede existir para el acceso a las funciones de autoridades nacionales, de los comunes ciudadanos, del hombre de a pie, frente a una persona que ejerce una posición de poder durante casi 14 años y vuelve a postularse. El ciudadano común estaría en desventaja frente a todo un aparato público que realiza campaña electoral, no tendría igualdad de oportunidades ni condiciones para poder participar en la justa electoral de presidente de Estado y demás autoridades departamentales y municipales, es decir, se estaría discriminando a toda la población, ya que ingresarían a una justa electoral en desventaja.

²⁴ Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional N° 461/2010.

El derecho a la participación en condiciones de igualdad en elecciones se refiere a condiciones materiales donde el Estado no privilegie ni apoye a unos en desmedro de otros. Los derechos humanos “son los derechos para las personas, no para los gobernantes”²⁵ y surgen como una manera de frenar el abuso de poder ya que el candidato oficial dispone de toda la maquinaria del Estado a su favor y resulta discriminatoria para cualquier otro candidato competidor.

En el caso *Castañeda-Gutman vs. MÉXICO*, párrafo 145, se señala que *“el artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”*.

El fundamento central de la sentencia 084/17 es la aplicación preferente del art. 23 de la convención basado en el párrafo 2) “El Art. 23.2 de la CADH. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”*.

Al respecto la sentencia N° 0084/2017 sostiene que se *“trata, (...) de imitaciones numerus clausus, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento. En base a tal razonamiento, es posible afirmar que al margen de las causales expresamente*

²⁵ PUENTE A. ¿Ahora nos quedamos sin Constitución? <http://www.paginasiete.bo/opinion/rafael-puente/2017/12/1/ahora-quedamos-constitucion-161465.html>

señaladas, en dicha cláusula convencional, no podrían introducirse otras o dar margen a interpretaciones extensivas que permitan ampliar esas causales taxativas de limitación de los derechos políticos, a otras que no se encuentren expresamente establecidas en dicho instrumento”. Resulta indudable –continúa la sentencia en la página 67– que el art. 23 de la “CADH consigna derechos políticos de la manera más amplia, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, autorizando únicamente al legislador por causales taxativas en la forma anteriormente señalada” (...). Agrega la sentencia: “es así que la disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”.

Al respecto, cabe destacar el art. 23 de la CADH cuando señala que *“toda persona tiene derecho de votar y ser elegida en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto; no es menos cierto que el ejercicio de ese derecho no es absoluto e irrestricto²⁶ como todo otro derecho humano o fundamental es susceptible de limitaciones y restricciones; pues por previsión expresa del art. 32. 2) de la CADH y art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”;* lo que significa que el Estado está legitimado para imponer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos humanos y fundamentales.

Si realmente el Tribunal Constitucional Plurinacional pretendía realizar un verdadero control de convencionalidad debió incorporar el art. 30 de la CADH que indica que las restricciones permitidas, de acuerdo *“con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*. Los artículos 156, 168 de la CPE y los artículos de la ley electoral se enmarcan en esta previsión convencional.

²⁶ RIVERA SANTIBÁÑEZ J. A.: Acción de Inconstitucionalidad para habilitar la reelección indefinida. Los Tiempos, Cochabamba. 2017.

De lo expuesto en los artículos 30 y 32 de la CADH y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se resuelve que no lleva a concluir que la sentencia, no realiza una interpretación sistemática de la Convención Americana de Derechos Humanos, menciona los arts. 23 y 24 de la misma, sin mencionar los restantes que nos muestran que ningún derecho es absoluto y las regulaciones altamente genéricas que se imponen en los tratados tienen el sentido de dar espacios a los soberanos nacionales para que, de acuerdo a sus condiciones históricas y sociales, efectúen regulaciones específicas y necesarias.

Profundizando el tema, en la sentencia caso Castañeda Gutman vs. México en el párrafo 153 indica: *“el art. 23 de la CADH debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma”*,²⁷ es decir que, para realizar un verdadero control de convencionalidad, deben incluirse todos los artículos mencionados, amén de demás instrumentos del sistema interamericano.

Siguiendo con la misma sentencia de la CIDH, en el párrafo 159, señala: *“En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención...”*. Es decir que los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores continuando en el párrafo 166.

“El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a

²⁷ CORTE IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. 30 de noviembre de 2007, párrafo 144.

votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.

La CIDH ha sostenido en el caso Castañeda Gutman vs. México que “*siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos*”. Por lo tanto, el argumento de la sentencia N° OO84/2017 en relación con el art. 23, párrafo 2 que se trata de una cláusula cerrada y limitada por el mismo párrafo 2, es poco consistente a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es así que, dentro del marco constitucional y convencional, el Estado tiene la posibilidad de reglamentar este derecho mediante ley.

Conclusiones

En la investigación acerca de la injerencia del órgano ejecutivo a través del legislativo sobre el Tribunal Constitucional de Bolivia, hemos podido comprobar lo que rompe con el principio de independencia de poderes y que de forma camuflada provoca la acumulación de competencias en un solo órgano, concretamente en el ejecutivo y más tomando en cuenta el caso concreto de la sentencia 084/17, los Estados tienen la obligación internacional de ejercer el control de convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico interno, para adaptarlo a los estándares de la CADH y su *corpus iuris*, pero en los términos interpretados por la CIDH. La interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional Plurinacional es defectuosa, porque realiza un control de convencionalidad, contraria a los parámetros de la CADH y el *corpus iuris* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los Estados, en el marco de la normativa internacional o convencional, pueden establecer en su derecho electoral y en su legislación interna

parámetros de cómo se debe realizar una elección. Es así que el poder constituyente boliviano ha establecido una restricción constitucional al ejercicio del derecho político de desempeñar los cargos electivos, limitando la reelección continua; de manera que las normas previstas por los arts. 156, 168, 285 y 288 de la Constitución no violan el derecho político y esa limitación establecida por las normas constitucionales tiene por finalidad resguardar el bien común y el régimen democrático, ya que la democracia representativa tiene como uno de sus pilares la alternancia en el ejercicio del poder político; y resguardar los principios de la separación de funciones y de los pesos y contrapesos.

Bibliografía

- CABRERADALENCE J. M. Reelection presidencial en Bolivia y análisis del fallo constitucional en: *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano* –memorias del segundo congreso boliviano de derechos constitucional– Edit kipus Cochabamba, 2014.
- GALINDO SOSA M. Descriptores del Estado Plurinacional de Bolivia (2009-2017) Impresión: Punto de encuentro, La Paz, 2018.
- MONTESQUIEU, C. *Del espíritu de las leyes*. México Distrito Federal, Porrúa, 2003.
- PUENTE A.: ¿Ahora nos quedamos sin Constitución? <http://www.paginasiete.bo/opinion/rafael-puente/2017/12/1/ahora-quedamos-constitucion-161465.html>
- RIVERA SANTIBÁÑEZ J.A. La inaplicabilidad de la Constitución para habilitar la reelección indefinida, en *los claroscuros de la acción de inconstitucionalidad que busca la ruptura del sistema constitucional boliviano*: CORD. WILLIAM HERRERA AÑEZ. Edit. Kipus, Cochabamba 2018.
- RIVERA SANTIBÁÑEZ J.A. Acción de Inconstitucionalidad para habilitar la reelección indefinida. Los Tiempos Cochabamba. 2017.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- TANCARA CASTILLO C. y AAVV. Las Trampas de Evo para habilitarse a un tercer y a un cuarto mandato en *La revolución de las pititas*. Edit. Página siete, Santa Cruz, 2019.

VICIANO R. y MARTINEZ DALMAU R. La constitución democrática ente el neo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: debates constitucionales en nuestra América, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. n° 37. Puebla 2016.

ZAGREBELKY, G.; MARCENO, V. y PALLANTE F. *Manual de derecho constitucional*, Zela, Lima, 2020.

Jurisprudencia nacional e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional No 461/2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL, *Sentencia constitucional 0084/2017* 28 de noviembre de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Declaración Constitucional N° 0003/2013 del 25 de abril de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia N° 09 de 28 de enero de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL. Sentencia n° 1422 de 24 de septiembre de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL. Sentencia n° 112 de fecha 27 de abril de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castañeda Gutman vs. México. 30 de noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Yatama vs. Nicaragua.

SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS Y LA SUPREMACÍA JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

Eric Leiva Ramírez*
Profesor nacional invitado

Resumen: El dogma de la irresponsabilidad del legislador fue un dogma que existió hasta mediados del siglo xx, periodo en el cual las autoridades judiciales de Francia y, posteriormente de España, empezaron a adoptar decisiones que reconocían una limitación a esta noción política, aplicando los presupuestos de control judicial a todas las actividades y autoridades del Estado. Este ejercicio jurisdiccional se ha denominado responsabilidad estatal por el hecho del legislador y, a finales del siglo xx, el juez contencioso administrativo empezó a estudiarlo y aplicarlo en sus decisiones judiciales. No obstante, la evolución en la implementación de este título de imputación conllevó temporalmente a una asunción de competencias que eran del órgano legislativo y de la Corte Constitucional, afectando el equilibrio de pesos y contrapesos, e ingresando en un modelo de supremacía constitucional por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Palabras clave: Sistema de pesos y contrapesos - Estado de Derecho - Responsabilidad del Estado - Daño antijurídico.

* Abogado y Magíster en Derecho administrativo de la Universidad Libre (Colombia). Magíster y Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes (Colombia). Especialistas en Derecho ambiental y Doctorando en Derecho de la Universidad Castilla – La Mancha (España). Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Correo electrónico: eric.leivar@unilibre.edu.co ea.leiva60@uniandes.edu.co

CHECKS AND BALANCES AND JUDICIAL SUPREMACY WITH RESPECT TO LIABILITY OF THE STATE FOR THE ACTIONS OF A MEMBER OF THE LEGISLATURE

Abstract: The dogma of the irresponsibility of the legislator was a concept that existed until the middle of the 20th century, at a time when the judicial authorities of France and later of Spain began to adopt decisions that recognized that this political notion had its limitations, extending the precepts of judicial review to all officials and activities of the State. This exercise of jurisdiction has been called state liability for the acts of the Legislator; at the end of the 20th century, the administrative contentious judge began to consider it and apply it in its judicial decisions. Nonetheless, the evolution in the application of this attribution temporarily led to the assumption of competencies that belonged to the legislative branch and the Constitutional Court. This had an effect on the system of check and balances, entering a model of constitutional supremacy by the highest body of the jurisdiction of Administrative Litigation.

Key words: Check and balances; Rule of law; liability of the State; unlawful damages.

Introducción

La regla general es que la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la Administración Pública¹ (de ahora en adelante, simplemente Administración). Sin embargo, debe entenderse que, en un Estado de derecho, todas las ramas del Poder Público son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los asociados. Por ende, se puede señalar que, también existe responsabilidad derivada de las actuaciones u omisiones que realice el órgano que representa la Rama Legislativa del Poder Público².

La irresponsabilidad del Estado por los daños causados por la legislación ha sido admitida durante mucho tiempo como un dogma; la ley solo era la manifestación más alta de la soberanía del Estado, lo que convertía al

¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídica, Tomo IV, 2ª edición, Santiago de Chile, 1997, p. 365.

² ALONSO, M. y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-106, nov. 2011. ISSN 2145-4531. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>. Fecha de acceso: 07 mayo 2020.

Estado legislador en irresponsable (por lo menos desde la óptica de la responsabilidad civil del Estado). En efecto, la obligación de reparar daños causados por la actividad estatal, en principio, se predicaba exclusivamente de las lesiones patrimoniales causadas por la Administración, entendida ésta como poder ejecutivo, mientras que solo lentamente, desde mediados del siglo pasado, comienza a admitirse la posibilidad que el Estado esté obligado a reparar los daños ocasionados por hechos o actuaciones imputables a la ramas del poder público judicial y Legislativo³.

Curiosamente, la reticencia inicial a admitir la posibilidad que la actuación del Legislador produjera daños que debían ser reparados, es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos y, a este respecto, no hay diferencias notables entre el *civil law* y el *common law*. El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico⁴.

Según este principio, el parlamento como órgano depositario de la soberanía, no podía ocasionar con su actuación daños que debieran ser reparados, pues sus decisiones eran una expresión del poder supremo del Estado. Resultan muy esclarecedoras las palabras de Laferrière:

“[...] es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la Ley (...) De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción⁵.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Vol. II, París, LGDJ, 1888, p. 12. Citado por Santamaría Pastor, J. A., “La teoría de la

Entonces, los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados por las leyes, y era inconcebible pensar que tales daños pudieran ser antijurídicos, precisamente porque provenían del órgano que encarnaba la soberanía y la potencia del Estado: El Parlamento. El reconocimiento y pago de las eventuales lesiones patrimoniales causadas por una disposición legislativa estaban supeditados a la voluntad del legislador y a que éste normativamente, admitiera tal posibilidad⁶.

La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes reforzaba esta idea, pues la imposibilidad de someter a las leyes a una revisión jurisdiccional que permitiera deducir la eventual falta o culpa del legislador, y por consiguiente la falla del servicio, requisito exigido inicialmente en la apreciación de la responsabilidad estatal, impediría, al menos en Francia, la posibilidad de imponer al legislador un deber de compensación pecuniaria de las lesiones que su actuación pudiera producir⁷.

Según anota Jean Rivero:

“No obstante, la exigencia de un daño especial supone a menudo un obstáculo a la aplicación de la responsabilidad. El problema sólo se plantea en el silencio de la ley: si ella excluyó toda indemnización para los daños que cause [...] basta con aplicar el texto. Si nada previó, el principio tradicional es la irresponsabilidad del estado legislador [sic]: por regla general, los sacrificios que la ley pueda imponer a los ciudadanos no podrían ser compensados con una indemnización cuando el mismo legislador no previó esta indemnización”⁸.

Adicionalmente, la generalidad y abstracción de las disposiciones legislativas dificultaba la caracterización de los perjuicios de ella derivados como

responsabilidad del Estado Legislador”, Revista de Administración Pública, No. 68. 1972, p. 73. En: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Este principio encontró su génesis en el derecho francés, en Sr.de se encontraba justificado (en principio), por cuanto en dicho sistema la actividad de los órganos legislativos estaba sustraída a todo control por parte de la jurisdicción. Sin embargo este “paradigma” es roto y modificado.

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Madrid. Marcial Pons, 1999, p. 25.

⁸ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Jurisprudente Générale Dalloz, 13^a. Edición, 1990, p. 375. Citado por Torregroza Sánchez, Javier Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2007, p. 15.

especiales o particulares, únicos que inicialmente en la teoría de la responsabilidad extracontractual administrativa podían ser objeto de reparación⁹.

En concordancia con lo anterior, existía el planteamiento de que cuando en ejercicio de su “soberanía”, el legislador expide una ley que reemplaza o modifica otra, no viola la ley existente ya que esta situación únicamente implica el ejercicio normal de las prerrogativas del Poder Público, puesto que si el legislador es el autor de las normas, es incomprensible sostener que la ley pudiese transgredir el derecho; solo puede violar el derecho aquel funcionamiento u organismo que tiene a su cargo la función de ejecutar la ley, pero no quien tiene la función de crearla¹⁰.

Se creía que el legislador se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica; la actividad normativa del mismo se erige como la peana del ordenamiento jurídico en su totalidad y, por tal razón, era inconcebible que el Estado se viera obligado a reparar un daño causado debido al ejercicio de esta autoridad. Como idea vacilar de estas proposiciones, aparece el principio del Derecho Público anglosajón según el cual, el rey no puede cometer error, y que es expresado en el axioma *the king can do not wrong*¹¹.

A pesar de la consistencia teórica y la razonabilidad de los argumentos esgrimidos como fundamento de la irresponsabilidad, existen, en la actualidad, razones de valor indiscutible que permiten sostener la existencia de un régimen de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador¹².

En efecto, con posterioridad a la II Guerra Mundial, la generalización del control de constitucionalidad de las leyes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por una parte, y la creciente expedición de leyes singulares que afectaban a un número concreto e individualizado de ciudadanos, por otra, significó la quiebra de los presupuestos sobre los cuales descansaba la inmunidad del legislador. Pero la ruptura de tales supuestos no se produjo

⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰ VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, 2ª Edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1948, p. 396.

¹¹ TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho legislador*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2007, p. 17.

¹² BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 2ª Edición, LEYER, Bogotá DC, 2003, p. 185.

de manera simultánea ni significó necesariamente la admisibilidad generalizada de la responsabilidad del Estado legislador¹³.

Cabe destacar que el primer reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador se produjo en un país –Francia– y en un momento histórico –1938– en el cual aún no se había admitido el control constitucional. Como es sabido, los primeros países en introducir un sistema de control de constitucionalidad en Europa fueron Checoslovaquia y Austria en 1920; pero en Francia, el Consejo Constitucional fue creado de manera muy tardía en el año de 1958, empero se trataba de un típico caso de expedición de una ley singular la cual causaba perjuicios exclusivamente a un particular –el famoso *arrêt La Fleurette* sobre el cual se volverá más adelante¹⁴–.

Entonces, el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad del legislador, y como bien señala la doctrina¹⁵, *la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.*

Incluso, un examen del Derecho comparado demuestra la independencia de ambas figuras, pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes, que reconocen la posibilidad de responsabilidad del legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ ALONSO, M. y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-106, nov. 2011. ISSN 2145-4531. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>. Fecha de acceso: 07 mayo 2020.

¹⁵ AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 62 (mayo-agosto), 2001, p. 307. Citado por: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

y responsabilidad patrimonial (EE.UU.)¹⁶; ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento –limitado a lo dispuesto por la ley– de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del legislador (Alemania)¹⁷.

Responsabilidad estatal por el hecho del legislador y el sistema de pesos y contrapesos

Determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere, los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, son una tarea que, en todo caso, corresponde precisar al propio legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, como juez especializado en la materia¹⁸. Sin embargo, existen autores que sostienen lo contrario. Así, por ejemplo, García de Enterría al respecto, dice:

¹⁶ En Estados Unidos no es posible una responsabilidad estatal por la producción de una ley, una vez que esta se ha declarado constitucional. Sólo puede destacarse la 5ª enmienda constitucional según la cual quien sea privado de su propiedad debe recibir una justa compensación. ALONSO, M. y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-106, nov. 2011. ISSN 2145-4531. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>. Fecha de acceso: 07 mayo 2020.

¹⁷ En Alemania, a partir de 1831, la responsabilidad estatal por los llamados actos de legislación debía ser consagrada por la ley expresamente. La constitución alemana de 1949 al igual que la anterior de 1919, consagra la responsabilidad, estatal irrigada por el elemento culpa, elemento que desaparece con la expedición de la ley de responsabilidad patrimonial del Estado de 1981, y el establecimiento de la responsabilidad objetiva, ley que fuera declarada inconstitucional desde el punto de vista formal, por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 19 de octubre de 1982. Esta ley, en su artículo 5º inciso 2º disponía: “*Si consiste la infracción del deber en un comportamiento antijurídico del legislador, tendrá lugar la responsabilidad sólo cuando y en la manera en que la ley lo determine. La responsabilidad por infracciones del deber del poder ejecutivo o judicial que se basen exclusivamente en el comportamiento del legislador no queda afectada.*”. Es curioso como la responsabilidad “legislativa” estaba limitada a los supuestos de responsabilidad prescritos en la misma ley, pero la derivada de los actos del poder ejecutivo o judicial por ejecución de una ley “antijurídica”, no requería de supuestos legales predeterminados para su declaración.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de las leyes interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa me parece una evidencia manifiesta.

[...] Resulta con ello perfectamente claro que la atribución del deber indemnizar por las posibles y diversas afecciones económicas que cualquier ley puede producir supone una injerencia directa en el contenido mismo del Poder Legislativo, la eficacia de cuyos productos normativos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas.

Este poder de interferir la eficacia misma de las leyes, adicionando a su contenido decisiones que ellas o excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posible, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional, que tiene una competencia específica para enjuiciar las leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraria a la Constitución o incluso hacer preceptiva una determinada interpretación conforme a la Constitución, esto en términos absolutos, adicionar a su contenido preceptos nuevos, que es un atributo esencial y exclusivo del propio Poder Legislativo, en cuanto representación del pueblo español. En ningún sistema constitucional ni ordinario, puede enmendar leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático.

[...] De este modo, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional¹⁹.

[...] **En ningún país, no sólo en España, ocurren las cosas de otra manera...Y hemos de añadir aún: ni pueden ocurrir, pues otra cosa significaría una desnaturalización radical del papel de la justicia, que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular o soberana²⁰.** (Negrillas fuera del texto)

No obstante, hay que reconocer que García de Enterría es un experto en la materia, y sin dejar de lado las minuciosas diferencias que existen entre el

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislativo*; Editorial Arazandí, Thomson-Civitas, Madrid. 2005, pp. 129-122.

²⁰ *Ibidem*. p. 124.

ordenamiento jurídico colombiano y el español, y el control de constitucionalidad de las leyes en los dos Estados; se difiere con el tratadista ibérico.

En efecto, no debe soslayarse que a pesar de la existencia de una regulación de carácter legal que desarrolle de manera exhaustiva la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador o que, al menos, consagre un principio general de la responsabilidad, el ordenamiento jurídico colombiano (al igual que el español) cuenta con una norma que, de forma genérica, consagra una obligación indemnizatoria a cargo del Estado cuando la acción o la omisión de las autoridades públicas causa daño, sin distinto alguno respecto de la autoridad de que se trate²¹.

En sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional expresó que, desde un punto de vista amplio, el artículo 90 de la Constitución Política, al referirse a las autoridades públicas, se encuentran incluidos aquellos órganos de naturaleza estatal encargados de ejecutar funciones de carácter legislativo²², sin perjuicio de que sea la ley la que fije los lineamientos, parámetros y cauces dentro de los cuales se ha de hacer efectiva este tipo de responsabilidad.

Al respecto, resulta particularmente ilustrador observar la evolución de la figura desde la perspectiva del Derecho comparado y en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

Por lo anterior, no resulta extraño que la figura de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador haya sido de creación jurisprudencial y en cada país se han acogido distintos regímenes y fundamentos de responsabilidad, pues difícilmente el mismo órgano legislador se iba a imponer un límite a su función y, menos, a aceptar que esta ocasionaba daños pues, este es un órgano representativo de la soberanía y esta, a su vez, no repara por los daños que ocasione.

²¹ ALONSO GARCÍA M y LEIVA RAMÍREZ E. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. RDE [Internet]. 13dic.2012 [citado 7may2020]; (29):145-73. Available from: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295> .

²² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

La responsabilidad del Estado-legislador en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa colombiana: entre la responsabilidad estatal y la supremacía judicial

La responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado social de derecho y de los principios y valores que rigen el ordenamiento constitucional colombiano, tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que se cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente, determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del legislador, tales como la figura de la expropiación (artículo 58). La obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio (artículo 336), o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (artículo 365 Constitucional)²³.

Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se mencionó, su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, lo cual como se ha reiterado a lo largo de este documento, descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del legislador, entendidas como tales, las actuaciones contrarias a la Constitución²⁴.

El tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador ha sido tratado por la doctrina administrativa de forma tangencial; se ha soslayado el análisis reflexivo que es necesario toda vez que la Jurisdicción

²³ ALONSO, M. y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-106, nov. 2011. ISSN 2145-4531. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>. Fecha de acceso: 07 mayo 2020.

²⁴ *Ibidem*.

Contencioso Administrativa ha emitido algunos, por no decir que escasos, pronunciamientos en los que se reconoce su admisibilidad²⁵.

A ese respecto, se debe poner de presente que, pese a ser el ordenamiento jurídico colombiano un sistema esencialmente legislado, el origen, desarrollo y perfeccionamiento de las nociones y fundamentos que orientan la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran especialmente a cargo del juez contencioso administrativo.

En esa dirección, existen varios, aunque insuficientes, antecedentes jurisprudenciales en los cuales el Consejo de Estado colombiano ha asumido la labor de precisar los elementos constitutivos, las condiciones necesarias para la configuración, los fundamentos y, en general, todos aquellos aspectos relevantes para la construcción de un principio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Son contadas las ocasiones en las cuales los jueces colombianos se han ocupado de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional constituyen todos los precedentes. Sin embargo, no está de más aclarar, que la Jurisprudencia colombiana (Contencioso Administrativa y Constitucional) no ha condenado expresamente al Estado por el hecho del legislador²⁶. Eso no obsta, para decir, que algunos elementos que hacen parte de este tipo de responsabilidad han sido estudiados y abordados por estos dos (2) tribunales colombianos. A continuación, se expondrán sucintamente las principales decisiones en cuestión.

²⁵ TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho legislador*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2007, p. 12.

²⁶ En las sentencias Sr. de el Consejo de Estado menciona la Responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, termina condenando a la Nación por Daño Especial (régimen objetivo) y no por la actuación de la Rama Legislativa del Poder Público, es decir, por el hecho del Legislador o de las leyes. Esto significa que hasta la fecha, no existe un título de imputación en Colombia denominado responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, como si existe por ejemplo, para la Rama Judicial, toda vez que la ley 270 de 1996 consagra expresamente títulos de imputación como lo son la responsabilidad por error jurisdiccional (art. 67), por privación injusta de la libertad (art. 68) y responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69). Lo mismo se puede decir en relación con la responsabilidad por los hechos u omisiones de la Administración, tema este último bastante desarrollado por la doctrina y jurisprudencia.

Se ha de empezar por decir que la máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hizo una primera mención de esta figura jurídica, en el año de 1990 (antes de la Constitución Política actual). En dicha providencia, el Consejo de Estado se pronunció al respecto, en el sentido de concluir que los casos en que la jurisprudencia francesa ha aceptado de manera excepcional la responsabilidad estatal por el hecho del legislador permiten estructurar por la vía jurisprudencial ese nuevo régimen de responsabilidad, advirtiendo previamente que las circunstancias debatidas en el caso concreto no tenían la potencialidad necesaria para crear jurisprudencia al respecto²⁷.

Después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la primera ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció al respecto fue en la sentencia de agosto 25 de 1998²⁸. En esa oportunidad, se trataba de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6 de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda imputada contra el conductor del vehículo debido a la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia, en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6 de 1972). Posteriormente acuden ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y demandan al Congreso de la República representado en el proceso por el Ministerio del Interior, bajo el entendimiento que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente, debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República²⁹.

²⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 1990, Expediente No 5396, consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.

²⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 25 de agosto de 1998 Exp. IJ-001, consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁹ ALONSO GARCÍA M Y LEIVA RAMÍREZ E. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. RDE [Internet]. 13dic.2012 [citado 7may2020]; (29):145-73. Available from: <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295> .

En la decisión de segunda instancia, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo introdujo algunas interesantes precisiones: en primer lugar, sostuvo que la responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño. Con esto se aparta del fundamento de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual si bien se había declarado la responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el *a quo* sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado-legislador solo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo; es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano. Afirmó el Consejo de Estado:

[...] Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que reverteran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

En este caso en concreto, concluyó que el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cuál un administrado en particular no tenía el deber de soportar:

[...] De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política³⁰.

Esta decisión tuvo numerosas aclaraciones de voto, la mayoría de las cuales, apuntaba en dos direcciones: por un lado, a precisar que el fundamento de la responsabilidad era la teoría del daño especial y, por otra parte, a demostrar que no se trataba de un caso de responsabilidad por el hecho de las leyes, debido a que la Ley 6 de 1972 no contravenía el ordenamiento constitucional.

Pocos días después se resolvió un caso muy similar, el cual tuvo origen también en la aplicación de la inmunidad diplomática consagrada por la Ley 6 de 1972. En esta ocasión, nuevamente, se declaró la obligación del Estado colombiano de reparar los daños ocasionados por un agente diplomático extranjero que gozaba de inmunidad. Sin embargo, de manera expresa, se afirmó que la responsabilidad no se derivaba de la ley en cuestión:

[...] desde el punto de vista de la aprobación de la convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la ley 6° de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los

³⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 25 de agosto de 1998 Exp. IJ-001, consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio”. El deber de reparar provenía entonces de la imposibilidad en que el conjunto de los poderes públicos el ejecutivo y el legislativo al celebrar el tratado y aprobarlo por medio de una ley y el judicial por la negativa de la Corte Suprema de Justicia de admitir la demanda— había colocado a la víctima de reclamar el daño sufrido a su autor material³¹.

Otro pronunciamiento del Consejo de Estado³² tuvo lugar bajo circunstancias fácticas más complejas. Se trataba de la demanda impetrada por el municipio de Prado contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se reclamaba las sumas dejadas de transferir a este municipio por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación durante el período 1994 - 1995. El origen de la demanda era la sentencia C-523 de 1995³³ por medio de la cual la Corte Constitucional había declarado inexecutable el numeral 2.7, del artículo 1, de la Ley 168 de 1994, disposición que incorporaba los recursos percibidos por el Estado, por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la Nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición en cuestión, dichos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación, rentas contractuales, y debían ser distribuidos a las entidades territoriales. Sin embargo, la Corte Constitucional no le dio de manera expresa efectos retroactivos a su decisión y, por lo tanto, durante el año 1994 las entidades territoriales no tuvieron derecho a participar en dichas rentas. Se trataba, en esta oportunidad, de pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, específicamente de si era posible que el juez de lo contencioso administrativo, por medio de la figura de la excepción de

³¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002, consejero ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

³² Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. 4458, consejero ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez

³³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 523 de 16 de noviembre de 1995, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

inconstitucionalidad, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexecuibilidad y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente, es decir, desde la fecha de su promulgación hasta el momento del pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Si bien la demanda planteaba un tema interesante, cual es si los daños anti-jurídicos producidos por una ley inconstitucional mientras estuvo en vigor, pueden ser reconocidos por otra jurisdicción en el caso de que la Corte Constitucional no le dé efectos retroactivos a su decisión; en esta oportunidad, el propio legislador había establecido que la sentencia de constitucionalidad tendría efectos solo hacia el futuro. El artículo 5 de la Ley 217 de 1995 establecía específicamente que la sentencia C-523 de 1995 solo tendría efectos a partir de la fecha de su notificación, y en un fallo posterior³⁴ el Juez Constitucional había encontrado ajustada a la Constitución esa delimitación legislativa de los efectos temporales de su decisión previa. Entonces, en este caso concreto, el Consejo de Estado rechazó las pretensiones de la demanda y sostuvo que en estos casos no procede la figura de la excepción de inconstitucionalidad, pues se presume que la sentencia tiene efectos *pro futuro*, en virtud de la regla –establecida por la propia Corte Constitucional– según la cual sus fallos tienen efectos *ex nunc*, a menos que ella misma decida otra cosa. Textualmente, el Consejo de Estado afirmó:

[...] La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-270 de ocho (8) de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas³⁵.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial tuvo un viro sustancial. Prueba de ello son los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado en una sentencia de abril de 2013. Aquí, el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adopta los parámetros conceptuales creados por el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, por el hecho del legislador, por normas declaradas inconstitucionales. Este título jurídico fue denominado como falla en el servicio legislativo y, según el Consejo de Estado, este se configura siempre que exista una declaratoria de inconstitucionalidad de cualquier ley, independientemente de los efectos que le conceda la Corte Constitucional, siempre y cuando se pruebe la existencia de un daño jurídico surgido por la norma jurídica declarada inexecutable. Así, el Consejo considera que nada obsta para que el ciudadano pueda solicitar la reparación del daño ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a título de reparación, pues la expedición de una norma que luego es declarada inexecutable, constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico, pues el legislador no cumplió debidamente sus funciones constitucionales ni las disposiciones normativas superiores de carácter sustancial y/o formal para la creación de la ley declarada inconstitucional.

Estos argumentos jurídicos se emplean en múltiples sentencias del año 2014, extendiendo sus efectos, a toda norma con fuerza material de ley, como son los decretos legislativos legislador los decretos producto de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República. Sin embargo, es la sentencia de marzo del año referenciado donde el Consejo de Estado agrega un argumento que consolida la competencia que este posee para declarar la responsabilidad del Estado por falla legislativa. Este fundamento consiste en que sí la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordena la reparación, esta no incursiona en la órbita de las competencias de la rama legislativa, toda vez que con ello no crea ni modifica una ley, sino que está corrigiendo una situación que, el administrado afectado, no estaba en la obligación jurídica de soportar³⁶.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. 4458, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Rad. 2500023-26-000-2001-

No obstante, esta postura resultó conflictiva, pues implicaba una intromisión en las competencias de dos autoridades: el Congreso de la República y la Corte Constitucional. Con relación al primero, la declaratoria de falla en el servicio legislativo implicaba desconocer la presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por este; y en lo que concierne a la segunda autoridad, la abrogación de funciones se encontraba en concederle efectos retroactivos a las decisiones del Tribunal Constitucional colombiano, a pesar de que esa competencia es exclusiva de ese órgano de administración de justicia.

La anterior incertidumbre fue resuelta con una sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el año 2018³⁷. En efecto, esa providencia judicial no solo unificó los diversos criterios que existían en las diferentes secciones del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que sentó un precedente que contribuiría a resolver el conflicto de competencias que se encontraba generando la postura de la falla del servicio legislativo. Sobre el particular, los planteamientos de armonización diseñados por este órgano de administración de justicia sobre el tema de la responsabilidad por el hecho del legislador se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. El mismo ordenamiento jurídico prevé que las normas declaradas inconstitucionales sean de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, este es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales. Así, la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior carece de fundamento cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexecutable hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo, consolida las

02690-01(27262). Consejera Ponente: Olga Valle de la Hoz. De la misma manera, véase Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de 28 de marzo dos mil catorce (2014). Rad. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Rad. 25000-23-26-000-2001-02665-01(28946). Consejera Ponente: Olga Valle de la Hoz.

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018, radicación: 25000232600020030020801, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia –y, por ende, su obligatoriedad– entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta.

2. Aunque es cierto que el ideal de todo sistema jurídico es que las normas inferiores sean conformes con las superiores, a falta de un control previo y obligatorio de constitucionalidad, es imposible garantizar que ese siempre sea el caso, menos aún si se tiene en cuenta que la determinación de la conformidad de una norma con otra es un ejercicio interpretativo en el que no es raro que se llegue a conclusiones disímiles. Es en esta perspectiva que debe entenderse la conclusión, según la cual una norma declarada contraria a la Constitución puede mantener sus efectos en el ordenamiento, pues ella se funda en la realidad de que, ante la imposibilidad de controlar *a priori* toda la producción normativa, el juicio de compatibilidad *a posteriori* debe compadecerse de los efectos causados por la norma, de modo que la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la norma lleva implícita una determinación sobre la constitucionalidad de sus efectos. De esta manera, el argumento en que se funda la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores pierde su contundencia pues, si el ordenamiento admite que normas declaradas inconstitucionales sean de obligatorio cumplimiento entre el momento de su expedición y aquel de la declaratoria de inexequibilidad, la conclusión, según la cual nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, no parece indiscutible, independientemente de que se considere que la declaratoria de inexequibilidad pone de manifiesto la existencia de una falla del servicio o no.

3. La tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior también señala que es posible distinguir la cuestión de la vigencia de una norma, de aquella de la responsabilidad patrimonial a que pueda dar lugar su aplicación. Según esta tesis, una declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia futuro o diferidos en el tiempo solo permitiría determinar si debe resurgir la vigencia de normas derogadas por el ordenamiento inexequible, y si deben protegerse o no situaciones jurídicas consolidadas,

pero no tendría incidencia alguna para efectos de determinar si los daños causados por la ley declarada inexecutable eran deberes que los particulares estaban en la obligación de soportar, esto es, si constituyen o no daños antijurídicos. No obstante, la Sala advierte que en la medida en que, como se explicó, la cuestión de la vigencia de una ley lleva implícita la de su obligatoriedad, no es coherente afirmar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la norma, a pesar de su inconstitucionalidad, mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexecutable, esto es, que durante ese período era obligatoria para los particulares y, al mismo tiempo, que por virtud de dicha inconstitucionalidad estos no tenían el deber de soportar las cargas por ella impuesta –regla diferente a la aplicada en los casos en los que se alega la existencia de un daño especial, pues en esos eventos no se discute ni la validez ni la obligatoriedad de la norma que se invoca como fuente del daño.

4. Las razones que llevaron a que nuestro ordenamiento jurídico haya establecido como regla el que las declaratorias de inconstitucionalidad tengan efectos hacia el futuro y solo excepcionalmente hacia el pasado, sugieren que la definición de la antijuridicidad de un daño causado por una ley declarada inexecutable sea ligada a los efectos fijados para dicha declaratoria y no a la constatación de su inconformidad con la Constitución. De esta manera, la fijación de los efectos hacia futuro, o diferidos, busca garantizar la seguridad jurídica; no hay razones para que la protección de este principio se circunscriba a la cuestión de la vigencia de la norma y deje de lado aquella relativa a las cargas por ella impuestas, es decir, si se acepta que la consideración del principio de seguridad jurídica solo tiene efectos para determinar si una norma está vigente o no, pero nada tiene que ver con el deber de los particulares de soportar las cargas impuestas, se vaciaría una parte esencial de su contenido.

5. El argumento de la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores consiste en que, el juicio de responsabilidad por los daños antijurídicos de una norma declarada inexecutable, no puede quedar atado a los efectos que la Corte Constitucional le haya dado a su fallo, por cuanto no es competencia de esta última determinar la antijuridicidad de la que habla el artículo 90 de la Constitución, para efectos de la reparación, resulta cuestionable, pues el análisis de la antijuridicidad de un daño supuestamente

causado por una norma declarada inexecutable, el juez de la responsabilidad del Estado no podría dejar de considerar la decisión proferida en el juicio de constitucionalidad de dicha norma, al margen de la posición que adopte en relación, con lo que en ese pronunciamiento sería determinante para establecer dicha antijuridicidad. En ese sentido, basta recordar que la tesis de la antijuridicidad como contrariedad con las normas superiores también ata el juicio de responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley declarada inconstitucional a la sentencia de inexecutable, al dar por sentado que esta última pondría en evidencia una falla del servicio legislativo que necesariamente causaría un daño antijurídico, razonamiento que sugiere que la declaratoria de inexecutable de una ley puede dar lugar a comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador de manera casi automática, en tanto no insiste en la necesidad de que se acredite cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad.

El tener en cuenta tanto la declaratoria de inexecutable como los efectos de esta a la hora de determinar la antijuridicidad de daños causados por normas declaradas inconstitucionales, el criterio de antijuridicidad que se funda en los efectos de la sentencia de inexecutable compatibiliza mejor las decisiones del juez de la responsabilidad con las de la autoridad judicial expresamente establecida para juzgar la constitucionalidad de la ley. De esta manera, se garantiza la unidad del ordenamiento y la seguridad jurídica, principios cuya importancia no pueden desconocerse.

Conclusiones

El dogma de la irresponsabilidad del legislador fue un dogma que existió hasta mediados del siglo xx. Sin embargo, los cambios institucionales que generó el abuso de creación de derecho, por parte del órgano legislativo, conllevó a que las autoridades judiciales emitieran decisiones enfocadas tanto a controlar la actividad legislativa como la obligación de reparar aquellos daños que la autoridad legislativa ocasionase a los ciudadanos al desconocer el principio de igualdad de las cargas públicas, o al desconocer las reglas de proceso legislativo que llevasen a una declaratoria de inconstitucionalidad. Este ejercicio jurisdiccional se ha denominado responsabilidad estatal por el hecho del legislador y, a finales del siglo xx, el juez

contencioso administrativo colombiano empezó a estudiarlo y aplicarlo en sus decisiones judiciales.

En este sentido, la responsabilidad del Estado que actualmente se acepta y por ende se encuentra consagrada a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, es el fruto de una evolución que ha superado numerosos obstáculos, entre ellos, el dogma de la soberanía y, a pesar de que esta idea ha sido abandonada, la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador deberá, para efectos de su cabal aceptación y aplicación, delimitar las características que debe reunir el daño, para que éste sea indemnizable.

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador o por la función legislativa es un título de imputación que surgió a mediados del siglo XX como una forma de aplicar principios democráticos que se veían afectados por normas jurídicas que generaban un desequilibrio en la implementación de las cargas públicas³⁸. Este primer presupuesto surgió en Francia y sirvió como referente para otros sistemas jurídicos que lo adecuaron como título de imputación objetivo. Inicialmente, España lo empleó a través del Tribunal Supremo como una forma de reparar la implementación de las exigencias establecidas por la Unión Europea para que esta Nación pudiera ser anexada a dicha comunidad internacional. No obstante, la evolución jurisprudencial llevó a que este órgano jurisdiccional abriese la posibilidad de responsabilizar al Estado por normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, o por normas jurídicas internas expedidas por el Parlamento español o cualquier parlamento autonómico siempre y cuando estas fuesen contrarias a las disposiciones de los órganos de la Unión Europea.

No obstante, la evolución en la implementación de este título de imputación conllevó, temporalmente, a una asunción de competencias que eran del órgano legislativo y de la Corte Constitucional, afectando el equilibrio de pesos y contrapesos, e ingresando en un modelo de supremacía constitucional por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, autoridad que ha sido influenciada por los ordenamientos franceses y españoles en la construcción de la ciencia jurídica colombiana.

³⁸ LEIVA RAMÍREZ, E. Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia. RDE [Internet]. 14dic.2015 [citado 7may2020];(35):41-3. Available from: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4335>

Por otra parte, si bien no corresponde a los Tribunales Constitucionales la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del legislador, excepcionalmente esto sería jurídicamente viable mediante la modulación de los efectos temporales de sus decisiones³⁹. Lo anterior, no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, sino que, excepcionalmente, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus consecuencias el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución⁴⁰.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar que la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se configura cuando es consecuencia de una competencia atribuida al órgano que representa a la Rama Legislativa del Poder Público (Congreso de la República, Parlamento, Asamblea Nacional, etc.) pues generalmente este organismo representativo no solo emite las leyes, sino que tiene otras atribuciones que pueden llegar a ocasionar daños antijurídicos (Leiva 2010, 235)⁴¹.

³⁹ El caso más conocido es el problema jurídico estudiado en la sentencia C-149 de 1993. En el año de 1992, el Congreso expidió una ley por medio de la cual se creaban unos Bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna en los cuales debían invertir forzosamente las personas naturales y jurídicas cuyo patrimonio superara cierta cuantía. A juicio de la Corte Constitucional tales bonos realmente eran un impuesto el cual además se había establecido violando el principio de irretroactividad tributaria., en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

⁴⁰ LEIVA RAMÍREZ, E, JIMÉNEZ W, y MENESES QUINTANA O. Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo. RDE [Internet]. 22nov.2018 [citado 7may2020];(42):149-80. Available from: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5667>

⁴¹ En caso de “delegación” de las funciones por parte del legislativo a otra autoridad pública, responde el primero pues en este caso no se aplican los supuestos de la figura jurídica de la delegación, ya que la competencia que este delega ha sido encomendada por el Constituyente primario. Por ello, los daños que se causen con dicho revestimiento son imputables al Legislativo. Además, el órgano legislador tiene el control sobre la actividad legislativa delegada, y por esa posición, este sería responsable de los daños antijurídicos que se causen con dicha función, sea él o no quien cree la norma jurídica. La única excepción es

La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador se configura cuando, con una actuación u omisión del órgano legislativo, se crea un daño antijurídico al administrado, es decir, se le imponga un deber jurídico que el afectado no está en el deber jurídico de soportar. Lo anterior, permite afirmar que el daño antijurídico nacido de las actuaciones u omisiones del legislador es independiente de la constitucionalidad o no de la norma jurídica o la omisión de una función atribuida por la Constitución o autoridad con competencia para hacerlo (por ejemplo, una orden o exhorto de la Corte Constitucional). En todo caso, para que se dé el título de imputación en referencia, se requiere que dicho daño sea antijurídico.

En los casos donde se hable de norma inconstitucional, para que proceda la condena al Estado por el hecho del legislador, se requiere que dicha norma sea declarada inexecutable por el Tribunal Constitucional competente, salvo que el juez Contencioso Administrativo aplique la excepción de inconstitucionalidad y ello le permita imputar dicho daño antijurídico al Estado por el hecho del legislador.

En relación con los actos legislativos reformativos de la Constitución y en los cuales el Congreso actúe con función constituyente, este deberá responder si con dicha actuación vulnera derechos que generen daños antijurídicos. En este caso, si la reforma constitucional no establece una indemnización, los asociados afectados podrán recurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo estudio por parte del Tribunal Constitucional que establezca que dicha reforma es contraria al espíritu primigenio de la Constitución.

Existe la posibilidad jurídica de que el Estado pueda incoar la acción de repetición en contra de los integrantes del Congreso de la República que se encontraban en ejercicio al momento de crearse la norma jurídica (constitucional o no) pues el artículo 90 de la Constitución solo exige la demostración del dolo o culpa grave del servidor público al momento de crearse el daño antijurídico. Este elemento subjetivo podría estar incluido tanto en las sentencias de inexecutable de la Corte Constitucional como en las sentencias de responsabilidad estatal del Consejo de Estado. Inclusive, el

cuando se hacen uso de medidas de excepción como las consagradas para el Presidente de la República en los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política (estados de excepción).

Tribunal Constitucional colombiano ha expresado en sendas providencias judiciales la existencia de *crasos errores legislativos* que demuestran un claro desconocimiento del debido proceso legislativo. En estos casos, la demostración de la acción, omisión o extralimitación de los integrantes del órgano legislativo con función para participar en la creación de disposiciones normativas no sería compleja. Por ende, la viabilidad de la acción de repetición contra los servidores públicos con función para participar en el proceso legislativo solo requiere el pago del daño antijurídico por parte de la nación a las víctimas, y la demostración del dolo o culpa grave por parte del servidor público con funciones legislativas.

En concordancia con lo anterior, las normas de procedimiento y las reglas jurisprudenciales se vuelven un elemento determinante, no solo para imputar daños antijurídicos al Estado por el hecho del legislador por normas inconstitucionales, sino para la viabilidad de la acción de repetición. En efecto, las reglas jurisprudenciales creadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado son fuente obligatoria –no auxiliar– al momento de crear una disposición normativa con fuerza material de ley. Por ende, su desconocimiento vulnera el principio de legalidad de la función pública en los términos consagrados en el artículo 122 de la Constitución, y múltiples providencias judiciales de la Corte Constitucional que consagran la obligatoriedad del precedente judicial elaborado por esta Corporación y por el Consejo de Estado (Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011). Esta obligatoriedad es para todas las autoridades incluyendo al Congreso de la República y sus miembros.

Bibliografía

- AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles. “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 62, mayo-agosto 2001.
- ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado - Legislador*, Marcial Pons, Madrid. 1999.
- ALONSO, M. y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 77-106, nov.

2011. ISSN 2145-4531. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761> . Fecha de acceso: 07 mayo 2020
- ALONSO GARCÍA, M y LEIVA RAMÍREZ, E. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. RDE [Internet]. 13dic.2012 [citado 7may2020]; (29):145-73. Available from: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295>
- _____, “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2009.
- _____, “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, 12.
- BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del Legislador*; LEGIS – Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2007.
- BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 2ª Edición, LEYER, Bogotá DC, 2003.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con Fundamento en la Declaración de Inconstitucionalidad de una Ley”, en *Ius et Praxis*, Vol. 10. No. 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca-Chile, 2004.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 1990, Expediente No 5396, consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 25 de agosto de 1998 Exp. IJ-001, consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002, consejero ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. 4458, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de quince (15) de mayo de 2003, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez, Rad. 76001-23-31-000-2002-1912-01(23245).

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Rad. 44001-23-31-000-2002-00457-01(28221). Consejera Ponente: Olga Valle de la Hoz.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Rad. 2500023-26-000-2001-02690-01(27262). Consejera Ponente: Olga Valle de la Hoz.
- Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de 28 de marzo dos mil catorce (2014). Rad. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28.741). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, subsección C. Sentencia de nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Rad. 25000-23-26-000-2001-02665-01(28946). Consejera Ponente: Olga Valle de la Hoz.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018, Rad. 25000232600020030020801, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 22 de abril de 1993. magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 523 de 16 de noviembre de 1995, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-270 de ocho (8) de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de primero (1) de febrero de 2006, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*, Editorial Arazandí, Thomson-Civitas. Madrid. 2005.
- LEIVA RAMÍREZ, Eric. *La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador – Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ibáñez Editores, Bogotá D.C., 2010.
- LEIVA RAMÍREZ, E. *Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia*. RDE [Internet].

- 14dic.2015 [citado 7may2020];(35):41-3. Available from: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4335>
- LEIVA RAMÍREZ E, JIMÉNEZ W, y MENESES QUINTANA O. *Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo*. RDE [Internet]. 22nov.2018 [citado 7may2020];(42):149-80. Available from: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5667>
- PLAZA MARTÍN, Carmen. “Member States Liability for Legislative Injustice”, *Review of European Administrative Law*, 2010, 2.
- RUIZ ORJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista Civilizar No. 9, Centro de Investigaciones Académicas Universidad Sergio Arboleda, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*, en *Revista de Administración Pública*, No. 68. 1972.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídica, Tomo IV, 2ª edición, Santiago de Chile, 1997.
- TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2007.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Bayerische HNL*, Sentencia de 25 de mayo de 1978.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *The Queen versus Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*, Sentencia del 19 de junio de 1990.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros* contra la República de Italia, Sentencia del 19 de noviembre de 1991.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto (C-118/08) *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.*, Sentencia de 26 de enero de 2010.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo. *Derecho Administrativo*, 2ª Edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1948.

LAS SENTENCIAS LEYES

Carlos Fradique Méndez*
Académico de número

“El derecho más que en el texto frío de los códigos y las leyes, debe estar en la mente y en el corazón de los humanos para que obremos bien y logremos el ideal de vivir en equidad y en justicia”.

Carlos Fradique-Méndez Sr.

Resumen: En un país laico, pero creyente, el tema del aborto patrocinado por minorías genera debates que perturban una interlocución imparcial. La H. Corte Constitucional adicionó un tercer inciso al art. 122 del Código Penal y decidió que el aborto no es delito en tres casos. Inconformes con esta decisión, grupos fundamentalistas pidieron que la Corte declarara que el aborto es delito en todos los casos. La Corte debía negar esta pretensión como en efecto sucedió. El magistrado Alberto Rojas, presidente de la Corte Constitucional, fue entrevistado días después de la sentencia y en una de sus respuestas afirmó categóricamente que la Corte no legislaba. La respuesta del H. magistrado Rojas es debatible y en este documento intento demostrar que la Corte Constitucional, efectivamente, legisla y que sus decisiones son obligatorias e irrevocables. Creo que esta tesis puede ser

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá. Fue profesor de Derecho Romano y Derecho de Familia. Litigante en Derecho Civil, Familia e Infancia y Adolescencia. Autor de libros sobre la materia. Autor y promotor del Diplomado en Educación para la vida en familia. Ver la página www.vidaenfamilia.com.co
En la red hay abundante información sobre Carlos Fradique-Méndez pero es importante distinguir entre Carlos Fradique-Méndez Sr y Carlos Fradique-Méndez Jr.

innovadora, aun cuando no totalmente original, y que puede servir para enriquecer el cuerpo de conocimiento jurídico colectivo en Colombia y en países con sistemas de derecho semejantes.

Palabras clave: Separación de ramas del Poder Público, jurisprudencia, omisión legislativa, inmunidad de las sentencias leyes, sentencias leyes y Corte supraconstitucional.

LEGISLATIVE RULINGS

Abstract: In a secular country, that is equally religious, the legalization of abortion sponsored by certain minorities generates controversies that conflict with unbiased debate. The Supreme Constitutional Court added a third paragraph to Article 122 of the Criminal Code and ruled that abortion is not a crime in three events. Fundamentalist groups requested a revision to the Supreme Constitutional Court, to declare the illegality of abortion in all events. The Court proceeded to deny the request, as it should have. Justice Alberto Rojas, President of the Supreme Constitutional Court, stated that the Court does not legislate, in an interview that took place shortly thereafter. Justice Rojas response is debatable and this paper seeks to demonstrate the Court does indeed legislate, and its rulings are mandatory and irrevocable. We believe this thesis might be groundbreaking, although not thoroughly original, and might contribute to the collective body of legal knowledge in Colombia and other countries with similar law systems.

Key words: Separation of powers; rulings; jurisprudence; legislative omission; immunity of legislative rulings; supra-constitutional courts; Spokesperson for the Constitution.

Normas Marco Constitucionales relevantes

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

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

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Justificación

En Twitter de la H. Corte Constitucional encontré la historia de la demanda que la abogada Natalia Bernal presentó demanda contra el art. 122 del Código penal, delito de aborto.

Con fundamento en lo expresado de la demanda consideré, y así lo dije en memorial que envié a la H. Corte, que en la sentencia de fondo se debía declarar que hay cosa juzgada respecto de los dos primeros párrafos del artículo 122, y que el texto adicional como párrafo tercero, el cual está en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia C 355 de 2006, no es objeto de control constitucional.

Dije que *la norma que se ha debido demandar* es la siguiente:

“ART. 122.- Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.”

Y dije que el último párrafo corresponde al numeral tercero de la parte resolutive de la Sentencia Ley o Sentencia con fuerza de Ley C- 355 de 2006.

Justificar la denominación Sentencia Ley o Sentencia con fuerza de Ley, que la H. Corte Constitucional no puede legislar a discreción, que la jurisprudencia unificada e irretroactiva es garantía de seguridad jurídica y que hay diferentes clases o categorías de jurisprudencias, es lo que pretendo demostrar en los siguientes párrafos.

Separación de las ramas del Poder Público

Del art. 113 de la Constitución, resalto la frase *tienen funciones separadas* y agrego que es importante destacar que deben colaborar armónicamente para la realización de los fines del Estado, entre otros los señalados en el art. 2 de la Carta.

La separación de las ramas del Poder Público implica que haya pesos y contrapesos y el ideal es que no haya lo que se conoce como *choque de trenes*. Las ramas del Poder Público deberían actuar como un equipo. Cada jugador tiene sus propias responsabilidades, pero la misión del equipo es lograr los mejores resultados posibles.

En términos sencillos, el Congreso hace las leyes, el presidente las hace cumplir y los jueces sancionan a quienes violan las leyes. En la práctica el tema no es así de sencillo porque las ramas del Poder Público y los órganos de control tienen muchas variables que operan desde la vereda, el corregimiento, el municipio, el departamento, la Nación y la infinidad de organismos que sirven para cumplir con la función pública como Superintendencias, Notarías, etc... etc.

Y quedan cabos sueltos para la presentación de toda clase de teorías sobre las funciones administrativas, legislativas como se lee en algunos textos escolares de cívica o ciencias sociales, sobre las asambleas, concejos municipales, ediles, alcaldes zonales y la abundante burocracia que fue necesario implementar con la Constitución de 1991. Y no son claras las funciones judiciales que se arrogan el Consejo de la Judicatura –Sala Disciplinaria– y el Tribunal electoral y tampoco son claras las funciones judiciales de autoridades de policía como las inspecciones de policía y tránsito y las comisarías de familia.

Las funciones de las ramas del Poder Público se entrelazan

En la Universidad Libre, cuna del pensamiento liberal, en mis estudios de pregrado aprendí de mis profesores Esteban Bendeck Olivella, Gregorio Becerra y Gerardo Molina, que las ramas de Poder Público tienen funciones ejecutivas, legislativas y judiciales en cabeza de cada una de ellas. No existe la depuración plena.

En este sentido recordaban que el señor presidente de la República, es jefe del ejecutivo, pero legisla con decretos leyes o decretos con fuerza de ley cuando ejerce facultades extraordinarias, legislaba antes de 1991 cuando se decretaba el estado de sitio. Y una prueba de que el señor presidente legisla es la cantidad de decretos leyes, legislativos o decretos con fuerza de ley dictados en los meses de marzo y abril de 2020, al decretar la emergencia

económica conforme al art. 215 de la Constitución. El Congreso es el jefe legislativo, pero es juez cuando juzgaba a los funcionarios con fuero como en el recordado caso del presidente Gustavo Rojas Pinilla, o en casos a los que remiten los art. 116, 174 y 178 de la Constitución y la Corte Suprema era juez de cierre pero que legislaba cuando declaraba inexecutable una ley y de contera la derogaba. De igual manera el H. Consejo de Estado ejercía funciones legislativas cuando declaraba ilegal un decreto y de contera lo derogaba. Cumplían una función *legislativa negativa* como jefes del control legal y constitucional. Y a todo lo anterior se debe agregar que las ramas del Poder Público tienen funciones administrativas cuando ejercen la facultad de nombrar empleados, de contratar y de disciplinar en los casos que les señala la ley.

Lo que debo destacar de las anteriores enseñanzas es que todas estas funciones se cumplían con arreglo a la ley. Hoy la Corte Constitucional se ha declarado Corte de Cortes y legisla a discreción.

Anotaciones sobre los conceptos de jurisprudencia

En mi libro *Adagios y Términos Jurídicos Latinos*, página 17 y siguientes publiqué un artículo que llamo *Irretroactividad y Unidad¹ de la Jurisprudencia*. Recomiendo su lectura.

En la publicación *Adagios y Términos Jurídicos Latinos*, de 1998, transcribí lo siguiente:

Según el gran jurisconsulto Ulpiano “Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.” “La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo e injusto”.

En esa publicación hago la siguiente afirmación:

“La jurisprudencia es reconocida como el procedimiento por excelencia para integrar el derecho y para alcanzar su máxima inteligencia. Explicada una norma por la jurisprudencia, juntas, norma y jurisprudencia, integran

¹ Imaginemos cómo sería el resultado del tiempo empleado por los corredores en una competencia contrarreloj si los cronómetros de los jueces no estuvieran idénticamente cronometrados. Sería fatal.

la ley preexistente a los actos que se realicen mientras no se cambie el sentido de su aplicación. Si este cambia, es de natural entendimiento que solo podrá aplicarse a los actos que se perfeccionen en el futuro, salvo que se beneficie a la persona juzgada, pues de aplicarlo a los del pasado se estaría juzgando, en estricto sentido, con leyes no existentes al momento de su celebración.”

Por lo anterior la jurisprudencia debe ser irretroactiva, salvo que sea favorable a la persona que se juzga. Pero las Cortes en algunos casos crean jurisprudencia cambiando el sentido de las normas preexistentes.

Múltiples opiniones sobre lo que es jurisprudencia

Los doctrinantes, profesores, entendidos en textos jurídicos, no me refiero ni a la ciencia ni al arte del derecho, y de manera muy especial los magistrados de las Altas Cortes, se arrogan el derecho a dar conceptos y definiciones sobre temas que, por el curso de los años, cerca de dos mil años, ya se han decantado y deberían ser como ellos mismos lo dicen, conceptos pacíficos, aceptados como ciertos por la comunidad jurídica.

Conceptos de la Corte Constitucional sobre lo que es jurisprudencia

En Sentencia T 566 de 1998², la Corte reitera el precedente de las sentencias y va más allá, pues se pronuncia de forma aún más directa sobre el valor del precedente judicial en materia de tutelas dándole la connotación propia del *case law*, no solo por referirse explícitamente a la importancia de la identidad de los hechos sino por mencionar el valor de la jurisprudencia respecto de la administración así:

Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su

² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia.

El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez –y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación–, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez.

Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.

De lo transcrito se puede concluir que la jurisprudencia tiene fuerza de ley, para el caso citado, leyes precarias, porque el juez se puede apartar de su contenido, si expone razones fundadas para hacerlo.

En Sentencia C-621/15 la Corte dispone lo siguiente:

Precedente Judicial Obligatorio-Fundamentos

Respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-539 de 2011 reitera que esta se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*³, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del *caso concreto*, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.

³ Fundamentos no determinantes de la decisión, fundamentos determinantes de la decisión y decisión. Los dos últimos son obligatorios, según orden de la Corte.

Conforme a esta sentencia y otras muchas que hacen la misma advertencia, se podría colegir que la Corte Constitucional legisla porque su jurisprudencia es fuente de derecho, y establece interpretaciones vinculantes, y por lo tanto tienen fuerza de ley, que los jueces no la pueden ignorar así tengan razones incontrovertibles para separarse de ella. No pueden invocar la excepción de inconstitucionalidad porque así lo ordena el art. 243 de la Constitución.

Clases de jurisprudencia o categorías de jurisprudencia

Los doctrinantes se refieren a la jurisprudencia como si fuera solo de una categoría. Todos los funcionarios que, con argumentos nuevos, interpretan una norma, crean jurisprudencia; pero no todas las jurisprudencias tienen la misma fuerza legal.

Me atrevo a proponer las siguientes categorías teniendo en cuenta su fuerza legal, su obligatoriedad:

- 1) La jurisprudencia de los funcionarios base, como juez municipal, del circuito o tribunal, que no tienen fuerza de ley. Queda como doctrina. Como guía pedagógica para aplicar la ley.
- 2) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si es reiterada 3 veces, se entiende como doctrina probable y es obligatoria con precariedad porque los jueces pueden separarse de ella si invocan fundamentos plausibles, de tal manera que desvirtúen la validez de la doctrina⁴.
- 3) La jurisprudencia del Consejo de Estado en las sentencias de unificación, es obligatoria para las autoridades administrativas sin que se puedan apartar de ella y obligatoria para los jueces administrativos quienes se pueden apartar si invocan fundamentos plausibles, de tal manera que desvirtúen la validez de la doctrina⁵.
- 4) La jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, sala disciplinaria, con las mismas salvedades ya citadas.

⁴ Ver Sentencia C-836/0. Corte Constitucional.

⁵ Ver Sentencia C-816/11 y Sentencia SU 611/17, Corte Constitucional.

- 5) Las jurisprudencias de la Corte Constitucional que pueden ser de i) simple valor pedagógico, que permiten entender el verdadero alcance de una norma jurídica, ii) valor como precedente o razón para decidir qué es obligatorio para todos los funcionarios incluidas las demás Cortes, y iii) las tomadas en las decisiones o partes resolutivas con carácter de órdenes, mandatos, que son verdaderas leyes, como lo demuestro en este documento.

Caminos para torcer el cuello a la jurisprudencia

En casi todas las sentencias de funcionarios encontramos citas parciales de jurisprudencia de la Corte Constitucional, a veces que nada tienen que ver con el caso que se juzga, y de otras Cortes y hasta de Cortes extranjeras y de opiniones o doctrina de profesores reconocidos como autoridad académica y estas son, en su mayoría, las verdaderas fuentes formales de derecho para tomar la decisión final; pero al mismo tiempo se observa que, invocando la autonomía judicial, se aprecian las pruebas erróneamente o de manera caprichosa, a veces manipulada para llegar a la conclusión de que el caso que se juzga se puede acomodar al texto legal o a la jurisprudencia, aun la obligatoria de la Corte Constitucional, de tal manera que la sentencia sea todo lo contrario de la que se espera conforme a derecho. Adelante expondré un caso real.

Una simbiosis en el mundo jurídico

No creo que se haya superado la discusión sobre si la jurisprudencia es fuente o no de derecho. Por la evidencia de la existencia de las leyes sentencias, llegó la hora de superarla y aceptar que la jurisprudencia, bajo ciertas condiciones, es fuente de derecho, es verdadera ley. De esta manera podemos entender la denominación sentencias leyes o sentencias con fuerza de ley.

Recordemos que los doctrinantes afirman que Derecho Positivo es la suma de las normas jurídicas de un país, de una Nación, de un Estado. Esas normas abstractas, en esencia frías por no estar ligadas directamente a una conducta del ser humano, cuando se aplican a un caso concreto, el juzga-

dor debe analizarlas, vivificarlas para lograr el ideal de la justicia y si esa vivificación es reiterada, se hace obligatoria, norma y vivificación forman un solo cuerpo, una sola entidad jurídica. Y esa vivificación es lo que se conoce con el nombre de jurisprudencia, el derecho, el IURIS, que se expresaba por boca de los iurisprudentes, o prudentes, quienes conocían con sabiduría la ciencia del Derecho y por esta razón eran consultados por *Los Pretores*, los actores, las cabezas de la administración de justicia en Roma, fuente indiscutible de nuestro sistema jurídico.

Bien podemos decir que la norma es como el cuerpo del derecho y la jurisprudencia es como el alma del derecho, dos reglas, pautas, leyes de distinto origen para al final fundidas, en simbiosis, dar vida a una norma integrada de derecho.

En la vida jurídica es casi imposible encontrar una norma, salvo muy novedosa y recién expedida, que no tenga un referente jurisprudencial que no sea traído a la memoria cuando el juzgador va a decidir un caso en concreto.

Una fobia que hace daño a la administración de justicia

He leído, hemos leído, infinidad de sentencias de las diferentes instancias judiciales y en todas hay citas de jurisprudencia y de doctrina. En algunas, solo citas de doctrina de profesores a quienes se les da autoridad académica como a Papiniano en la nunca olvidada y bien fundada ley de citas o de citaciones. En esas sentencias no se cita la ley porque hay una especie de *legisfobia*, creada por quienes se creen sabios jurídicos y afirman que las leyes no dicen lo que en su texto dicen y por lo tanto hay que interpretarlas con la consecuencia desagraciada de que el intérprete le hace decir lo que la ley no dice.

Olvidan que el Art. 27 del Código Civil, aplicable a todas las disciplinas jurídicas, dice que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.” Y por esa asunción de poderes superiores para interpretar la ley hemos llegado a una grave inseguridad jurídica a la que me referí en mi libro *Antología de la Poesía Jurídica* en el que pueden leer el poema *La grandiosa y poderosa señora jurisprudencia*.

Solo dos versos para dar fe a lo dicho sobre la inseguridad jurídica:

“Y Dios le explicó al oído: / Moisés tenga prudencia
Y esperemos el sentido/ de quienes tienen la ciencia
Y pueden cambiar el texto/ al crear jurisprudencia
Fundada en cualquier pretexto/ o en una estéril falencia”.

Artículo 230 y jurisprudencia

El artículo 230 de la Constitución reza: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”*

Rescato lo siguiente: Los jueces están sometidos al imperio de la ley, no es la ley la que está sometida al imperio del capricho o de la ideología del juez. Sin embargo, en muchas oportunidades los jueces le tuercen el cuello a las leyes para hacerles decir lo que las leyes no dicen o para agregarles textos que las leyes no tienen.

Conforme a este texto, si se entiende de manera exegética, la jurisprudencia es solo *un auxiliar* para que el juez aplique en equidad y en justicia las leyes.

Recordemos que a las altas Cortes corresponde orientar la aplicación de las leyes de tal manera que las decisiones de los jueces sean equitativas para lograr el ideal de la justicia. Las leyes son, conforme al art. 4 del Código Civil, “una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar”.

Está entendido que las leyes son generales y que no pueden tener nombre propio, pero sabemos que el Congreso ha violado este precepto. A veces legisla en beneficio de los propios congresistas como cuando se reconocen privilegios para los congresistas de la próxima legislatura en la que los legisladores tienen, directa o indirectamente, asegurado un escaño. Los beneficios económicos en ingresos y pensiones son un ejemplo. Los arts. 187 y 280 de la Constitución son prueba manifiesta de legislación para beneficio propio. Muchos de los Constituyentes, sus esposos, esposas, hijos

e hijas y parientes han disfrutado, desde 1994, los beneficios económicos consagrados en la Constitución y en las leyes.

Las leyes, por ser generales, abstractas, deben aplicarse a casos concretos y es necesario estudiar las circunstancias de cada situación en particular y las consideraciones que permiten la aplicación justa de la ley y es lo que conoce en términos muy amplios con el nombre de jurisprudencia.

Para un mejor entendimiento, me permito sugerir que las consideraciones que hacen los jueces para que se aplique la ley lo más ajustado de la equidad y a la justicia, deben ser verdaderas clases de derecho, textos de pedagogía jurídica; y deben ser claras, precisas, conformes a la ley cuya aplicación se explica y a los hechos que se juzgan y las circunstancias de lugar, tiempo, modo y demás que precisen lo que debe ser el sentido de la decisión que tome el juez.

Estas clases de derecho, esta pedagogía, clases maestras por su prudencia y su sabiduría, es lo que en últimas se debe llamar *iuris prudencia* o lo que es lo mismo, en sentido amplio, lo que el juez enseña para que se decidan los casos puestos a su juicio.

Las leyes por ser generales, solo en casos absolutamente necesarios pueden tratar casos particulares. Y en todo caso, cuando trata casos particulares lo debe hacer para todas las personas que puedan estar o llegar a estar en las condiciones y circunstancias que la ley señale.

Y por supuesto que por esa generalidad quedan muchos campos sin delimitar, y en especial por imposibilidad fáctica hechos nuevos, que es lo que los doctrinantes llaman lagunas y deben llenarse obligatoriamente por los jueces, y la herramienta es la jurisprudencia.

Veamos un ejemplo: el artículo 154 del código civil señala las causales de divorcio y dice, son causales de divorcio: 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

La ley no puede hacer una lista detallada de los ultrajes, del trato cruel y de los maltratamientos de obra. El juez debe calificar en cada caso en particular si una conducta es ultraje o trato cruel o maltrato.

En cumplimiento de este deber los jueces y la Corte han enseñado que los actos de bloqueo económico, la exigencia de condiciones indignas para

aportar el apoyo en dinero al hogar, acciones de uno de los integrantes de la pareja es una forma de violencia económica. Es un ejemplo claro de jurisprudencia pedagógica, pero sin que conste en sentencia con fuerza de ley, o mejor en ley aparte, en ley o artículo de ley independiente.

¿La Corte Constitucional *legisla*?

En entrevista a El Nuevo Siglo (ENS) el 1 de marzo de 2020 el señor presidente de la H. Corte Constitucional, magistrado Alberto Rojas hizo las siguientes declaraciones:

ENS, El nuevo Siglo. ARR, Alberto Rojas Ríos.

ENS: *Una de las mayores críticas a la Corte es que sigue legislando con temas de exclusiva competencia del Congreso. ¿Qué responde?*

ARR: La Corte no legisla. En realidad, protege los derechos fundamentales y garantiza la supremacía constitucional ante una acción u omisión de las autoridades públicas.

En un Estado Social de Derecho no puede existir un espacio vedado al control. En ese contexto, la Corte asume una función de garante y protector de los derechos. Esto puede generar ciertas preocupaciones, pero quiero que la ciudadanía sepa quiénes son legisladores y quiénes ejercen el Gobierno. La Corte no tiene ningún propósito de legislar, ese es un espacio que corresponde constitucionalmente al Congreso de la República. Como advertí, el tema problemático es con la vulneración de los derechos fundamentales. Quiero dar un ejemplo. El caso se dio con el matrimonio homoafectivo o de parejas del mismo sexo. En su momento la Corte, resolviendo casos puntuales, decidió que el Congreso de la República tuviera un tiempo para que regulara dicha unión. Si el Congreso no regulaba la materia al terminar ese plazo, “la Corte tenía el imperativo constitucional de remediar dicha discriminación reconociendo el matrimonio homoafectivo”.

El H. magistrado Alberto Rojas, seguramente hizo referencia a las sentencias C 577 sw 2011 y SU 214 de 2016 por medio de las cuales la Corte legisló para autorizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sin hacer una sola referencia a los antecedentes del art. 42 de la Constitución y que constan En *Las Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente* en las que se da cuenta de las formas de constituir familia.

El art. 42 de la Constitución, en su redacción original, correctamente leído, tiene la siguiente lectura:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer **matrimonio o por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla**. Este es un tema para otro ensayo.

De lo dicho, y creo no equivocarme, por el H. magistrado Alberto Rojas, y luego de leer las dos sentencias citadas, se llega a la conclusión inequívoca de que la Corte legisla. Pero el magistrado Rojas y casi todos los demás se niegan a reconocer que la Corte legisla. Es conveniente para tener confianza en la administración de justicia que se reconozca esa facultad arrogada y que expliquen con claridad por qué razones se ha tenido que recurrir a la opción de legislar.

Legislación sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo

Varios ciudadanos, sin que yo tenga pruebas directas, pero con indicios bien fundados, de corazón emisarios del colectivo LGTBI y en su nombre, demandaron el concepto de que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer como lo establece la Constitución el art. 42. Este concepto lo repiten varias leyes y por ser transcripción de la Constitución, no puede ser objeto de control constitucional.

La demanda terminó con Sentencia C-577/11, en la que se declararon constitucionales las normas demandadas pero la Corte asumió de oficio la función de legislar y decidió:

Cuarto. Exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

Quinto. Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Los voceros de la comunidad LGTBI, promovieron la petición de celebrar matrimonio civil y algunas peticiones fueron aceptadas, otras rechazadas y las aceptadas ante jueces civiles para celebrar matrimonio que han denominado de manera impropia igualitario, el llevar el acta para sentar el registro civil fueron rechazadas por varios notarios.

Una advertencia perentoria de la Corte Constitucional al Congreso

Cuando la Corte dijo: **Quinto.** Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual, es tanto como haberle dicho: legisle Ud. porque si el 20 de junio de 2013, Ud. no ha legislado, legislo yo. Y así lo hizo.

El colectivo LGTBI puso una prueba de fuego a la Corte Constitucional

Varias parejas del mismo sexo lograron que algunos jueces aceptaran presenciar la celebración de su matrimonio, que otros la negaran y que varios notarios se negaran a inscribir el acta de matrimonio en el Registro Civil correspondiente.

Ante esta situación recurrieron a tutelas con la casi seguridad de que serían seleccionadas por la Corte Constitucional para su revisión, como en efecto sucedió y al final la Corte dictó la sentencia SU 214 -16, con 3 salvamentos de voto y 6 aclaraciones de voto, en la que decidió lo siguiente:

...

Octavo. Extender, con efectos *inter pares*, la presente sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Regis-

traduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.

Noveno. Declarar que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

Décimo. Declarar que los Jueces de la República, que hasta la fecha de esta providencia han celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Con esta sentencia de tutela con efectos *erga omnes* modificó el art. 42 de la Constitución y el art. 113 del C.C. declarado constitucional.

La sentencia de tutela SU 214 -16 merece un estudio aparte porque, además de legislar sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, declaró que los efectos son *inter pares*, es decir, para todos los homosexuales, lo que hace que los efectos en verdad sean *erga omnes*, los que son ajenos a las sentencias de tutela.

Son 311 paginas tamaño oficio a un espacio y se puede considerar como una tesis de grado doctoral o una exposición de motivos para una reforma constitucional.

La Corte por medio de esta sentencia legisló en el sentido de modificar el art. 113 del Código Civil de tal manera que ahora se debe leer en el siguiente sentido: **El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer o dos personas del mismo sexo se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.**

He indagado hasta la saciedad y no he podido encontrar respuesta a cómo dos personas del mismo sexo, pueden procrear.

Para el caso bien se puede aplicar la sentencia popular que enseña que el mono, aunque se vista de seda, mono se queda.

No puedo dejar de expresar que la vida afectiva entre parejas del mismo sexo es un hecho innegable en la historia de la humanidad y que tienen

derecho a una protección legal, pero conforme a su condición y sin afectar su dignidad. Lo más cercano a la protección jurídica puede ser que firmen un pacto de convivencia y regulen sus obligaciones, sin que haya lugar a tener hijos comunes y por supuesto a la adopción.

Para el pacto de convivencia, cito a **Jean-Claude Ginisty, notario de París quien en su página** <http://www.elnotario.es/tribunales/2713-el-pacto-civil-de-solidaridad-o-el-concubinato-organizado-0-641191446819521>, enseña: “Una ley de 15 de noviembre de 1999 introducía en el Código Civil francés un nuevo Título denominado: ‘Del Pacto Civil de Solidaridad y del concubinato’; este nuevo título –el Título XII– se situó en el Libro Primero del Código titulado ‘De las personas’. El Pacto Civil de Solidaridad se define ahí como ‘un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de sexo distinto o del mismo sexo, para organizar su vida en común’ (artículo 515-1 del Código Civil francés)”.

En Colombia podría ser *Pacto de Convivencia* porque la expresión concubinato está en desuso por aparecer inculta en el lenguaje que se refiere al respeto a las personas.

Pero no creo que pueda darse una reforma constitucional para dejar expresamente consagrada esta condición de vida en pareja.

Legislación sobre el aborto

Ciudadanos claramente voceros de los grupos internacionales pro aborto demandaron que se declarara inexecutable el art. 122 del Código penal que sanciona el delito de aborto. La demanda terminó con la sentencia C 355 de 2006 por medio de la cual se declaró executable la norma, pero con efectos modulados.

En lo pertinente dijo:

“**Tercero.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por

un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”.

Como lo dije anteriormente, por virtud de la sentencia C 355 de 2006, la nueva redacción del art. 122 del Código penal es la siguiente:

“ART. 122.- Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”.

Y dije que el último párrafo corresponde al numeral tercero de la parte resolutive de la Sentencia Ley o Sentencia con fuerza de Ley C- 355 de 2006.

Sobre esta afirmación no puede haber la menor duda. Este párrafo es ley y hace parte del art. 122 citado. Si un juez penal llegare a ignorar esta ley y condenara a una mujer por el delito de aborto en una de las tres causales, que al desglosarlas son nueve, que constan en la sentencia ley de la Corte, no hay la menor duda de que sería condenado por prevaricato, como se intenta condenar por omisión al médico que se niegue a practicar el aborto invocando *objección de conciencia*.

Una grave omisión en la Sentencia C 355 de 2006 y en la pedagogía sobre aplicación de esta ley

No se puede negar que hay casos en los que el aborto es necesario, absolutamente necesario y por esta razón no puede ser delito. Y el remedio para no abortar es el no embarazo y la prevención para evitar delitos sexuales.

Los medios, el Gobierno, las empresas pro aborto, piden a las mujeres que aborten, les predicán que tienen el derecho fundamental al aborto, pero no hacen una sola campaña para prevenir el embarazo. Por el contrario, parece que lo auspiciaron. En muchas instituciones educativas incitan a las relaciones sexuales, pero con la advertencia de que se cuiden. En la vida real niños y niñas excitadas olvidan los cuidados, y los pro aborto están listos para ofrecerles ayuda.

Debe ser política de Estado el que haya cero embarazos en y por adolescentes y cero embarazos no deseados.

Acudo al apoyo del Exmagistrado José Gregorio Hernández Galindo, director de la emisora digital *La voz del derecho* y quien hizo un debate al respecto y, con argumentos irrefutables, señaló que en este caso la Corte había legislado. El portal para ver el debate es el siguiente:

<https://www.facebook.com/283984255090077/videos/1075498696161843/>

Por la Sentencia C 355 de 2006 el aborto sigue siendo delito, pero como lo dije anteriormente, hay forma de evadir la ley con argumentos falsos o pruebas amañadas. Una de las causales para justificar el aborto es que “*El embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico*” y hay médicos pro aborto que no tienen ninguna limitación para certificar que la mujer padece enfermedad mental y que puede suicidarse y que para evitar ese daño puede abortar. Y aborta y ese aborto no es delito. Luego de que aborta, según informaciones de prensa, las mujeres logran sanarse mentalmente⁶.

Sentencia ley que deroga temporalmente una ley

En Colombia, en estados de normalidad, ninguna rama del Poder Público puede derogar temporalmente una ley, salvo el presidente de la República en estados de excepción. He leído varias veces la Sentencia de Tutela 1033/08, que no es, no puede ser, de control abstracto de constitucionalidad y no veo la juridicidad de la decisión tomada. Una persona se cambió el nombre, como lo autoriza el Decreto 1260 de 1970 y luego, como si fue-

⁶ <https://www.eltiempo.com/colombia/cali/caso-de-aborto-en-popayan-hombre-piden-que-le-entreguen-feto-para-enterrarlo-461354>

ra un juego, decidió cambiarlo nuevamente e intentó cambiarlo por segunda vez. El notario no le autorizó el segundo cambio por expreso mandato de la ley. El interesado debía recurrir a un juzgado para que mediante un proceso, que es muy rápido, lo autorizara. La demora era de pocos meses. Sin embargo, insistió mediante tutela para que le autorizaran el segundo cambio ante notario, cuyo trámite duró un año y con un costo económico y académico altísimo para la administración de justicia, y la Corte Constitucional terminó el proceso conforme a la sentencia referida en la que dispuso:

Tercero: Inaplicar el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, conforme a la parte considerativa de esta providencia y con efectos exclusivamente circunscritos al presente caso.

Inaplicar una ley para tomar una decisión contraria a lo que la ley dice es, en términos elementales, un prevaricato por acción. Ver art. 413 del Código Penal.

La sentencia dice que la inaplicación de la ley es “con efectos exclusivamente circunscritos al presente caso”. Sin embargo, en Sentencia T-977/12 incurrió en el mismo desafuero y decidió:

“Tercero: Inaplicar el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, conforme a la parte considerativa de esta providencia y con efectos exclusivamente circunscritos al presente caso”.

Con el estribillo de que la inaplicación es **SOLO PARA ESTE CASO** el Art. 94 del Decreto 1260 de 1970 se ha derogado varias veces de manera temporal. Es una situación extraña en un Estado social de Derecho, que por lo mismo debe actuar siempre al derecho.

Una sentencia ley que viola el art. 29 de la Constitución

El art. 29 de la Constitución es meridianamente claro al establecer que “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Una ciudadana demandó por inconstitucional el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de

2000 (Código Penal), pues en su criterio esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política. El artículo consagra el delito de inasistencia alimentaria.

La demanda terminó con sentencia C-798/08, que **Resuelve:** “Declarar INEXEQUIBLE la expresión únicamente contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, y EXEQUIBLE el resto de esta disposición **en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo”**.

Por medio de esta sentencia ley **la Corte Constitucional creó el delito de inasistencia alimentaria, siendo sujetos las parejas del mismo sexo**. Si la Corte ha considerado que la *Unión Marital de Hecho*, o lo que es lo mismo *La Unión Matrimonial de Hecho* es diferente del matrimonio y las parejas del mismo sexo no son *Unión Marital de Hecho*, o matrimonio consensual y en esa época, menos matrimonio solemne, no era posible aplicar el art. 29 de la Constitución justamente en sentido contrario.

Salvamentos de voto a la Sentencia C-798/08, suscritos por los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla, respaldan lo expuesto anteriormente:

Dicen los magistrados: “En este caso la Corte procedió de manera exactamente inversa a la prevista en los anteriores precedentes, por cuanto, mediante una sentencia aditiva, resolvió aumentar el campo de punibilidad de la norma acusada, incluyendo en él a los integrantes de la pareja homosexual. Al respecto, la Corte en la citada Sentencia C-939 de 2003 había señalado que “[d]icho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexequibilidad⁷ parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad resulte necesario para la protección de un derecho fundamental. Lo anterior por cuanto únicamente el legislador puede definir cuáles conductas son consideradas punibles (*ratio legis*)”.

⁷ Sentencia C-177 de 2001.

Conclusiones

Me permito presentar a consideración de las academias, las siguientes:

- 1) El Derecho Positivo es la suma de norma y jurisprudencia. La norma sin la adición de la jurisprudencia dictada por las Cortes de cierre se aplicaría de manera arbitraria por cada juez, funcionario o persona encargada de administrar justicia o decidir en Derecho.
- 2) La jurisprudencia pedagógica, que no es ley en estricto sentido, de la Corte Constitucional debe ser acatada por todas las demás autoridades.
- 3) La Jurisprudencia que ordena, que manda, y que consta en la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional es ley. Modifica o adiciona una norma. Ejemplos claros son las sentencias que dieron vida al “matrimonio” entre personas del mismo sexo y a las circunstancias en las que el aborto no es delito.
- 4) La Corte Constitucional ha ordenado que su jurisprudencia es ley de obligatorio cumplimiento por parte de todas las demás autoridades, como la Corte Suprema, el Consejo de Estado y hasta el inspector de policía o la junta de acción comunal.
- 5) Las leyes dictadas por la Corte Constitucional no necesitan refrendación por parte del Congreso. Son leyes y como tales pueden ser objeto de reglamentación por parte del presidente de la República.
- 6) Por seguridad jurídica, la jurisprudencia debe ser uniforme y acatada en el mismo sentido por todas las autoridades. Este presupuesto es difícil de lograr si no están todos los funcionarios debidamente capacitados.
- 7) Las Cortes al crear jurisprudencia la aplican a conductas o hechos ya cumplidos con efectos retroactivos lo que está prohibido, pues quiebra la seguridad jurídica que es de la esencia del debido proceso.
- 8) La Corte Constitucional se considera en todo sentido Corte de Cortes, superior a todas las demás Cortes y ejerce funciones supraconstitucionales porque se arroga la función de modificar la Constitución como lo hizo con el art. 42 de la Constitución.
- 9) La jurisprudencia reiterada de las Cortes de cierre como la Corte Suprema o el Consejo de Estado deben servir de orientación para

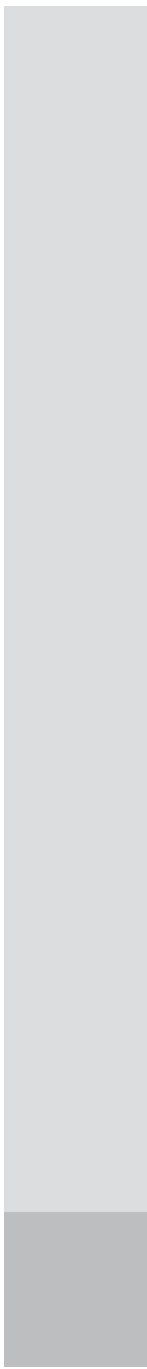
cuando la Corte Constitucional deba tomar decisiones sobre temas resueltos por esas Cortes especializadas. La Corte Constitucional en sentido amplio no es corte especializada.

- 10) La Corte Constitucional debe reconocer que legisla positivamente, sin que la Constitución le de esa facultad. Y explicar las razones por las cuales se arroga esa competencia. Deben ser razones fundadas, sólidas, sin metáforas o ambigüedades y no solamente porque quiere dictar fallos históricos.
- 11) La Corte Constitucional podría legislar cuando haya *vacíos legales absolutos* que deben suplirse para no violar la Constitución. Si el caso se puede resolver por analogía o con aplicación de los principios generales de derecho, debe darse la orientación pedagógica para decidir conforme a estas reglas. De memoria recuerdo a la H. Magistrada del Tribunal de Bogotá, Sala Civil, Dra. *Necty Gutiérrez* de Rodríguez y su trabajo sobre el mutuo disenso tácito.
- 12) La Corte Constitucional se ha postulado como vocera de la Constitución, el juez que habla, de decide qué es y qué no es la Constitución. Esta vocería no puede ejercerse a discreción.

Referencias bibliográficas

- FRADIQUE-MÉNDEZ, Carlos. *Adagios y términos jurídicos latinos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1998.
- FRADIQUE-MÉNDEZ, Carlos. *Antología de la Poesía Jurídica*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1998.
- MORALES MOLINA, Hernando. *Técnica de Casación Civil*. Bogotá, Ediciones Lerner, Ltda. 1963.
- PÉREZ VIVES, Álvaro. *Recurso de casación en materias, civil, penal y del Trabajo*. Editorial Temis. 1966.
- _____. *Archivo de notas y trabajos personales de Carlos Fradique-Méndez durante 40 años*.
- _____. *Artículos y noticias de prensa tomadas de la red, sobre los temas tratados*.
- _____. *Código Civil Colombiano*. Bogotá. Editorial Legis. 2018 y con información en internet para actualizar el texto.

- _____. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá. Editorial Legis. 2012 y con información en internet para actualizar el texto.
- _____. *Experiencia pedagógica como profesor de Derecho Civil y Derecho Romano durante 35 años*.
- _____. *Experiencia profesional como abogado litigante durante cerca de 45 años*.
- _____. *Régimen Penal Colombiano*. Bogotá. Editorial Legis. Hojas intercambiables y actualizadas a diciembre de 2019.
- _____. *Sentencias de la Corte Constitucional tomadas de la red y de la página web de la Corte. Están citadas en el texto o al pie de página del trabajo*.
- _____. *Sentencias del Consejo de Estado tomadas de la red y de la página web del Consejo de Estado. Están citadas en el texto o al pie de página del trabajo*.
- _____. *Corte Constitucional*. Twitter @CCConstitucional 2020.
- _____. *EL NUEVO SIGLO*. Bogotá. 1 de marzo de 2020.



II. Foro sobre control político y jurídico en el estado de emergencia. Academia y pandemia

PRESENTACIÓN
FORO ESTADO DE DERECHO Y PANDEMIA

CONFERENCE PRESENTATION ON PANDEMIC
AND THE LAW



Cesáreo Rocha Ochoa*
Académico honorario

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, fiel a sus principios y fundamentos esenciales y consciente de las serias dificultades que afronta la humanidad y particularmente la comunidad colombiana, con ocasión de la pandemia, ha programado la realización virtual de dos foros sobre palpitantes asuntos de interés general.

* Doctor en Derecho, Junio 4 de 1963. Especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Comercial Casación Civil, (Universidad del Rosario), Derecho Notarial. ExJuez Civil Municipal de Bogotá y Civil del Circuito de Bogotá. Asesor Jurídico Ministerio de Agricultura, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, secretario general de la Gobernación del Tolima, gerente liquidador de Industrias del Mangle, magistrado del Tribunal Disciplinario, gobernador del Tolima, asesor jurídico de la Universidad Nacional. Notario 32 del Círculo de Bogotá. En el ejercicio Profesional como litigante y consultor jurídico por espacio

Este, el primero, tiene como objetivo analizar las diferentes circunstancias que afectan el Estado de Derecho por la situación de emergencia en que estamos inmersos. Es un hecho evidente que la magnitud de la pandemia que aqueja a la comunidad universal, ha confinado a la población de manera general en sus residencias, ha paralizado el funcionamiento del gobierno en todos sus ordenes y niveles, la actividad nacional pública y privada y producido unas consecuencias inéditas en el acontecer nacional.

Por fortuna, nuestra Carta Política ha previsto el uso de medidas extraordinarias y por lo tanto transitorias, para atender los requerimientos sociales, como los que se han suscitado en esta particular contingencia que ha trastornado la salud, la vida de la comunidad, afectado profundamente el escenario económico, social, y ecológico del país. La aplicación de las medidas consagradas en el Estado de Excepción, deben estar orientadas a la restauración del orden público y facilitar el regreso a la normalidad institucional.

En este orden de ideas, ha considerado la Academia que es preciso contribuir al análisis de la situación en que la propagación mundial del virus ha alterado la organización del Estado y de la actividad nacional, explicar el significado del control constitucional, político y social, y la necesidad de ser conscientes de los deberes sociales, para contribuir a la recuperación de la tranquilidad pública.

En esta sesión de la Revista, se publican las intervenciones de prestigiosos juristas, miembros de la Academia, los Doctores Jaime Arrubla Paucar, Carlos Ariel Sánchez Torres, William Zambrano Cetina, Mario Alberto Cajas, Sarria, Alberto Restrepo Medina y el Presidente de la Corporación Dr. Augusto Trujillo Muñoz, al clausurar el evento.

de más de treinta años, con énfasis en el área de Derecho Civil y régimen de propiedad horizontal. Miembro Honorario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha ejercido la cátedra en Derecho Civil en las Universidad Libre, Gran Colombia, y Externado de Colombia. Actualmente profesor de pregrado en la Facultad de Jurisprudencia.

EL ALCANCE DEL CONTROL POLÍTICO
SOBRE LA EXCEPCIONALIDAD JURÍDICA:
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA BIOPOLÍTICA

THE SCOPE OF POLITICAL CONTROL OVER JUDICIAL
EXCEPTIONALISM: AN APPROXIMATION FROM A
BIOPOLITICAL VIEWPOINT



Manuel Alberto Restrepo Medina*
Académico correspondiente

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la declaración del estado de emergencia social, económica y ecológica decretada por el Gobierno nacional derivada de la pandemia por la COVID-19, en la medida en que implica una alteración transitoria de la separación de poderes para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, activa el control tanto sobre su validez constitucional, como sobre su conveniencia y oportunidad.

* Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. DEA en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de la Universidad del Rosario. Investigador Senior Colciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

A diferencia del control automático de constitucionalidad que, tanto sobre la declaratoria del estado de emergencia como respecto de los decretos que se dicten para conjurar sus causas y limitar sus efectos, corresponde ejercer a la Corte Constitucional, que se encuentra detalladamente reglado en la propia Constitución y en la ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, el alcance del ejercicio del control político atribuido al Congreso está formulado muy escuetamente y consiste en efectuar un *“pronunciamiento expreso sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas”*.

¿Con base en qué referentes podría debatir razonada y razonablemente el Congreso sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas por el ejecutivo como legislador de excepción *“para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”*?

Y con ello no me estoy refiriendo a las medidas tomadas para reducir la velocidad de la propagación de la pandemia, evitar el contagio, alistar los servicios de salud para la atención de los infectados de mayor gravedad, ni tampoco a las medidas de urgencia para la preservación del empleo o de las empresas, ni a la atención humanitaria de la población que está en la informalidad.

No se puede negar la importancia de tener claridad sobre los efectos que las medidas de choque están teniendo. Es claro que las medidas de distanciamiento físico, aislamiento y cuarentena, adoptadas para contener la pandemia, están reduciendo la demanda de muchos productos y servicios no esenciales, lo que puede derivar en lo que los economistas llaman un *“shock de la oferta”*, es decir, el cierre de fábricas y empresas o su producción a capacidad reducida, al tiempo con un *“shock de la demanda”*, ya que los gastos del consumo caen en picada (Chávez, 2020).

Pero más allá de mirar a la manera en que se atienden las urgencias de la coyuntura, hay que avizorar, desde ya, que las medidas para el mediano y el largo plazo tendrían que focalizarse en las causas que dieron lugar a que hoy la pandemia se esté enfrentando con severas restricciones a las libertades civiles y económicas; esto es esencial para poder ejercer un control político útil para prevenir medidas que pueden ser contraproducentes para el funcionamiento de la democracia y la pervivencia del Estado social de derecho.

Esto es clave entenderlo porque el riesgo que estamos corriendo es el de que, al tratar de generar la cohesión de la sociedad a partir del miedo al contagio y a la muerte, más que entender la raíz del problema, se naturalice y avance en el control social, especialmente sobre aquellos sectores considerados como más problemáticos (los pobres, los presos, los que desobedecen al control), utilizando la excepcionalidad jurídica que permiten los estados de emergencia para propiciar lo que, con aguda crudeza, Giorgio Agamben (2005) denomina la conversión de las sociedades en campos de concentración.

No pretendo sonar ni alarmista ni fatalista, pero esta historia ya ha sido contada. Y el enfoque desde la biopolítica puede ser uno de esos referentes que le sirva al Congreso para detectar a tiempo, denunciar y evitar que ese camino se recorra. Foucault (2007) señalaba que la vida se constituye en el fundamento del orden político, por lo que no puede ser simplemente eliminada: su protección es ahora la base de la orgánica política del Estado.

Y lo que puede resultar de las medidas de excepción, so pretexto de la protección de la vida, es la invasión total del poder sobre la misma, al centrarse no solo en aspectos naturales –la salud pública– sino también sociales, económicos y subjetivos, pudiendo extender la regulación de la existencia de la población hasta límites antes impensados. Basta con mencionar el requerimiento de una aplicación que registre todos los movimientos de una persona para poder circular fuera de su lugar de confinamiento.

En estos contextos de excepcionalidad en los que la población es sometida a “campos de concentración”, la vida pierde su valor jurídico y la existencia queda a merced de la decisión del soberano, por lo cual, no son descartables las tentaciones autoritarias para ejercer sobre la sociedad un biopoder; esto es, el sometimiento de la población al control y gobierno de las autoridades mediante prácticas de disciplina, vigilancia y adiestramiento, que despojan al ser humano por entero de sus libertades.

Por lo tanto, en defensa del mantenimiento del orden democrático, que con todas sus precariedades siempre será preferible al autoritarismo, así este venga envuelto en papel de seda, es labor irrenunciable del Congreso detectar si en los decretos de excepción están contenidas medidas mediante las cuales se les dé un ropaje jurídico a esas prácticas; tarea que no es fácil

porque, justamente, el traje de la biopolítica es funcional a su adopción, dándoles una apariencia de legitimidad.

En efecto, para lograr el sometimiento no violento de la población y la aceptación pasiva de la restricción de sus libertades, desde la biopolítica se afirma la existencia de un conjunto de autoridades que son competentes para hablar con la verdad sobre la condición vital de los seres humanos desde la biología, la demografía o incluso la sociología, lo que les permite crear y desplegar estrategias de intervención sobre las formas de existencia colectiva en nombre de la vida y de la salud.

¿Qué razón habría entonces para oponerse a quienes desde su experticia saben mejor que todos que es lo que más nos conviene como sociedad para la preservación de los bienes jurídicos que nos son más preciados —la vida y la salud— y sin los cuales los demás, como las libertades públicas, se tornan irrelevantes y, por lo tanto, han de ceder ante un interés superior incontrovertible?

Por ello, no es menor el reto que se tiene para dictaminar sobre la conveniencia de las medidas de excepción. Ello requiere el entendimiento de que lo que está en juego cuando se recurre a la excepcionalidad jurídica, no es únicamente la preservación de la vida y la salud, como ha acontecido con esta pandemia para justificar su declaratoria, sino que también está de por medio la preservación del funcionamiento democrático de la sociedad, cuya base es la garantía del ejercicio efectivo de las libertades públicas.

Por consiguiente, cualquier medida de excepción que, so pretexto de evitar la expansión de los efectos de la crisis, confiera a las autoridades atribuciones de ejercicio de biopoder sobre la sociedad, en los términos aquí presentados, debería ser calificada por el Congreso como inconveniente y forzar al Gobierno a su revocatoria. Solo así se entendería que está ejerciendo a cabalidad su mandato como órgano de representación de los intereses de toda la sociedad.

Conclusión

En la medida en que la habilitación de legislador de excepción que, con la declaración de un estado de emergencia, adquiere el ejecutivo, conlleva

el riesgo de que se adopten medidas restrictivas de las libertades públicas que entrañen el sometimiento de la población a modernos campos de concentración, no basta con que el control político que corresponde ejercer al órgano legislativo se limite a dictaminar sobre su conveniencia y oportunidad.

Es necesario que el ordenamiento constitucional fortalezca las competencias de este contrapeso institucional para que, cuando sea inevitable recurrir a la excepcionalidad jurídica para conjurar situaciones extraordinarias de crisis, haya una mayor garantía del mantenimiento de los principios sobre los cuales se ha edificado el Estado de derecho y la pervivencia de la normalidad democrática.

Referencias

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2005.

CHÁVEZ, Daniel. *El Estado, las respuestas públicas y el día después de la pandemia*. Descargado de <https://www.clacso.org/el-estado-las-respuestas-publicas-y-el-dia-despues-de-la-pandemia/>

FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la biopolítica*. México: FCE, 2007.

DEBERES SOLIDARIOS Y CONTROL SOCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

RESPONSIBILITY FOR SOLIDARITY AND SOCIAL CONTROL IN PANDEMIC TIMES



William Zambrano Cetina*
Académico correspondiente

Los distinguidos académicos que me precedieron en el uso de la palabra han dejado claro que en el estado de emergencia deben obrar eficazmente todos los controles propios del Estado de derecho, si se quiere salvaguardar, en el presente y para el futuro, la institucionalidad democrática, y que, con

* Exmagistrado del Consejo de Estado (2007-2015). Vicepresidente de dicha corporación y Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Magister en Ciencias Administrativas de la Universidad de París II. Exalumno de la Escuela Nacional de Administración de Francia. Exdirector del Máster en Derecho Administrativo, del Área de Derecho Público y Decano (E) de la Facultad de Jurisprudencia de la U. del Rosario. Profesor visitante de las universidades de París II y de Bordeaux. Actual Conjuez de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Vicepresidente de la Asociación de Juristas franco colombianos. Columnista. Autor y editor de numerosos textos en derecho constitucional y administrativo.

el mismo objetivo, resulta necesario fortalecer los mecanismos que permitan hacer rendir cuentas a los gobiernos por las decisiones que tomen, lo que hace que resulte pertinente analizar también, en el ejercicio que hace hoy la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el alcance del control social en medio de esta pandemia.

Dado que el foco de la actividad del Estado por estos días se centra en particular en salvaguardar la vida y la salud de las personas y, en general, en restablecer las condiciones económicas y sociales que permitan el ejercicio de todos los derechos, es evidente que la palabra clave en estas circunstancias es solidaridad.

La solidaridad no es un eslogan en nuestro Estado Social de Derecho. Ella hace parte de su esencia como principio fundante y hoy, más que nunca, resulta pertinente recordar que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades; así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Deberes dentro de los que, para efectos de esta crisis, se resalta, sin que sea por supuesto el único, el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (art. 95-2 C.P.), en concordancia con el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (art. 49 C.P.).

En el marco de una emergencia sanitaria como la que enfrentamos, se hace entonces patente no solamente la necesidad de garantizar el respeto de los derechos de las personas, sino también el cumplimiento por parte del Estado y de los particulares de los deberes sociales que nuestra Constitución Política les asigna –piénsese en particular en la función social del trabajo, de la empresa, o en el compromiso social que conlleva la libre competencia–, cuyo cumplimiento resulta vital para la superación de la crisis.

Dentro de dichos deberes, figura también el de ejercer los mecanismos de control que la Constitución y la ley les reconocen a las personas para contribuir al cabal desarrollo de las tareas del Estado en esas circunstancias. Control social que complementa y en muchos casos nutre los demás controles que, aún en situación de emergencia, es posible y necesario activar para asegurar la plena vigencia del Estado de derecho.

Pero más allá de ello, se evidencia la necesidad de ejercer el autocontrol de las propias acciones, para ponerlas en consonancia con las exigencias de autocuidado y de cuidado de los otros que concretan el deber, particularmente relevante frente a la pandemia que hoy enfrentamos, de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En este sentido, tiene razón la canciller alemana Ángela Merkel al afirmar que en la historia reciente no ha existido ningún otro desafío en el que se dependa tanto de la actitud solidaria de los habitantes del planeta, y que solo saldremos airosos de la crisis generada por la COVID-19, si cada uno entiende como propia la tarea de desacelerar la propagación del virus, acatando estrictamente el aislamiento. No solamente para dar tiempo a que los investigadores puedan desarrollar un medicamento y una vacuna, sino, ante todo, tiempo para que quienes enfermen puedan recibir la mejor atención posible. Como ella recuerda, *“no son cifras abstractas en una estadística, sino un padre o un abuelo, una pareja. Son personas. Y nosotros somos una comunidad en la que cada vida y cada persona cuentan”*.

Sentirnos responsables con nuestras acciones de la vida de cada persona que pueda llegar a infectarse, debe ser la guía, pensando además que en Colombia, si bien tenemos un magnífico y abnegado cuerpo médico, nuestro sistema de salud tiene recursos muy limitados y el riesgo de colapso es evidente.

Por otra parte, debemos hacer valer nuestro derecho a una información veraz y responsable sobre lo que está sucediendo, lo cual comporta exigir de las autoridades la debida transparencia en el manejo de los datos; pero también asumir nuestro deber de contribuir a que no circulen noticias falsas, y a denunciar toda conducta o aprovechamiento de estas circunstancias que agrave la actual emergencia.

Ello también es vital para proteger la democracia, pues, como recordaba recientemente Yuval Noah Harari, en los últimos años, algunos sombríos líderes han sembrado irresponsablemente la desconfianza frente a la ciencia, las instituciones y los medios de comunicación, y en esta coyuntura podrían apelar al autoritarismo, argumentando que no se puede confiar en que los ciudadanos hagan lo correcto o que en un marco de derechos y libertades se pueda enfrentar este flagelo. Con una respuesta solidaria

frente a la pandemia y la clara asunción de nuestros deberes de vigilancia, podremos contribuir a desalentar cualquier forma de utilización de esos argumentos.

Y es que de la misma manera que el Estado de derecho no puede estar en cuarentena, la democracia y nuestro papel en ella no pueden suspenderse, pues la naturaleza de la amenaza que hoy se enfrenta, no requiere de obedientes irracionales que siguen consignas atemorizados por el miedo, o de seres indisciplinados a los que se debe obligar a asumir sus responsabilidades, sino de individuos libres, capaces de auto determinarse, que al tiempo que ejercen sus derechos asumen cabalmente los deberes y obligaciones que la convivencia impone para salvar vidas, pero también para que funcione la democracia y, particularmente, para que con el pleno respeto de sus principios puedan enfrentarse hoy, y hacia adelante, los retos que nos plantean estas aciagas circunstancias.

CONTROL POLÍTICO Y JURÍDICO EN CUARENTENA. LAS MEDIDAS ADOPTADAS

POLITICAL AND JUDICIAL CONTROL UNDER QUARANTINE.
MEASURES THAT WERE ADOPTED



Jaime Alberto Arrubla Paucar*
Académico de número

Las medidas adoptadas

Desde que se comenzó a sortear la pandemia en Colombia, se han tomado medidas por el ejecutivo, tendientes a conjurarla; la mayoría necesarias, según lo que recomiendan los expertos en salud pública, como las del aislamiento social; otras buscando fortalecer el sistema de salud, procurando recursos, etc.

Para todo este andamiaje, mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo del 2020, se decretó el “estado de

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, España (*cum laude*). Profesor de contratos en la Universidad Pontificia Bolivariana y la Pontificia Universidad Javeriana.

emergencia económica, social y ecológica” que permite el artículo 215 de la Constitución nacional, en virtud del cual se expidieron más de setenta decretos legislativos. Tanto el estado de emergencia, como sus decretos, son objeto de control político y constitucional por el Congreso y por la Corte Constitucional, tal como lo ordena la Constitución.

Sin embargo, previo a la declaratoria del “estado de emergencia”, el presidente de la República ordenó el confinamiento obligatorio de la población por medio de decretos reglamentarios ordinarios, que no tienen ese control político en el Congreso ni en la Corte Constitucional. Resulta que ésta es la más drástica de las medidas, ya que compromete seriamente las libertades de la población; por cuanto son una restricción a nuestra libertad de circulación, de trabajo, de asociación, de enseñanza presencial, del libre desarrollo de la personalidad, del derecho de igualdad; implica, además, una discriminación con los mayores¹; van también contra el derecho a la salud de muchos ciudadanos que requieren movimiento y ejercicio por prescripción médica, y que fueron adoptadas por actos puramente administrativos, por decretos gubernativos.

Los aislamientos o reclusiones obligatorias, decretados por el Gobierno nacional y por gobiernos locales; medidas adoptadas con ocasión de la pandemia en Colombia, y muchos países, nos colocan en una real y clara antinomia acerca de su validez y necesidad material. Algunas medidas son sensatas, otras hacen alarde de “autoritarismo”. Los gobernantes locales descubrieron la forma de hacerse notar, de levantar su imagen o de impulsarse políticamente, recortando las libertades ciudadanas.

Por un lado, son necesarias, es lo que recomiendan los expertos en salud pública, lo que debe hacerse ante una pandemia como la que acosa a la humanidad; pero, por otro, son medidas que requieren de autorización normativa en la Constitución o en las leyes, y esta no existe ni en la una ni en las otras, por la sencilla razón de que esto no había pasado recientemente; no existe previsión legal ni constitucional para este tipo de situaciones.

Estas cuarentenas obligatorias para la población, pretenden aplazar el pico de la pandemia; dando espacio para que el sistema de salud se prepare y

¹ En Alemania, la Canciller Ángela Merkel descartó cualquier medida que discrimine a la población mayor.

la gente tome conciencia de la necesidad del distanciamiento social para enfrentar la COVID-19. Bien intencionadas, se supone que en aras del bienestar de la población y, en ese orden de ideas, deberían estar acordes con la Constitución, pues las autoridades están estatuidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia. (art. 2)

El Presidente de la República primero, por Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, decretó la emergencia sanitaria, fundamentada en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, Plan de Desarrollo del Gobierno Santos “Todos por un nuevo país” y luego, con fundamento en esta resolución, ordenó el aislamiento con el Decreto 457 del 22 de marzo; la prolongó con el 531 de 8 de abril y la continua con el 593 del 24 de abril, que son decretos reglamentarios ordinarios, basados en las competencias para conservar el orden público. Además, a pesar de sus muy amplios considerandos, no se fundamentan en ninguna norma constitucional ni legal que autorice las reclusiones generales, que en opinión de algunos, equivalen a la “prisión domiciliaria”; decretos de semejante alcance se fundamentan en una resolución que, a su vez, se apoya en un Plan de Desarrollo. Por su contenido, esos decretos podrían ser inconstitucionales, pues cualquier restricción a un derecho tiene que tener una autorización constitucional o legal. En teoría elemental sobre el ejercicio del poder, no pueden restringirse las libertades individuales sin la autorización expresa de la constitución o de la ley.

Es grave que restricciones tan severas sean decretadas por autoridades administrativas, y no cuenten con los controles jurídicos y políticos que la Constitución prevé frente a los “estados de excepción”.

Los decretos ordinarios carecen de esos controles establecidos para los estados de emergencia. Hoy la cuestión es aún más grave; debido a la COVID-19, el Consejo de la Judicatura por Acuerdo PCSJA20-11517 suspendió los términos judiciales; es decir, la justicia también entró en cuarentena y no era posible adelantar acciones de nulidad, ante el Consejo de Estado, que son las que permitirían el control de dichos decretos, para establecer si están o no ajustados al sistema legal colombiano. Afortunadamente, en el último Acuerdo del 25 de abril de 2020, el PCSJA20-11546, se permitió adelantar el control de nulidad por inconstitucionalidad y el control de nulidad contra actos administrativos expedidos desde la declara-

toria de emergencia sanitaria, Resolución 385 de 2020, para los decretos expedidos después de la declaratoria de emergencia.

Por supuesto que se requieren medidas frente a la pandemia, pero en un Estado de derecho deben ser objeto de control. No estamos en contra de las medidas en términos generales; lo que no puede haber es medidas sin control en una democracia.

El problema no es de menor valía; aunque en el momento pareciera una discusión jurídica intranscendente, se van a desencadenar muchas acciones de responsabilidad del Estado, ¿hasta dónde, restricciones tan severas de los derechos y garantías individuales, son posibles en un Estado de derecho? Los gobiernos quieren aparecer actuando ante los gobernados; con las restricciones a los derechos individuales hacen valer una autoridad que no utilizaron como administradores, al punto tal, que los sistemas de salud estaban atrasados, desactualizados, sin dotación y sin información para resistir una crisis como la que llegó; sin embargo no explican por qué se demoraron en adoptar otras medidas más efectivas, como cerrar los aeropuertos a tiempo y la inmigración de extranjeros.

El control automático

Un decreto legislativo de estado de excepción tiene control automático de la Corte Constitucional y control político del Congreso; ambos examinan la declaratoria de emergencia y las medidas adoptadas por decretos con fuerza de ley, tomadas en razón de ella.

Ni siquiera, en estado de conmoción interior, artículo 213, se pueden suspender las libertades fundamentales (art. 214. N.1, 3) ni se puede interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público. La emergencia económica, social y ecológica del artículo 215, que fue la que decretamos, no es idónea para ello. Por esto, las medidas de confinamiento están en decretos gubernamentales de antes de la emergencia y, una de las prórrogas, después.

Hay control político del Congreso, comienza por examinar a fondo las razones que motivaron la declaratoria de emergencia y tiene 30 días para pronunciarse, según informe que reciba del ejecutivo. Incluso, puede

derogar o modificar, dentro del año siguiente, los decretos producidos con fundamento en la emergencia. Para tal efecto, el gobierno lo convoca en los 10 días siguientes, si no estuviere reunido.

Resulta que, previamente a la declaratoria de emergencia, se confinaron a la reclusión a todas las ramas del poder público, luego, el Congreso no puede cumplir con sus atribuciones; se le autoriza por el ejecutivo para actuar virtualmente, autorización de dudosa procedencia, ¿será esta la manera?, ¿no debería decidirlo el Congreso, en razón de la independencia de las ramas? La virtualidad tiene limitaciones y más aún para un control político parlamentario que debe consistir en debates de fondo, con la intervención de todos los partidos y, muy especialmente, de la oposición.

A la Corte Constitucional le corresponde el control automático, para ello el gobierno envía los decretos dictados con fundamento en la emergencia, al día siguiente. Si no los envía el Gobierno, la Corte aprehende de oficio el conocimiento sobre los mismos. Pero resulta que la Corte también está confinada por decreto gubernamental; aunque procedió al control virtual, queda con las limitaciones de la discusión virtual no presencial.

Las cuarentenas o aislamientos obligatorios, dictados antes de la declaratoria de emergencia, que son las medidas más severas de restricción de nuestra libertad en las últimas décadas, carecen hoy de control judicial y político, lo cual no es un asunto irrelevante; como tampoco lo es que no sea claro si estos confinamientos pueden ser decretados también por alcaldes y gobernadores; que como hemos visto, gozan confinando a la población y, algunos, son los primeros en violar sus propias normas.

Algunos alcaldes y gobernadores, con afán de protagonismo, han querido adelantarse al Gobierno central y, lo que efectivamente han hecho, es trasladarse la responsabilidad por actuar con competencias dudosas, así se trate de “*dolus bonus*”.

Se presentan situaciones absurdas, como por ejemplo, el Congreso debatirá si podían gravar las pensiones nuevamente; se supone que el gravamen ya se había cobrado sobre el ingreso, sueldo o los honorarios; lo que pasó a los fondos o a Colpensiones, fue el aporte obligatorio de un ingreso que ya tributó; luego volver a gravarlas ahora, sería un doble impuesto; el hecho generador ya fue gravado. Y la Corte Constitucional tendrá un control

automático para revisar su exequibilidad; pero ninguno de los dos podrá discutir sobre el decreto gubernamental que decretó el confinamiento, los que lo extendieron dos veces y suspendieron las libertades individuales.

Otro control más es de la responsabilidad *ex constitutione* de los ministros. Los ministros, son responsables cuando se declare el estado de emergencia sin haberse presentado las circunstancias que dan lugar ello. Es otra forma de control, para que el estado de emergencia, sea su responsabilidad. En el presente caso, los decretos más importantes, los del acuartelamiento de la población, se quedan por fuera, los ministros no responden por ello.

Por supuesto que se pueden venir demandas contra el Estado. Eso de prohibir indefinidamente el fútbol puede ser necesario, por ejemplo; pero alguien debe pagar por los platos rotos. Los empresarios de la Dimayor pasaron un plan de contingencia que el gobierno no consideró.

Ahora, todos estos vacíos porque la Constitución no previó cómo enfrentar pandemias, pues nadie pensó que las sufriríamos; se pensó que eran cosa del pasado, más en esta forma generalizada. Pero eso no significa que las autoridades no podían actuar frente a esta amenaza pues, como señaló el estadounidense Robert Jackson², las constituciones no son pactos suicidas. Por ello, a lo mejor lo que han hecho los gobernantes nacionales y locales, era indispensable y no habría otra forma razonable de actuar. Pero lo que no es lógico, es que los actos por medio de los cuales actuaron, no estén sujetos al debido control político y jurídico.

¿Cómo y quién debe hacer ese control de los decretos del gobierno sobre la cuarentena? Otra interesante discusión, sobre si corresponde al Consejo de Estado, en su función difusa de control constitucional o si es la corte Constitucional. La Constitución le asigna la función al Consejo de Estado para el control de los decretos del gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Según el precedente de la Sentencia C-400 de 2013, a pesar de ser formalmente decretos ordinarios, son materialmente normas con contenido de ley, cuyo control debe corresponder a la Corte. Discutible posición; parece más bien apropiarse la Corte de una compe-

² Citado recientemente en su columna sobre el tema por el Profesor Rodrigo Uprimny, El Espectador, abril 2020.

tencia que la Constitución atribuye al Consejo de Estado; choque de vanidades. Pero como no son decretos de estado de excepción, no hay control automático, se precisa demanda de exequibilidad; pero los términos para las actuaciones judiciales están suspendidos para los decretos anteriores al estado de emergencia; se pueden demandar los que continuaron la pandemia y no el que la decretó inicialmente. El corolario de lo anterior, es que el Estado de derecho también está en cuarentena.

En España se armó la misma discusión, VOX anunció un recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto del estado de alarma y sus tres posteriores prórrogas, argumentando que las medidas de confinamiento que se han impuesto a los ciudadanos por parte del Gobierno están constituyendo “una flagrante violación” de sus derechos y libertades. Pues éstas, que en alguna ocasión ha definido como “arresto domiciliario”, solo se podrían haber adoptado, según subraya, dentro del marco legal de un “estado de excepción”³.

En Alemania, la Canciller Merkl no utilizó emergencias constitucionales ni ordenó confinamientos. Se hicieron recomendaciones de la sociedad, que fueron acatadas voluntariamente.

³ “Se dice que Pedro Sánchez se ha extralimitado y que ha usado de manera “abusiva e inapropiada” el estado de alarma. Lo que, a su juicio, habría provocando una “vulneración” de la Constitución al utilizarse esta figura legal para confinar a los españoles en sus casas.

“Si el Gobierno quería, como ha hecho, suspender el ejercicio de derechos fundamentales individuales y colectivos tenía que haber acudido a la declaración del estado de excepción”, ha insistido el portavoz de la dirección nacional de Vox, Jorge Buxadé, en una rueda de prensa telemática, en la que ha recalado que el estado de alarma sólo permite “limitar la libre circulación” pero no el confinamiento.

El recurso que se presentará en las próximas horas ante el Tribunal Constitucional argumenta que han quedado «suspendidos» derechos fundamentales como la libertad de reunión, la libertad de manifestación, el derecho a la educación presencial de los alumnos o a la propia libertad individual. Igualmente, advierte del sistema de denuncias y sanciones económicas que se han llevado a cabo contra las personas incumplidoras del real decreto.

De prosperar el recurso, el Tribunal Constitucional tendría que pronunciarse si las medidas de confinamiento se han ajustado a la Carta Magna y, por tanto, establecería de cara a posibles casos en el futuro cuáles son los criterios y los límites de un estado de alarma”. El País de España 27 de abril.

Cuarentena en la justicia

El sistema judicial quedó en evidencia en esta crisis. No estaba preparado para una cuarentena, ni existen los instrumentos para que las autoridades judiciales pudiese flexibilizar los procedimientos, adaptándolas a la situación de emergencia. Las normas del debido proceso no permiten que el juez adapte el procedimiento a los mecanismos que ofrece la tecnología y las plataformas virtuales para que no se suspendan las actuaciones. Así que lo único que pudo hacer el Consejo Superior de la Judicatura fue suspender los términos; es decir, que el sistema judicial entre en una especie de hibernación, como si esto fuese posible en una sociedad, sobre todo cuando la pandemia puede durar en actividad muchos meses y hasta años.

Resulta que sí existe la manera de que no se suspendan las actuaciones procesales, cuando existe una norma previa que autorice la adaptación o el paso a los sistemas telemáticos, como ocurre con el sistema arbitral, que ha seguido funcionando. Habrá audiencias que deban suspenderse y términos, como los relacionados con traslados de demandas que se requieran para recaudar pruebas, pero en general el proceso continúa y se impulsa en la mejor forma posible.

Algunas actuaciones penales han podido adelantarse; la suspensión de términos afectó hasta el trámite de las tutelas. Perfectamente los procesos en general y, especialmente los civiles, podrían en esta eventualidad adelantarse en expedientes electrónicos y el juez tomar la decisión de tramitarlos de esa manera, mientras pasa la pandemia.

No se aprovechó el estado de emergencia para haber permitido el cambio del proceso, del oral al virtual, pudiendo las partes, utilizando el internet, alegar por escrito y los jueces dictar sentencias también por escrito y recibir pruebas, testimonios interrogatorios por plataformas virtuales. Habría sido una gran oportunidad, así como para desembargar los recursos de la salud depositados en las cuentas de clínicas y hospitales, por orden de jueces que discuten sobre su naturaleza jurídica.

Pero lo que se avecina en Colombia es toda una pandemia de procesos judiciales en el futuro, la congestión del sistema va a ser enorme y no estamos preparados para ello. Por ejemplo, lo que será el examen de la respon-

sabilidad del Estado en todo este manejo, pues es evidente que el sistema de salud estaba atrasado y deficitario como en muchos países; no había siquiera material para proteger a los médicos. La falla en servicio motivará miles de demandas contra el Estado que habrá que afrontar.

Pero, además, las relaciones de salubridad con ocasión de los pacientes atendidos, que generarán conflictos de responsabilidad médica con médicos, clínicas, hospitales, EPS, etc., que llegarán seguramente a engrosar el torrente judicial. Temas de responsabilidad sanitaria pondrán en jaque a clínicas, hospitales y médicos. En España se aprovechó la emergencia para dictar decretos exonerativos y limitativos de responsabilidad, originada en el manejo médico de los casos. Acá no tocamos el tema.

Además, las relaciones contractuales entre particulares y de estos con el Estado; en todo tipo de contratos; enfrentados a una circunstancia extraordinaria, atípica, que no pudo preverse, que en unos casos impiden el cumplimiento de la prestación, en otros la dificultan y que dará lugar a todo tipo de acciones. Vendrán cientos de conflictos en materia de arrendamientos y, otros tantos, de carácter laboral. Estamos ante la necesidad de una jurisdicción especial para los conflictos derivados de la pandemia, y encontrar la manera para definirlos sin congestionar el sistema.

Afortunadamente, salieron medidas para las adopciones, que tenían retenidas y en suspenso de la situación de menores vulnerables y de difícil adoptabilidad; pero con la gran equivocación de atomizar más la función judicial. Ningún sentido tiene que funcionarios de procuraduría asuman las funciones de los jueces.

El tema carcelario quedó a mitad de camino. La medida adoptada no fue suficiente y se avecina un gran problema con la población carcelaria.

Conclusiones

Por supuesto que hay que dictar medidas para conjurar la pandemia, pero en un Estado de derecho todas las medidas deben ser objeto de un adecuado y oportuno control.

Se requieren más determinaciones y, en lo tocante a la administración de justicia, hay que precisar una serie de medidas tendientes a conjurar todos

los advertidos problemas que se vienen presentando, que impiden el funcionamiento de la rama judicial y los que, seguramente, se van a presentar en un muy corto plazo. Pero, además, hay que ser previsivos con lo que se viene de sobrecarga a la labor judicial, con ocasión de la pandemia.

En España se presentan una serie de medidas “procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia”, que incluye actuaciones sobre plazos procesales, agilización de recursos, organización y uso de medios telemáticos, con el fin de evitar el colapso de los juzgados durante la pandemia, que bien podrán servir de orientación⁴.

⁴ El Consejo de Ministros tiene previsto aprobar el martes un decreto ley de “**medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia**”, que incluye actuaciones sobre plazos procesales, agilización de recursos, organización y uso de medios telemáticos, con el fin de evitar el colapso de los juzgados durante la pandemia.

El texto consta de 27 artículos, una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, seis disposiciones finales y una disposición derogatoria, referidos a los distintos órdenes jurisdiccionales, especialmente concursal, mercantil y social. Y se crea un procedimiento especial y sumario para resolución rápida en materia de familia. Las medidas se aplicarán **durante el estado de alarma y los tres meses posteriores.**

CONTROL POLÍTICO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

POLITICAL CONTROL IN TIMES OF PANDEMIC



Carlos Ariel Sánchez Torres*
Académico de número

Contiene, esta presentación, tres reflexiones ordenadas en torno a la idea de que en los estados de excepción se debe conservar la dinámica del equilibrio de las ramas del poder público, por cuanto no suponen tales estados de excepción investir al Presidente de poderes dictatoriales, como al Emperador Romano, en la época imperial, sino facilitar el ejercicio de poderes extraordinarios, pero sometido al control de los

* Abogado de la Universidad del Rosario, Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra y estudios Posdoctorales en el I.E.E de la Universidad de Turín. Ha sido Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Director Editorial de Legis S.A.; Contralor de Bogotá., Magistrado y presidente del Consejo Nacional Electoral, así como, Registrador Nacional. Se ha desempeñado como Profesor e investigador Universitario y cuenta con una amplia obra de publicaciones en Derecho Administrativo y Electoral, así como Hacienda Pública.

jueces y del Congreso. Por lo tanto, sus límites no pueden ser los del “derecho de gentes”, como rezaba la Constitución de 1886, sino, ante todo, los del respeto a las garantías y derechos fundamentales, que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción, como lo exige la Constitución de 1991.

La perspectiva del repaso somero, del estado de excepción de emergencia económica empieza desde 1974, seis años después de su creación en 1968, en aras a una nueva racionalidad jurídica, en cuanto a los medios de la intervención del Gobierno en situaciones excepcionales, que si bien producen malestar público, su causa es económica (social, o ecológica que produzcan calamidad pública) etiología que no se compadece con el uso y el abuso del “estado de sitio”.

Por lo tanto, las medidas del estado de emergencia tienen una finalidad no represiva, como las de orden público del estado de sitio, ya que se trata de situaciones donde la etiología del problema de orden público es económica, y desde la Constitución Política (C.P.) de 1991 puede ser también social y ecológica. Desde esta premisa que hay temas de orden público con origen en materias que requieren de intervención económica y social.

La segunda reflexión es que el control democrático de los estados de excepción, involucra a los jueces y al Congreso. No debemos olvidar que, en la Constitución de 1886, la declaratoria del estado de sitio, requería del concepto previo del Consejo de Estado y, posterior, de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia.

Control judicial

No se debe perder de vista, en este sentido, que tanto el Juez Constitucional, como el Contencioso Administrativo juegan un papel imprescindible en la preservación del control del poder, que es el control de la legalidad democrática; el respeto por las normas superiores. No cabe duda de los alcances, precauciones y mandatos del artículo 215 superior, bajo el mandato incondicional que los en el estado de excepción de emergencia económica, los derechos fundamentales no se suspenden, por lo que la acción de tutela sigue vigente y viable. El 215 superior, y la Ley 137 Estatutaria de los estados de excepción, encargada del control de constitucionalidad de los decretos legislativos, dictados en uso de las facultades del estado

de emergencia, a la Corte Constitucional y de los decretos de desarrollo de los mismos, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado, si emanaren de autoridades nacionales.

El fondo del debate es que además de tales resoluciones, se han expedido decretos reglamentarios del Presidente de la República, que mencionan tales resoluciones en su parte motiva, y que al igual de las resoluciones citadas limitan o incluso suspenden derechos fundamentales, contenido que debe ser materia de reserva de ley, de decretos de emergencia con fuerza de ley.

El control político

A efecto del control político en la citada Ley Estatutaria (art. 48) exige informes a presentar por el congreso. El Gobierno debe rendir al Congreso un informe motivado sobre las causas que determinaron la declaración y las medidas adoptadas. El Congreso examinará dicho informe en un plazo hasta de treinta (30) días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras, y se pronunciará sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas.

Finalmente, en orden a precaver los abusos a los derechos fundamentales durante los estados de excepción, se dispone en el 54 de la mencionada Ley 137, que: “Cuando los decretos expedidos establezcan limitaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, se deberán también consagrar controles expeditos y precisos que deberá realizar el Ministerio Público para garantizar que las aplicaciones de las restricciones establecidas no excedan de los límites previstos en las normas correspondientes. Además, el Procurador General de la Nación podrá sugerir a las autoridades administrativas correspondientes que las medidas que a su juicio sean abiertamente contrarias a la Constitución, o afecten el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sean revocadas o modificadas en forma inmediata.

La expresión de la legitimidad de las medidas del estado de emergencia, como elemento del control democrático, vienen dadas por el papel del Congreso, que no solo recibirá los informes oficiosos de que habla el artículo 215 superior, sino que está facultado para:

Solicitud de informes

El artículo 135 numeral 3 de la C.P. que señala como función de cada una de las cámaras “*solicitar al gobierno los informes que necesite...*”. En concordancia con el artículo 200 numeral 5 que contempla que los gobiernos, en relación con el Congreso, tienen la función de “*rendir a las cámaras los informes que estas soliciten sobre negocios que no demanden reserva*”.

Citaciones

El citado artículo 135 numeral 8 y 9 de la C.P. faculta a las cámaras para citar y requerir a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos para que concurran a las sesiones; citación que deberá formularse por escrito. Igualmente, las cámaras, por separado, pueden proponer moción de censura a los mismos funcionarios no solo por las funciones relacionadas a sus cargos, sino por no atender los requerimientos y finalmente no concurrir a las citaciones del Congreso de la República.

Control presupuestal

El artículo 346 de la C.P. en materia presupuestal, una de las funciones del gobierno con relación al congreso es la formulación “*anualmente del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al plan nacional de Desarrollo y lo presentará el congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura*”.

La oposición y el control

No es concebible control sin oposición. El control del Congreso es por lo tanto político. Va más allá de la legalidad, del análisis o debate normativo. Es imperativo para el control político exponer la concepción del Estado y la sociedad que trasciende al alcance de las medidas y conforme las ideologías y posturas políticas, plantear alternativas frente al “*decisionismo autoritario*”, esto es, querer un ejecutivo sin control y una democracia de papel así si será un Congreso virtual, qu desaparece en nuestra democracia.

Hace un poco más de 20 años escuchamos, de un Ministro de la Política, la propuesta de revocar el Congreso; años después no bastó de parte del ejecutivo la reelección consecutiva, sino que buscó una segunda; en aras de la paz se propuso al pueblo aprobar un plebiscito que consagraba un mecanismo para no someter la aprobación de leyes, al estricto debate e iniciativa del Congreso y, hoy, desde la virtualidad de los debates del Congreso, se propone que la solución es revocar al Congreso.

La pandemia devela el Estado que tenemos ¿Serán inferiores a este reto del control, los jueces y los políticos? No cabe duda de lo inquietantes de algunos decretos, ni siquiera por ellos mismos formalmente, sino por lo que develan de la realidad social y económica de las mayorías nacionales, y de la indolencia de quienes creen que en las crisis es posible prescindir del Estado y que todo cambie por decretos, para que todo siga igual.

La pandemia nos está dejando mostrando la incapacidad del Gobierno y del Estado para gobernar. El mercado no responde sino a su ley fundamental que es el lucro. Por eso, 40 o más billones de pesos, de solo las semanas desde el 17 de marzo, no se sabe dónde van a terminar, y cada mes de cuarentena vale para el fisco 10 billones de pesos. El problema no es un tema de simple oportunismo político, de hablar de corrupción para que haya o no haya Congreso. Es de concepción del Estado que construimos después de la caída del Muro de Berlín, y que la crisis devela lo alejado que está de ser fuerte con los fuertes y débil con los débiles.

APUNTES SOBRE LA EMERGENCIA, LA EXCEPCIÓN Y LA CONSTITUCIÓN A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19*

NOTES ON THE EMERGENCY, ON EXCEPTION,
AND ON THE CONSTITUTION AS THEY CONCERN
THE COVID-19 PANDEMIC



Mario Alberto Cajas Sarria**
Académico correspondiente
Capítulo seccional (Cali)

Apenas estamos conociendo la COVID-19. La ciencia, los gobiernos y las sociedades, en todo el mundo, aprenden contra el tiempo acerca de las manifestaciones clínicas, el comportamiento epidemiológico, las posibles vacunas o los mejores tratamientos para este virus que se expande por todo el planeta. A todos nos rodea la incertidumbre sobre

* Notas levemente ampliadas de la presentación realizada en el Foro virtual “Estado de Derecho y estado de Emergencia”, organizado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia el 30 de abril de 2020.

** Es profesor asociado y jefe del Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi. Es doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la Universidad del Cauca. Fue Visiting Scholar en Harvard Law School.

los impactos sociales, políticos y económicos de esta pandemia global. Algunos, incluso, sugieren que estaríamos frente a un “hecho social total”¹, dada la cantidad, amplitud y profundidad de las transformaciones que estaríamos viviendo –o por vivir– a causa de la primera pandemia de la historia que pone en cuarentena a millones de personas al mismo tiempo y en casi todo el mundo.

Con semejante panorama, también deberíamos reconocer que el derecho y el sistema jurídico pueden verse limitados para dar respuestas a las complejas inquietudes que producen tanto la pandemia como sus efectos². En este sentido, si bien los juristas suelen ofrecer soluciones a los problemas jurídicos desde la óptica del derecho vigente y las instituciones jurídicas que se conocen, tal vez convendría más hacerse preguntas y por supuesto pensar en la pospandemia. ¿Necesitaremos cambios en los diseños institucionales? ¿Habrá cambios o se necesitarán transformaciones en el derecho? ¿Enfrentaremos esta pandemia y las que vengan con medidas de excepción? ¿El diseño institucional de la Constitución de 1991 permite afrontar un desafío de la magnitud de una pandemia global?

De igual modo, resulta valioso abordar los desafíos de esta pandemia global con una mirada a la historia, así como también a las experiencias comparadas. En lo primero, la pandemia más reciente que vivió Colombia fue la gripa española, que cobró la vida de millones de personas en todo el mundo y a miles en nuestro país. Ocurrió en 1918, bajo la Constitución de 1886, y por entonces ni siquiera se recurrió a medidas de excepción (el estado de sitio). La respuesta del gobierno nacional, encabezado por el presidente Marco Fidel Suárez, –quien vivía su propio duelo por la muerte de su hijo a causa de la pandemia, pero en los Estados Unidos– fue tardía; un poco mejor, la de las autoridades locales y, en últimas, la acción colectiva fue decisiva para superar el desafío. Hay lecciones y aprendizajes de las

¹ RAMONET, Ignacio. “La pandemia y el sistema- mundo”, *La Jornada*, 25 de abril de 2020. <https://www.jornada.com.mx/ultimas/mundo/2020/04/25/ante-lo-desconocido-la-pandemia-y-el-sistema-mundo-7878.html>

² Una revisión panorámica de las medidas tomadas en varios países de América Latina y Europa desde una perspectiva constitucional puede consultarse en: *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho Constitucional Comparado*, Nuria González y Diego Valadés (Comp.), IJ, UNAM, Ciudad de México, 2020: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/157>

acciones y omisiones, tanto en la pandemia como en la pospandemia, que deberíamos revisar.

Por otra parte, las experiencias comparadas de más de cien países que han dictado medidas de excepción, la mayoría con confinamientos y cuarentenas, nos muestran en general limitaciones a los derechos, libertades y garantías que suponen desafíos a los Estados constitucionales; y en muchos casos, también a la democracia. Si bien los diseños y las capacidades institucionales son diversas, hay preguntas que parecen comunes. Tan solo a modo de ejemplos: ¿Cuáles son los límites de esas medidas de emergencia en una perspectiva de los derechos humanos? ¿Son proporcionales, necesarias y adecuadas esas restricciones? ¿El temor al contagio supone flexibilizar los límites a los poderes políticos?

También se registran casos como el de Taiwán, que ya estaba preparado para enfrentar pandemias, dada sus experiencias cercanas en el tiempo, y no ha tenido que recurrir a las medidas de excepción para contener el coronavirus³; o Nueva Zelanda, que si bien ha impuesto medidas drásticas para enfrentar la emergencia y ha incrementado los poderes del gabinete, también ha fortalecido los controles parlamentarios⁴. También hay ejemplos de gobiernos que aprovechan la coyuntura para incrementar ilimitadamente el poder bajo el estado de excepción, de modo que logran fortalecer su autoritarismo, como es el caso de Hungría⁵. Lo cierto es que hay una preocupación global por este desafío a los derechos y libertades, aunque también se acepta la gravedad de la pandemia y se reconoce la necesidad de frenar su avance para garantizar la vida y la salud⁶.

³ CHIEN-LIANG, Lee. “Taiwan’s Proactive Prevention of COVID-19 under Constitutionalism”, *VerfBlog*, 2020/4/22, <https://verfassungsblog.de/taiwans-proactive-prevention-of-covid-19-under-constitutionalism/>.

⁴ DEAN, Knight. “WLockdown Bubbles through Layers of Law, Discretion and Nudges – New Zealand”, *VerfBlog*, 2020/4/07, <https://verfassungsblog.de/covid-19-in-new-zealand-lockdown-bubbles-through-layers-of-law-discretion-and-nudges/>.

⁵ ZEROFKY, Elizabeth. “How Viktor Orbán used the Coronavirus to seize more power”, 9 de abril de 2020, *The New Yorker*, <https://www.newyorker.com/news/letter-from-europe/how-viktor-orban-used-the-coronavirus-to-seize-more-power>

⁶ GARGARELLA, Roberto. “Los riesgos del estado de emergencia en América Latina”, *La Nación*, 30 de marzo de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-los-problemas-del-estado-emergencia-america-nid2348990>

En nuestro país, la pandemia de COVID-19 se ha enfrentado con medidas administrativas, como la declaratoria de la emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud, con el estado de excepción de la emergencia económica y social bajo el cual se han dictado más de 70 decretos legislativos; y, también, se ha recurrido a decretos que contienen medidas propias del poder ordinario de policía del Ejecutivo, tanto nacional como en los demás niveles territoriales. En el caso de los decretos de las cuarentenas, emanados del Gobierno nacional, hay un interesante debate sobre el control judicial: si este le corresponde al Consejo de Estado y por tanto dependería de las eventuales demandas ciudadanas, o si la Corte Constitucional podría ejercer el control automático de los mismos en virtud de su “contenido material”, pues así los decretos no lo digan explícitamente, estos corresponden a la mencionada emergencia⁷.

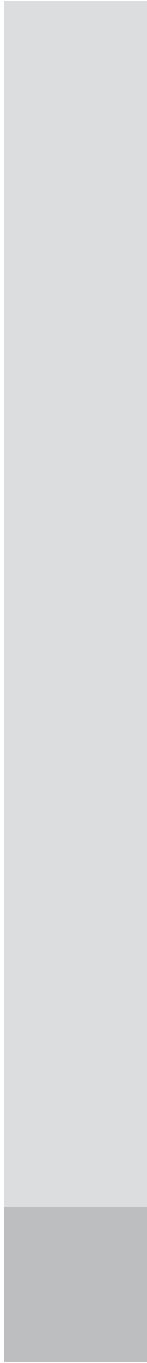
Pero más allá de esa valiosa discusión sobre el control a esos decretos, valdría la pena preguntarse si sería necesario pensar en otros diseños institucionales y herramientas jurídicas para enfrentar la COVID-19 en el corto y mediano plazo, así como sus posibles rebrotes o futuras pandemias, pues los actuales diseños constitucionales y legales parecen dejarlas en una zona gris. En efecto, parece que el constituyente de 1991 y el legislador se preocuparon más por limitar los estados de excepción que por regular el amplio poder de policía del Ejecutivo nacional y territorial, y es bajo tales facultades que se han tomado medidas altamente restrictivas de los derechos y las libertades, como son las cuarentenas. También habría que pensar sobre la conveniencia de una mayor deliberación, transparencia y evidencia científica en esas decisiones que toma el Ejecutivo, sin que esto suponga inhibir la rápida acción que exige una pandemia.

La COVID-19 también puso al descubierto la fragilidad de las instituciones del Estado, más allá del sistema de salud. Piénsese en la parálisis del Congreso por varias semanas, o en la rama judicial que opera hoy en su mínima expresión. Frente a esto último: ¿es deseable que el Consejo

⁷ En el debate han participado varios juristas. Buena parte se puede reconstruir en: Rodrigo Uprimny, “La cuarentena constitucional”, <https://www.dejusticia.org/column/la-cuarentena-constitucional/>; Julián Gaviria y Esteban Hoyos, “Pandemia y poderes presidenciales: un problema y una propuesta”; y Héctor Riveros. “hay que decretar la conmoción interior”, <https://lasillavacia.com/opinion/hay-decretar-conmocion-interior-761>.

Superior suspenda términos judiciales mediante un acto administrativo? Si bien es necesario que se garantice la salud de los servidores judiciales, de los usuarios y la ciudadanía, se trata de una limitación importante a un derecho fundamental y a un servicio público. Tal vez habría que repensar ese diseño que, si bien hoy garantiza la independencia judicial, es una medida que parece propia de una facultad de estado de excepción.

Una última inquietud: ¿necesitamos fortalecer el Estado social, constitucional, democrático y de derecho para enfrentar los desafíos sociales de esta pandemia, la pospandemia y las futuras pandemias?

A vertical gray bar on the left side of the page, consisting of a lighter gray upper section and a darker gray lower section.

III. Foro hacienda pública, tributación y servicios públicos en el estado de emergencia

LA EMERGENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS Y ALGUNAS PROPUESTAS

THE EMERGENCY AS IT RELATES TO TAX MATTERS.
ANALYSIS OF MEASURES TAKEN AND SOME PROPOSALS



Lucy Cruz de Quiñones*
Académica de número

* Doctora en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Tributario de la misma universidad, Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca España (PhD), Suma Cum Laude, diploma en Arbitraje Internacional en la Cámara de Comercio de París. Ex decana de Derecho en la Universidad del Rosario, ex Conjuez de la Corte Constitucional y conjuez actual del Consejo de Estado durante más de 25 años.

Catedrática de Teoría del Tributo y Derecho Constitucional Tributario en programas de pregrado, maestría y doctorado de la U del Rosario, U de Salamanca, U de los Andes y otras. Conferencista y Ponente nacional e internacional, Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia, Miembro Honorario del Instituto Colombiano de Derecho Tributario del cual ha sido Presidente en tres periodos; Presidente de la Comisión Académica, Fundadora del Centro de Investigaciones en Derecho Tributario y del Observatorio de Jurisprudencia Tributaria de la misma institución. Ejercicio del derecho como socia fundadora de la firma Quiñones Cruz Abogados, desde 1979.

Introducción

En los estados de emergencia, en Colombia, desde la Constitución de 1991, art 215¹, quedó absolutamente resuelta la incertidumbre originada en el antiguo artículo 122 de la anterior constitución, que dio origen a dos interpretaciones contrapuestas: la que asumió la Corte Suprema de Justicia en el gobierno de Alfonso López Michelsen, que le permitió adoptar la espina dorsal de nuestro sistema tributario mediante decretos legislativos amparado en la caída del Puente de Quebrada Blanca, y la que se situó en

¹ *Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma **grave e inminente** el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan **grave calamidad pública**, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. **Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.***

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

las antípodas, durante el gobierno de Belisario Betancourt, quien quiso repetir la dosis reformista en 1982; pero en ese entonces, los vientos constitucionales le fueron adversos y se puso en evidencia que el estado de emergencia no era excusa para evitar el debate democrático sobre los tributos. En la mayoría de los países de nuestro entorno, el poder tributario le es negado al Ejecutivo en tiempos excepcionales, baste citar el caso de Argentina y el del Perú en los que se prohíbe decretar tributos.

Dentro de la teoría de la *necesitas*, en los estados de excepción es necesario empoderar al ejecutivo con facultades legislativas, ante determinados eventos, previstos directamente por la Constitución y no al margen de ella. Se advierte que esa necesidad de responder con normas imperativas, con fuerza y valor de ley, debe aparecer de forma indubitable como *urgente y extraordinaria*, lo cual se relaciona con la imposibilidad de acometer la regulación a través del trámite parlamentario ordinario, ni siquiera con mensaje de urgencia. La gravedad e inminencia de la perturbación y de su respuesta debe ser valorada en primera instancia por el Ejecutivo, quien la decreta y desarrolla las reglas inmediatamente y las somete al control político del Congreso y al control constitucional automático, ejercido por la Corte Constitucional.

Nadie discute el carácter catastrófico de la pandemia por las vertiginosas tasas de contagio y morbilidad, ni la necesidad de tomar medidas humanitarias o sanitarias extremas o de protección de la población. La Corte constatará fácilmente los hechos catastróficos que permitían dictar decretos con fuerza y valor de ley, para incidir en la esfera de las libertades individuales y asistir a los ciudadanos, mediante transferencias y ayudas para quienes las requieran, sin los preceptivos consensos que se gestan en el Congreso. La declaratoria de emergencia, en mi opinión, es constitucional, así como la mayoría de las medidas decretadas hasta la fecha.

No obstante, las disposiciones de orden tributario, que de suyo persiguen recaudar impuestos de manos de los contribuyentes, tienen un cariz consecuencial con la emergencia, porque la crisis económica surgió como un efecto indeseable del confinamiento y cierre de la economía, que terminó deteriorándose por cuenta de una crisis que tenía otra etiología. De igual forma, el valor de los gastos públicos que tuvieron que asumirse para proteger a la vida y la salud de la población más vulnerable, aunado a la reducción en el recaudo de impuestos y contribuciones basados en el

circuito económico, llevaron a un déficit no cuantificable aún, pero predecible, así como la recesión venidera.

Así, las medidas tributarias que vamos a analizar surgen como una respuesta paliativa y temporal para mitigar los primeros efectos de esa crisis. Las medidas de orden tributario deben ser temporales porque la causa también lo es, se trata de una alteración temporal del orden social y económico que requiere de unas normas también temporales; de ahí que dejen de regir al finalizar el periodo fiscal siguiente, a menos de que el Congreso las adopte como permanentes, caso en el cual se produce una novación de la fuente. Si la crisis es mayor o se extiende el fenómeno netamente económico, siempre existe la posibilidad de decretar otra emergencia para responder a esa crisis o de tramitar las leyes con mensaje de urgencia.

Las características² de las disposiciones de naturaleza tributaria en estado de emergencia se pueden resumir así:

- Se trata de una verdadera legislación que se puede ocupar de cualquier materia reservada a la ley ordinaria.
- La urgencia y necesidad normativa para responder a los hechos graves, requiere que las normas sean de aplicación inmediata, por ello no resultan muy apropiadas reglas para impuestos de periodo, que se aplazan al año siguiente a aquel en que se dictan, por regla del art. 338 constitucional, y en cambio, son ideales las referidas a hechos gravables instantáneos.
- Deben ser idóneas para enfrentar la crisis y se juzgan en términos de razonabilidad y proporcionalidad, no de eficiencia de la medida escogida.
- No deben afectarse de modo sustancial figuras esenciales del sistema, como el Impuesto sobre la renta o el IVA, excepción hecha naturalmente de elementos secundarios propios de los alivios, descuentos, exenciones. En todo caso, rara vez los decretos legislativos pueden emplearse con tanta amplitud como para comprometer la fisonomía del sistema tributario o de un tributo en particular de los ya vigentes. Se impone el respeto a la sistematicidad y armonía de un

² En este aparte sigo las ideas que expuse en mi tesis doctoral de hace más de 20 años, La legislación de emergencia tributaria. Un estudio comparado. Salamanca 1999.

sistema tributario cuyas pinceladas maestras deben adoptarse a través del trámite parlamentario ampliamente deliberativo.

- Nosotros, desafortunadamente, no tenemos medidas estabilizadoras automáticas que permitirían mover las tarifas dentro de un rango de uno o dos puntos, así que la emergencia reconoce cierto margen libre, para el diseño de las figuras tributarias y de las de alivio.
- Es claro que las garantías ciudadanas reconocidas en la Carta deben respetarse en todo caso. No se suspende la Constitución ni los principios tributarios, de justicia, equidad, no regresividad, progresividad e irretroactividad. Simplemente se espera que los decretos expedidos en la materia tributaria sean instrumentos directos para la solución de la crisis o sus efectos, con una prohibición expresa, que se predica de todas las disipaciones que se adopten, la de *“desmejora los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”*.

Puestas en relación facultades reservadas a la ley del Congreso y las ejercitadas a través de emergencia, la diferencia radica en que las primeras, por corresponder a la institución permanente y a la deliberación parlamentaria, no tienen otros límites que los principios constitucionales; mientras que las segundas, si bien superan el test referido a la reserva de ley, ya que sus productos están, materialmente, por encima del reglamento, tienen un límite adicional de conexidad que se traduce en responder la crisis y ser necesaria y pertinente para superarla.

¿Cómo se relacionan o conectan las medidas de stirpe tributaria con esta pandemia?

De dos maneras:

La primera, en la etapa aguda de la crisis, las medidas tributarias son de alivio para personas naturales y empresas que ven deteriorados sus ingresos, debido a la parálisis o confinamiento que impone la pandemia, y como el gasto público debe dirigirse a subsidios directos a todos los afectados y ayudas humanitarias, ese mayor gasto debe pagarse de alguna forma, inicialmente con deuda interna y externa y acciones mancomunadas con organizaciones civiles.

En una segunda etapa, la tributación se convierte en un instrumento muy importante de intervención, no solo para enjugar el déficit fiscal sino para reactivar la producción económica y el crecimiento. Recuérdese que las empresas disminuyeron su productividad, mientras mantienen fijos sus costos de nómina y servicios, con lo cual van a arrojar pérdidas en 2020 y quizás en 2021 que se reflejan en un menor recaudo de los principales impuestos, Renta e IVA. Esa circunstancia no hace aconsejable aumentar las tarifas o alícuotas de Renta y Ventas, porque también se conoce que habrá depresión en el consumo y la renta. En esas circunstancias, los estados suelen adoptar tributos extraordinarios o sobretasas de plazo limitado.

El Decreto 417 de 2020, que declara el estado de excepción, anuncia entre otros considerandos relativos al manejo de recursos existentes en distintos fondos, el propósito de legislar en tres direcciones tributarias: aliviar las obligaciones de esa naturaleza; otorgar beneficios tributarios para promover y garantizar el empleo considerando las pérdidas de la industria y el comercio; y analizar otras medidas tributarias que resulten necesarias para afrontar la crisis.

Se advierte que no se anunció la necesidad de “crear” nuevos tributos, pero no se descartó esa posibilidad, como en efecto se hizo. Un análisis de Diego Quiñones Cruz para el ICDT³ modela tres escenarios de pérdida de recaudo tributario, partiendo de las estimaciones de caída del PIB de distintos organismos: 2 % del BM, 2.5 % del FMI (similar a la predicción del 2.6 % de la CEPAL), un tercer escenario de caída agresiva al 3 %, que podría verse si el confinamiento se extiende o si hay períodos intermitentes. Luego, agrega un cuarto escenario que se basa en dos estimaciones de la OCDE, que parte de -4 % PIB a la fecha. Naturalmente, la pérdida es difícil de estimar, y puede ser considerablemente mayor, teniendo en cuenta la duración del confinamiento y su intensidad, así como la evolución del precio del petróleo y la forma en la que se comporte el cumplimiento tributario y la eficacia en la fiscalización. Adicionalmente, se avizoran medidas prolongadas de gasto fiscal expansivo (contra cíclico) que aumentarán las necesidades del fisco.

³ QUIÑONES CRUZ, Diego. Conferencia de 25 de abril de 2020 ICDT. Disponible en la página web ICDT.

Alivios fiscales

Una mirada a las disposiciones de alivio lleva a la conclusión de que no ofrecen mayores dudas sobre su pertinencia y conexidad con la crisis.

- Decreto legislativo No. 520 del 6 de abril de 2020. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Modifica el calendario tributario aplazando obligaciones formales.
- Decreto 530 exenciones de GMF e IVA para los retiros que realicen las entidades sin ánimo de lucro pertenecientes al Régimen Tributario Especial de las cuentas corrientes y/o de ahorro constituidas en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Y dispone que las donaciones no se consideran como ventas, para efectos de IVA, siempre que se trate de elementos de los necesarios para la emergencia.
- Las del Decreto 535 que abrevia los plazos de devolución de saldos a favor a un máximo de 15 días, para mejorar la caja de los contribuyentes, siempre que se trate de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, y del impuesto sobre las ventas que no sean calificados como de riesgo alto en materia tributaria, con riesgo de fraude y/o riesgo específico, determinado a partir de elementos objetivos, historial del contribuyente y la información disponible de la Autoridad Tributaria.
- Exclusión del impuesto sobre las ventas, IVA, al servicio de garantías otorgado por el Fondo Agropecuario de Garantías, FAG. Decreto legislativo 573 del 15 de abril de 2020.
- Decreto legislativo 551 del 15 de abril de 2020. Ministerio de Hacienda y Crédito Público exonera del IVA algunos bienes sanitarios en la importación y en las ventas en el territorio nacional, sin derecho a devolución y/o compensación.

Creación de tributos: Impuesto de Solidaridad, Decreto 568 de 2020

El decreto legislativo 568 de 2020 “Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID-19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020”, es sin lugar

a dudas el más polémico de los expedidos en esta emergencia. Analicemos su contenido, partiendo de los considerandos que invocan la necesidad de un apoyo fiscal urgente, debido al costo de las atenciones en salud, inversión en unidades de cuidados intensivos, expansión del área de aislamiento y la fragilidad del derecho al mínimo vital de los hogares más vulnerables, así como de la clase media y de los trabajadores informales. Igualmente, se invocan las necesidades de los trabajadores por cuenta propia, que alcanzan un 42,4 %, y cuyos ingresos dependen de su trabajo diario que se ha visto disminuido por las medidas que afectan fundamentalmente a los no asalariados. Se aduce que los recursos públicos resultan insuficientes para atender la calamidad y sus efectos, razón por la cual se busca generar nuevos recursos para apoyar la clase media vulnerable y a los trabajadores independientes. Los considerandos más expresivos parten del principio de solidaridad, que es el pilar filosófico de la tributación moderna, dicen:

“Que es necesario, para hacer efectivo el principio de solidaridad, tomar medidas de carácter tributario para la obtención de recursos que permitan afrontar la crisis económica que conlleva esta pandemia, razón por la cual, se crea, mediante el presente Decreto Legislativo, el impuesto solidario por el COVID-19 con destinación específica a la inversión social en la clase media vulnerable y los trabajadores informales, considerando que la población vulnerable ya fue atendida a través de las decisiones del Gobierno nacional contenidas entre otros en los Decretos Legislativos No. 419 de 2020, 458 de 2020 y 518 de 2020, expedidos en desarrollo de la Emergencia Económica, Ecológica y Social de que trata el Decreto 417 de 2020.

Que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política implica responsabilidades, entre las que se encuentra la de: “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad” (art. 95-9 Superior), motivo por el cual el impuesto solidario por el COVID-19 que se crea mediante el presente Decreto Legislativo tiene en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes de mayores ingresos de las Entidades del Estado, personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a las Entidades del Estado, y pensionados de mayores ingresos.

Que el anotado deber instituido en el artículo 95 de la Constitución Política permite exigir a toda persona acciones positivas a favor de sus semejantes,

en situaciones límite; de ahí que cuando las personas se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, debido al estado de vulnerabilidad que genera el acaecimiento de un desastre, como lo es el generado por la COVID-19, el principio de solidaridad cobra una dimensión mayúscula que hace que el derecho a una vida digna trascienda y se relacione directamente con el de la salud, con el de la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros inherentes a las pandemias para los grupos sociales más vulnerables, entre ellos la clase media vulnerable y de los trabajadores informales, y en esa medida tanto el Estado como la sociedad y la familia deben concurrir a su protección (Sentencias C-272 de 2011, C-222 de 2011, C-226 de 2011)

Que la Corte Constitucional ha considerado ajustadas a la Constitución Política las medidas de emergencia que imponen cargas a los particulares con el fin de atender las causas que ocasionaron la declaratoria del estado de emergencia, con fundamento en el principio de solidaridad (Sentencia C-465 de 2017).

Que en el marco del Estado Social de Derecho, y en virtud del principio de solidaridad, los servidores públicos, personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a entidades públicas, y pensionados de mayores ingresos están llamados a colaborar con aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, situación de indefensión, desprotección, o en estado de marginación.

Ahora, el tributo de destinación específica –para la clase media vulnerable y los trabajadores– tiene como sujetos pasivos a tres grupos de personas:

- A los *servidores públicos* en los términos del artículo 123 de la Constitución Política, por el ingreso por concepto de salarios mensuales de diez millones de pesos o más.
- A las personas naturales vinculadas mediante *contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública*, vinculada a las entidades del Estado, cuando su honorario sea de diez millones de pesos o más. La vinculación corresponde a la rama ejecutiva de los niveles nacional, departamental, municipal y distrital en el sector central y descentralizado; las ramas legislativa y judicial; de los órganos autónomos e independientes, la Registraduría Nacional del Estado Civil, Consejo Nacional Electoral, y organismos de control, así como a las Asambleas y Concejos municipales y distritales.

- Los pensionados con mesadas pensionales de las “megapensiones” de diez millones de pesos (\$10.000.000) o más. Sobre estos últimos, la norma no dispone que se trate solo de las pensiones del sector público ni del régimen de prima media, de manera que asumimos que son sujetos todos los que reciben mesadas por el valor indicado.

El tributo recae sobre ingresos que denotan una cierta capacidad de pago, debido a que se diseñaron dos mecanismos de desgravamen: un umbral de diez millones a partir del cual aplica la tarifa, lo que significa que ingresos hasta de \$9.999.999 no están gravadas o lo están a la tarifa cero y, además, un mínimo exento por el primer millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000) del pago o abono en cuenta. Los dos mecanismos garantizan la vigencia del mínimo indisponible para el fisco, destinado a la subsistencia de la persona sujeta⁴.

El hecho generador del impuesto solidario es la obtención de los ingresos y su causación instantánea coincide con el momento del pago o abono en cuenta de los salarios mensuales o mesadas periódicas. Dentro del concepto salarios se entiende no solo la asignación básica sino las primas, bonificaciones, gastos de representación debido al esquema remunerativo de muchos servidores públicos, que separa la retribución originada en el contrato de trabajo en diversos conceptos que para efectos tributarios tienen aptitud de contribuir. Se excluyen las prestaciones sociales y los beneficios salariales que se perciben semestral o anualmente. Las tarifas progresivas van del 15 al 20 %.

En líneas generales, podemos afirmar que es cierto que bajo una idea intuitiva de equidad tiende a rechazarse el gravamen a las pensiones, con el pretexto de que el ahorro fue gravado el día en que se consideró renta, cuando se recibieron los salarios y se contribuyó sobre ellos con la cotización a la seguridad social, con lo cual existiría una *doble tributación*, pero eso no es

⁴ Es evidente que se trata de la institución muy conocida del “mínimo vital indisponible para el fisco” que está referida a la exención de los ingresos básicos de subsistencia personal y familiar y no a los mínimos vitales salariales remuneratorios de un trabajo o de una prestación. Se trata de un espacio en el cual no pueden penetrar los impuestos por razones de justicia y de respeto a los derechos del contribuyente a conservar para sí una porción de su ingreso para usar libremente sin tener que demostrar el nivel de gastos ni dependientes o personas a cargo.

cierto en nuestro país. Este es un problema de política tributaria y de teoría del impuesto largamente examinado por la doctrina particularmente para el Impuesto sobre la Renta.

Pues bien, examinando las normas positivas vigentes del Estatuto Tributario, se concluye que Colombia tiene en la actualidad un modelo de desgravamen de Impuesto sobre la Renta en los tres momentos donde podría causarse (aporte, rendimiento, y retiro) y ese esquema no es sostenible ni equitativo, por muy impopular que resulte modificarlo y avalarlo. De hecho, solo tres países de la OCDE mantienen ese esquema México, Colombia y República de Eslovaquia. (Cuadro anexo 1)

La tributación sobre los rendimientos o rentas se fundamenta en un criterio de generalidad de sujetos y de ingresos que aumentan la capacidad de pago y la disponibilidad de ahorro del contribuyente (en cualquiera de las teorías de renta⁵), de manera que también para estos ingresos puede escogerse cuál es el mejor momento para gravar la renta obtenida; si cuando se recibe en la vida activa (en nuestro actual Impuesto sobre la renta lo consideramos un *ingreso no constitutivo de renta precisamente porque se destina al ahorro art 126 del Estatuto Tributario*); o cuando se modifican los valores ahorrados debido a sus rendimientos, antes de tener derecho a pensión (hoy no se gravan los cambios en la valoración ni los rendimientos); o cuando se reciben las mesadas (actualmente en el impuesto de renta según el 206 N. 5 del ET, las que sean inferiores a \$35.607.000 mensuales, están exentas). Se podrá decir, entonces, que ya las pensiones superiores a 1000 UVT están gravadas por la vía de la retención al tenor del artículo 337 del Estatuto Tributario, en una cédula especial, pero el tope es tan alto que pocos tributan efectivamente por pensiones, las demás, que son

⁵ La concepción elaborada por Georg SCHANZ en Alemania en 1896 y más tarde perfeccionada por Robert M. HAIG y Henry C. SIMONS en Estados Unidos, ya en el siglo XX, según la cual se define la renta como *el valor monetario del incremento neto de la capacidad de consumo de un individuo durante un período de tiempo* o, con otras palabras, la suma algebraica del consumo que realiza una persona en un período determinado de tiempo, más el cambio de valor de su patrimonio durante ese mismo período. Utilizando los mismos términos de HAIG, la renta es «el aumento de poder de una persona para satisfacer sus necesidades en un período dado en cuanto que ese poder consiste en a) el dinero en sí, o b) cualquier cosa valorable en términos monetarios o, expresado más sencillamente, la renta es el valor monetario de acrecentamiento neto del poder económico de una persona en un período fijo de tiempo.

la inmensa mayoría, están exentas, lo que desmiente la doble tributación. Un análisis de derecho comparado (cuadro 1) permite apreciar que la mayoría de los países gravan con impuesto sobre la renta las pensiones y, muchos de ellos, además los rendimientos. Unos pocos gravan dos momentos incluyendo las cotizaciones. Así que el debate se ha superado hace más de 20 años.

El punto en cuestión, entonces, no es si las pensiones pueden o no gravarse porque la verdad es que constituyen un ingreso, sino cuál es el mejor momento para ello. Cuando se cotiza o cuando se reciben rendimientos y pensiones. Las dos soluciones de política fiscal son admisibles y no ofrecen reparo constitucional, antes, por el contrario, muestran alternativas de fomento al ahorro porque se protege el futuro del empleado –cuando se cotiza –o de apoyo a la tercera edad– cuando se desgrava la mesada recibida.

Otra glosa que se ha formulado a este tributo temporal a las pensiones es la *irrenunciabilidad* de los beneficios mínimos laborales, que en verdad no aplica como límite al ejercicio del poder tributario, porque los tributos se imponen en función del deber que tiene “toda persona y ciudadano” de contribuir “al financiamiento de los gastos e inversiones públicas”, deber del cual no están exonerados los trabajadores (art 95.9) ni los pensionados. No solo la Constitución, sino distintos instrumentos internacionales como los Convenios para evitar la doble tributación internacional reconocen el deber de las personas trabajadoras de hacer contribuciones como parte integrante de la sociedad y el Estado de residencia. Precisamente esta tesis es la vigente en la Corte Constitucional, que al pronunciarse sobre el límite del sistema alternativo IMAN e IMAS (C-492/ 15)⁶ consideró que:

⁶ La Constitución establece que entre los principios mínimos fundamentales de la legislación laboral está el de “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos **establecidos en normas laborales**” (CP art 53). El texto constitucional estatuye directamente algunos de esos beneficios mínimos irrenunciables. Por ejemplo, dice que el derecho a la seguridad social es un “irrenunciable” (CP art 48). Igualmente consagra a título de garantías mínimas, a las cuales no es posible renunciar, los derechos a “[i]gualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; [...] situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía [d] el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (CP art 53).

“en términos generales, la irrenunciabilidad implica entonces que el legislador no puede obligar o permitirle al trabajador disponer, en el ámbito de las relaciones de trabajo, de los ingresos que se originen en beneficios mínimos derivados de la relación laboral, o del derecho a la seguridad social, en los términos que al respecto han fijado la Constitución, la ley y la jurisprudencia. No obstante, hasta el momento la Corte no ha considerado que este principio le impida al legislador establecer un gravamen de orden impositivo sobre rentas laborales que se consideren mínimas e irrenunciables. La Sala debe preguntarse entonces si está dentro de las competencias del Congreso gravar con impuesto las rentas de trabajo” (...) La Constitución tampoco le impide al legislador estatuir un impuesto sobre la renta que considere como gravables los ingresos laborales originados en beneficios mínimos irrenunciables del trabajo. No hay para empezar una prohibición expresa al respecto en el texto constitucional, que especifica y puntualmente limite el poder tributario en ese sentido. El Convenio 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, no establece prohibición alguna de gravar con impuestos las rentas salariales. En contraste, la Constitución contempla el deber general y universal de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (CP art 95-9). Además, el de renta es un impuesto directo que toma en cuenta el hecho de los ingresos realizados para definir la magnitud de la contribución. Esto es relevante por cuanto la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la tarifa del tributo debe aplicarse a magnitudes conformadas por la renta, la riqueza, la propiedad o el consumo (o la propensión al consumo) del contribuyente, en la medida en que son las realidades económicas y jurídicas reveladoras de la capacidad de pago. En consecuencia, al menos en su estructura abstracta los impuestos a la renta tienen la virtualidad de orientarse hacia gravar a los contribuyentes en consideración a su capacidad de sufragar la carga que se les impone, que es requisito de justicia”. (FJ 32 a 35)

La decisión descarta la inconstitucionalidad por desmedro de los derechos laborales, irrenunciabilidad y no regresividad, pero salva el porcentaje exento general del 25 % *“bajo la consideración legítima de la protección del mínimo vital, según el rango salarial de cada uno”, lo cual, por lo demás, tiene un fundamento cierto en lo que respecta a los contribuyentes con niveles medios de ingreso, toda vez que a estos se les asegura la preservación de un porcentaje intangible por concepto de impuesto sobre la renta, con el fin de que los montos de este último no impacten su capacidad de gasto en bienes fundamentales, como la educación o la vivienda, que se*

orientan a atender necesidades básicas de la persona.” Esa exención del 25% tiene un tope ligeramente superior a 8 millones de pesos.

Sobre el contenido del mínimo vital, precisa la Corte la interrelación del derecho al mínimo vital con el límite del poder tributario para garantizar la equidad: *“El derecho fundamental al mínimo vital, concretamente en lo que se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía (artículo 334 C.P.). la propia Carta haya señalado como límite a la potestad impositiva del Estado “los principios de equidad, eficiencia y progresividad” que rigen “el sistema tributario” (art. 363 de la C.P.) y que haya enmarcado el deber de tributar dentro de los “conceptos de justicia y equidad” (art. 95-9 de la C.P.)”.* (FJ 44)

Queda pendiente resolver si el inciso del artículo 215 de la Carta, como garantía exclusiva para la emergencia, es violado con una *“desmejora en los derechos sociales de los trabajadores”*⁷ por gravar las pensiones mediante decretos legislativos, aunque se destine a gastos humanitarios y auxilios para la población más vulnerable. La defensa del decreto se concentra en que esas provisiones son costosas y por ende es necesario financiarlas con tributos. Las posibilidades no eran muchas precisamente porque la mayoría de los ingresos peligran en este momento, excepto los estables de los pensionados y servidores públicos de mayor ingreso. De otra parte, es imperativo para el fisco hacer desembolsos destinados a salvaguardar los derechos a la vida y a la salud, para así atender el gasto destinado a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la vida digna, entre los cuales destaca el del trabajo remunerado en condiciones equitativas (art 22 de la DUDH⁸), y el

⁷ En el mismo sentido la Ley estatutaria de estados de excepción LEEE, ARTÍCULO 50. DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.

⁸ Art. 22. “Toda persona tiene **derecho al trabajo**, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2 Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos). Los derechos humanos socioeconómicos se diferencian de los civiles y políticos y se caracterizan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales tales como derecho al trabajo y a la libre elección del empleo, alimentación, vivienda y el

de la progresividad de los derechos sociales “*en la medida de los recursos disponibles*” (arts. 26⁹ y 27¹⁰ del Pacto de San José de Costa Rica). Todo ello conlleva una necesidad de recabar recursos públicos, como ya se dijo, en una primera etapa con deuda pública y, en una segunda fase, con tributos, siempre teniendo como meta proteger el delicado equilibrio en el que conviven los derechos individuales de propiedad con el deber de contribuir, que se limitan recíprocamente. El fin del tributo no es otro que proteger derechos sociales y colectivos e intereses generales de todos en estos momentos de crisis.

El derecho social de los trabajadores o de los pensionados no consiste en un derecho de “inmunidad ante los tributos” porque no existe ningún derecho tan anacrónico como el de *no tributar* cuando se pertenece a una sociedad de la que se reciben bienes y servicios generales. El derecho consiste en la

derecho a la salud, maternidad, infancia, educación, descanso aprovechamiento del tiempo libre y seguridad social, derecho a un nivel de vida adecuado (arts. 6 a 15 del Pacto)

⁹ Artículo 26 “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de **las normas económicas, sociales** y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁰ Artículo 27 “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

intangibilidad de la pensión como derecho adquirido, con los efectos tributarios que correspondan según la ley vigente al tiempo de su percepción¹¹.

Debe admitirse que la retribución del trabajo activo genera renta, que revela capacidad contributiva, de manera similar, aunque no idéntica, a lo que ocurre con los ingresos pasivos recibidos por pensiones. Siendo el deber de contribuir constitucionalizado como general, justo y equitativo (art 95.9) no se ve reparo en establecer un gravamen sobre los ingresos de trabajadores servidores públicos y contratistas activos y sobre las pensiones de cualquier régimen; siempre y cuando se deje un espacio libre de impuestos como garantía de la institución del mínimo vital, cubierta en el decreto examinado de dos formas: por el tramo libre de impuestos hasta la suma de \$9.999.999 mensuales, con tarifa cero, y por la exclusión de \$1.800.000 mensuales para cualquier remuneración y/o pensión. Aun cuando ese tributo especial se estableció mediante facultades de emergencia económica, sin la deliberación propia de un tema de esta trascendencia, se prescribió con un límite temporal de un solo trimestre, y se dio cumplimiento a los requisitos de finalidad, conexidad y respeto a las demás normas constitucionales que no se suspenden en tiempos de emergencia¹².

¹¹ La sentencia C-083 de 2019 se pronunció sobre la pensión así: 5.6. La definición que esta Corte ha dado a la pensión de vejez, se remonta a la sentencia C-177 de 1998, en la que indicó que se trataba de una compensación a la actividad desarrollada por un tiempo considerable y que genera la disminución de la fuerza laboral y luego en decisión C-230 de 1998, recabó en que no se trataba de un derecho gratuito, sino surgido con ocasión de la acumulación de cotizaciones y de tiempos de servicio efectuados por el trabajador. 5.8. De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

¹² Los considerandos de este decreto invocan la necesidad de un apoyo fiscal urgente, debido al costo de las atenciones en salud, inversión en unidades de cuidados intensivos, expansión del área de aislamiento y la fragilidad del derecho al mínimo vital de los hogares más vulnerables, así como de la clase media y de los trabajadores informales. Igualmente se invocan las necesidades de los trabajadores por cuenta propia, que alcanzan un 42,4%, y cuyos ingresos dependen de su trabajo diario que se ha visto disminuido por las medidas que afectan fundamentalmente a los no asalariados. Se aduce que los recursos públicos resultan insuficientes para atender la calamidad y sus efectos, razón por la cual busca generar nuevos recursos para apoyar a la clase media vulnerable y a los trabajadores independientes.

El derecho al trabajo, el derecho a la pensión, y todos los derechos sociales se respetan con el tributo temporal, porque la imposición no antagoniza con ninguno de los derechos fundamentales que se protegen por el Estado, con tributos personales que recaen sobre cualquier tipo de rentas. Las normas no inducen a renunciar a ninguno de los beneficios mínimos laborales, ni desmejoran los derechos sociales que siguen protegiéndose, al tiempo que el gasto público asumido con esos recursos se destina a la población más vulnerable (que ha perdido o tiene en riesgo de perder sus ingresos). Es preceptivo, en tiempos de emergencia y en tiempos ordinarios, respetar los mínimos básicos, para vivir con dignidad y seguridad social, porque todos estamos obligados a contribuir en la medida de nuestras posibilidades, que se cuantifican adecuadamente por la magnitud de los ingresos. Así, el decreto busca ampliar la base tributaria sobre las rentas en lo que concierne a las pensiones, excluyendo la base gravada como un “ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional”, precisamente para evitar la doble tributación con el impuesto sobre la renta. La remuneración no lleva anexa un componente de desgravamen¹³ porque, como se ha visto, esta es una típica discusión de política tributaria y de teoría de los impuestos a la renta.

En vigencia de la antigua Constitución, y con una norma similar contenida en el art. 122, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales varias disposiciones adoptadas por el gobierno en 1974, relativas a los efectos tributarios de la relación laboral. Particularmente la desmejora a un derecho social como son las vacaciones de los trabajadores, que estaban exentas totalmente y fueron gravadas con el Impuesto de Renta de personas naturales. Similares consideraciones fueron esgrimidas por la Corte para la indemnización por despido injustificado del trabajador¹⁴.

Esta fundamentación demuestra conexidad con la crisis que se está viviendo y una finalidad legítima porque busca recaudar tributos de quienes no tienen riesgo de perder sus empleos, sus contratos o sus pensiones.

¹³ No existe un beneficio temporal tributario que ponga en cuestión expectativas legítimas.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sent. 26 de nov. de 1974/D-2348/74. Publicada en Legislación de Estado de Emergencia económica, tomo 1974, p. 855. “La disposición acusada en cuanto grava un derecho social que en su totalidad estaba exento desmejora esta prerrogativa para los trabajadores que acaban de indicarse, contraviniendo en forma clara lo dispuesto por el inciso final del artículo 122 de la Constitución. Por lo mismo será declarado inexecutable”. En el mismo sentido, Sentencia de 31 de octubre de 1974 /D2053/74, op cit., pp. 758, 764, 765.

Posteriormente, en la sentencia del 23 de julio de 1987, la Corte cambió de criterio, al conocer de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra una norma legal que desmontaba una exención de impuestos sobre las prestaciones sociales, la Sala Plena de la Corte Suprema declaró exequible la norma porque consideró que *“En materia de exenciones tributarias, es natural que corresponda al legislador su establecimiento o eliminación, si aplicamos el principio general en cuya virtud las cosas en derecho se deshacen como se hacen, ya que siendo de su competencia la creación de impuestos, con arreglo al artículo 43 de la Carta, también le atañe la función de prever en qué casos ellos no se pagan y, por supuesto, cuándo aquellos que no se venían pagando principien a pagarse. Eliminar exenciones es, por tanto, una actividad propia del normal ejercicio legislativo del Congreso, como también lo es crearlas o modificar los criterios con arreglo a los cuales se otorgan. (...) la creación de impuestos a cargo de los trabajadores o la eliminación de exenciones tributarias no se opone a dicha protección, pues el Estado necesita recursos financieros para luchar contra la desocupación. A similar conclusión puede llegarse si se toma el segundo de los mencionados sentidos de la “protección especial al trabajo”, pues para amparar especialmente a este factor de la producción, se requiere la intervención del Estado, la cual también exige recursos financieros”*.

Pero no basta para resolver el tema con la evolución jurisprudencial. Se requiere el apoyo de la dogmática tributaria para reconocer que cuando se gravan los ingresos es porque revelan capacidad contributiva en cabeza de quien los recibe, se miden por la suma algebraica del consumo de la persona pensionada o no durante un periodo más el cambio de valor de su patrimonio, lo que revela un aumento de poder de una persona para satisfacer sus necesidades en un período dado, o lo que es lo mismo, un acrecimiento neto de su poder económico en cada periodo. Ahora, si el legislador protege los mínimos vitales, básicos, para vivir con dignidad, seguridad social, alimentación, no existe una desmejora del derecho del trabajador sino la ratificación de una consecuencia de su derecho que, enriqueciéndolo con ingresos percibidos, está también obligado a contribuir, en la medida de sus posibilidades, que es exactamente lo que se desprende del decreto analizado. Cabe destacar que es un error sostener que el régimen tributario hace parte del régimen salarial, como lo alcanzó a decir

alguna infortunada sentencia. Se trata de derechos laborales no absolutos, limitados precisamente por los deberes tributarios siempre que sean razonables y proporcionados. La Corte tiene la palabra.

Desechadas las glosas que pudieran hacerse a este esfuerzo solidario temporal, y pasada la vigencia del tributo de un trimestre, debe hacerse un llamado a la Academia y al Congreso para resolver el problema en un debate profundo, de mayor calado, que cubra la equidad en las tasas de remplazo pensional y el trato diferencial de la cédula pensional, con el fin de no tener que implementar tributos especiales que debían pertenecer a la órbita general del impuesto sobre la renta.

Quizás es tiempo de empezar a pensar en la tributación pospandemia, prudente y reflexivamente, especialmente en el impuesto de renta que acabamos de modificar, tres veces, en los últimos cuatro años. Habrá que revisar nuevamente los beneficios, precisamente para ponderar su justificación, proporcionalidad y temporalidad; eliminar los privilegios tributarios que subsisten y mantener las minoraciones estructurales de justicia tributaria o estímulos de eficiencia probada. No parece necesario modificar tarifas y menos en una situación pospandemia en la que el mundo competirá por atraer los capitales. Tampoco podemos sacrificar conceptos de justicia y equidad eliminando a raja tabla todos los beneficios, con una meta simplemente arbitrista. Será necesario ponderar cada uno de los tributos de nuestro sistema en una discusión abierta y civilizada.

Otras propuestas como la de reimplantar el impuesto al patrimonio y establecer tributos a los agentes contaminantes u otros especiales, merecen una reflexión posterior, en un momento más cercano a la recuperación, cuando soplen vientos de cambio y recuperación.

Anexo de derecho comparado

La doctrina parte de tres ciclos o etapas para la obtención de la pensión, o como lo establece la Comisión Europea, en la Comunicación de 19 de abril de 2001, *“tres niveles en los que se pueden exaccionar impuestos sobre las pensiones dentro del sistema: las cotizaciones, los rendimientos de la inversión y el pago de las prestaciones”*. Para cada una de estas etapas se asigna una letra (E: exento y T: gravado), luego si estamos ante el escenario EET,

esto quiere decir, que las cotizaciones y los rendimientos a la inversión están exentos, mientras que el pago de las pensiones o mesadas está gravado.

En la construcción de la tabla de derecho comparado, cuyos datos se tomaron de la OCDE, se adoptaron las siguientes siglas: (i) EET (sigla que en inglés de exento, exento y gravado) que grava solo las mesadas pensionales ; (ii) EEE (sigla en inglés de exento, exento, exento) que no es otra cosa que una triple no tributación; (iii) TET (gravado, exento, gravado) que significa un gravamen del ingreso para el trabajador que se convierte en cotización, exentos los rendimientos pero gravadas las pensiones; (iv) TEE (gravado, exento y exento) que corresponde a los que gravan solo el ingreso una sola vez al tiempo de recibirlo durante la vida laboral activa; (v) ETT (exento, gravado, gravado); (vi) TTE (gravado, gravado, exento).

Cuadro 1. Descripción general del tratamiento fiscal de los ahorros para la pensión en países OCDE, año 2019.

EEE	EET	ETT	TEE	TTE	TET
Colombia, México República de Eslovaquia	Bélgica Canadá Chile Estonia Finlandia Alemania Islandia Irlanda Japón Letonia Holanda Noruega Polonia Eslovenia España Suiza Reino Unido Estados Unidos	Italia Suecia Dinamarca Grecia	República Checa Hungria Israel Lituania Luxemburgo	Australia Nueva Zelanda Turquía	Austria Francia Corea Portugal

Tabla: adaptada del documento de la OCDE “*Financial incentives for funded private pension plans, 2019*.”

Como se advierte claramente, Colombia es un *avis raris* junto con México y Eslovaquia que no grava el ingreso en ninguno de los extremos, aunque excepcionalmente grava las pensiones superiores a 35.607.000, es decir unos US9000 mensuales. La mayoría de los países de OCDE no grava las etapas de las cotizaciones ni sus rendimientos, pero sí las pensiones; y

existen otros países que gravan cotizaciones y rendimientos, pero no las pensiones, y partir de allí se adoptan diversas posturas, en las que se gravan alguna o varias etapas.

Cuadro 2. Tratamiento fiscal de los ahorros para la pensión en planes de pensiones privadas, año 2018.

EEE	EET	ETT	TEE	TTE	TET
Bulgaria, Colombia, México República de Eslovaquia	Canadá Chile Croacia Estonia Finlandia Alemania Grecia Islandia Irlanda Japón Letonia Holanda Noruega Polonia Rumania Eslovaquia España Suiza Reino Unido Estados Unidos	Italia Suecia Dinamarca	República Checa Hungria Israel Lituania Luxemburgo	Australia Nueva Ze- landa Turquía	Austria Bélgica Francia Corea Malta Portugal

Tabla: adaptada del informe de la OCDE “*The tax treatment of retirement savings in private pension plans*”.

Esta es otra muestra más amplia, que ilustra cómo se gravan las pensiones provenientes de los fondos privados.

Conclusiones

Las tesis que he expuesto pueden resumirse así:

1. No existe una prohibición constitucional ni ninguna regla de los tratados internacionales de derechos humanos o de derechos económicos, sociales y culturales suscritos por Colombia, que impida gravar a las rentas obtenidas por pensiones y menos aún a las rentas obtenidas por el trabajo activo, que desde hace mucho tiempo forma parte de la base gravable del impuesto general a la renta de las personas naturales. Gravar los salarios con tributos tampoco limita las oportunidades en

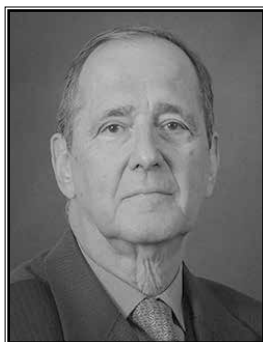
el empleo. Antes por el contrario, los convenios para evitar la doble tributación reparten la potestad de los estados contratantes para gravar pensiones y rentas de trabajo entre los países de residencia o de la fuente, partiendo de su gravabilidad.

2. No se violan los artículos 1, 2, 48, 53 de la Carta en tanto las normas del decreto analizado no obligan a renunciar en todo o en parte a ningún beneficio laboral o prestación social, y tampoco puede afirmarse que se “*reduce la pensión*” o que se “*disminuye la remuneración de los trabajadores*” que, según el decreto se mantienen incólumes, de tal forma que el valor pleno del ingreso constituye la base gravable del tributo solidario. Se salvaguarda el mínimo vital con una exención de \$9.999.9999 y un umbral en la tabla que asciende a \$1.800.000, que creo ampara suficientemente el derecho del pensionado y del trabajador al mínimo vital y a una existencia digna. Con el mismo razonamiento expuesto se arriba a la conclusión de que no se viola el artículo 215 de la Carta porque no hay “*desmejora*” a un derecho del trabajador cuando se le conserva aun cuando se le exija un impuesto. Los tributos disminuyen la propiedad y la riqueza ganada, originada en cualquiera de los factores económicos bien sea de trabajo, capital o ahorro pero al ponderar el derecho a la propiedad con el deber solidario de contribuir se ha defendido la idea de equilibrio según el cual se prohíbe el exceso y la desproporción de gravamen sin llegar al extremo de considerar el deber como una “*desmejora*” o agresión sino como una obligación solidaria.
3. Es cierto que ejercer la facultad de crear tributos genera una tensión extrema con el principio democrático y el de legalidad de los tributos, que siempre exige una deliberación previa sobre el hecho gravado, los sujetos, bases y tarifas de los impuestos. Pero es la propia Constitución la que permite expresamente la expedición de decretos legislativos creadores de tributos, especiales o generales, para solucionar los aspectos críticos de la emergencia siempre y cuando las medidas de tiempos de normalidad resulten insuficientes y se pruebe la conexidad de las disposiciones con la crisis que se piensa solucionar, y evidentemente el impuesto es parte de la solución, especialmente —como ocurre en este caso— si con los recursos que se recauden se nutre el fondo desde el cual

se distribuyen todas las ayudas a los sectores más necesitados o perjudicados por la pandemia.

4. Otro asunto es el de los trabajadores y contratistas con contratos vigentes que resultan gravados mientras no se somete a los particulares –pese a que hubieren logrado mantener estables sus contratos laborales u otros ingresos originados en contratos de servicios personales–. Puede evidenciarse una falta de **igualdad** al interior del grupo remunerado con más de 10 millones, ya que el mejor criterio de comparación a efectos tributarios es el de la capacidad contributiva y desde esa óptica no se advierte que exista razón para el desgravamen de unos y tributación de los otros, a no ser que se trate de tomar una medida equivalente a no reducir la planta de personal pública, puesto que al fin y al cabo estos salarios y contratos se pagan con gasto público sometido a reglas fiscales.

$$0 + 14 + 27 + 26 = 67$$



Juan Camilo Restrepo Salazar*
Académico correspondiente

La pequeña sumatoria que sirve como título de este artículo, permite visualizar el enorme costo fiscal que para la hacienda pública del Gobierno central tendrá (con base en las cifras de origen oficial disponibles hasta el momento) la pandemia y la caída estrepitosa de los precios del petróleo.

Veamos cada uno de los componentes de esta sumatoria y su significado para las finanzas públicas del país.

Cuando estalla la crisis a comienzos de marzo, el Ministro de Hacienda declara que el gobierno cree poder manejar la

* Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad de París, Derecho Económico en London School of Economics. Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural. Embajador de Colombia en Francia. Ministro de Hacienda y Crédito Público. Ministro encargado de funciones presidenciales en varias ocasiones. Senador de la República. Miembro del Comité para asuntos de Energía de las Naciones Unidas. Ministro

inesperada situación sin necesidad de recurrir a nuevos empréstitos. Es decir, a cero costos.

Vana ilusión. Quince días después se reúne la comisión técnica asesora de la regla fiscal y amplía el margen de déficit autorizado para el gobierno del 2,2 % al 4,9 % del PIB. Esto, en buen romance, significaba que ante la gravedad de las circunstancias que aparecían súbitamente, era tolerable un endeudamiento adicional de 27 billones de pesos del gobierno.

En esa misma reunión, un grupo de los miembros de la comisión opinaron que probablemente un endeudamiento público adicional de 27 billones no iba a ser suficiente para atender las necesidades de la inmensa crisis que estaba estallando. Y que por lo tanto sería prudente agendar una nueva reunión de la comisión para ampliar el déficit fiscal autorizado.

Pocos días después, se decreta la emergencia económica al amparo de la cual se expide el decreto 444 del 2000, en virtud del cual, se arbitran, mediante operaciones de endeudamiento internas del Gobierno central con las entidades territoriales, 14 billones para atender lo que pudiéramos denominar los gastos “de primeros auxilios” de la emergencia (transferencias no condicionadas a los sectores más desvalidos, giros a los hospitales, etc).

Poco después, en audiencia virtual que hubo en el Congreso, el viceministro de Hacienda informó que los gastos para reactivar la economía y el empleo destrozado por la pandemia y el confinamiento harían subir el déficit público del 4,9 % del PIB al 7,5 %. Lo que quiere decir, en plata blanca, que el déficit inicialmente autorizado por la comisión de la regla fiscal habrá que incrementarlo en cerca de 26 billones adicionales.

Y ahí vamos... es decir: $0 + 14 + 27 + 26 = 67$ billones de pesos.

Y esto, sin contar lo que puedan requerir las grandes municipalidades del país, comenzando por Bogotá. La alcaldesa, en reunión que sostuvo con

de Minas y Energía. Presidente de Acerías Paz del Río. Presidente Comisión Nacional de Valores. Superintendente bancario. Asesor Junta Monetaria. Representante de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ante la Organización Internacional del Café en Londres. Profesor titular de Derecho Fiscal y Hacienda Pública en las universidades de los Andes, Externado de Colombia y Pontificia Javeriana. Profesor de Economía Colombiana en la Universidad Sergio Arboleda. Profesor visitante, Universidad Federico II Nápoles, Italia.

el presidente Duque, habló, por ejemplo, que esperaba recibir apoyos del Gobierno central para ejecutar su plan de desarrollo (ahora centrado en inversiones de infraestructura y de carácter social para reconstruir la maltrecha situación laboral de la capital) en una cifra de cerca de 40 billones de pesos.

O sea, por el lado solo del Gobierno central, ya vamos en requerimientos para financiar el programa de gasto público contra cíclico en 67 billones de pesos. Y no sería sorprendente, si sigue agravándose la situación laboral del país con el confinamiento y si se resuelve subsidiar total o parcialmente con cargo al presupuesto nacional las nóminas de los desocupados (que están creciendo como espuma; la última encuesta del Dane dio cuenta que en el último mes, sin contar todavía a abril que es el mes más duro, habían subido en 1 600 000) que los costos fiscales del próximo año se incrementen aún más.

Suma inmensa, pero que no debe tampoco hacernos perder la calma. Todas las grandes crisis y las guerras en la historia se han financiado inicialmente con enormes endeudamientos públicos. Que luego, cuando pasa la emergencia, se van recogiendo con nuevos tributos y con el simple crecimiento de la economía cuando las aguas retornan a orillas más tranquilas.

Por el momento, y habiendo desechado una reforma tributaria en estas circunstancias, hay que iniciar una tarea intensa de consecución de créditos para financiar el gran programa contra cíclico de reconstrucción de la economía de la pospandemia. Ya el gobierno está en eso e inició la tarea ante el FMI y el BID, y seguramente lo está haciendo también ante el Banco Mundial y la CAF. Así manejamos la crisis en 1998 y 1999: comprometiéndolo con ayudas crediticias a todas las entidades multilaterales.

La posibilidad de tocar la puerta del Banco de la República es también una opción que debe dejar abierta el Gobierno. Se justifica en las circunstancias actuales. Y la contempla la Constitución nacional, precisamente, para emergencias mayúsculas como la que estamos afrontando.

NB. Se trató la flexibilización de la regla fiscal en tiempos de emergencia, los efectos en el presupuesto de 2021 y el endeudamiento público.

UNA VISIÓN EN TORNO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN EL MARCO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 441 Y 517 DE 2020

A LOOK AT PUBLIC RESIDENTIAL UTILITIES WITHIN
THE FRAMEWORK OF LEGISLATIVE DECREES 441
AND 517 OF 2020



José Antonio Molina Torres*
Académico correspondiente

Dadas las actuales circunstancias de pandemia en Colombia, en el umbral conviene reivindicar las palabras de Terencio: “*Soy un hombre; nada de lo humano me es ajeno*”.

La solidaridad, de conocimiento público, aparece como un principio fundante en el artículo 1 de la Carta Política, a cuyos efectos el artículo 367 superior destaca el régimen

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, con título de Maestría en Derecho Económico de la Universidad Externado. Ha sido magistrado auxiliar del Consejo de Estado, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y magistrado de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Es docente en los niveles de Maestría y Especialización en derecho económico y servicios públicos domiciliarios; abogado consultor y miembro del Comité de Vocabulario Técnico de la Academia Colombiana de la Lengua.

tarifario sobre la base de tres criterios: costos, solidaridad y redistribución de ingresos.

En esta dimensión, en términos del artículo 370, *ibidem*, le corresponde al presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios; lo cual hace el presidente al tenor de la delegación otorgada a las comisiones de regulación: CREG y CRA.¹

Pues bien, procedamos entonces al análisis de las normas involucradas.

Decreto 441 de 2020

1. A pesar de su insoslayable pertinencia, sobre el deber jurídico del presidente en torno a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, el decreto no considera ni dispone nada.

Obras publicadas:

Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, junio de 2001, 441 págs. 2ª Edición. ISBN 958-9333-86-9.

Régimen Jurídico Empresas de Servicios públicos domiciliarios mixtas, artículo “Régimen presupuestal de las empresas de servicios públicos mixtas”, pág. 201 a 212, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, octubre de 2004. ISBN 958-616-845-X. El libro tiene en total 230 páginas.

Contexto, Revista de Derecho y Economía, artículo, “La Responsabilidad Fiscal en tanto Universo posible de los eventos que entrañen aporte estatal”, pág. 63 a 83, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, noviembre de 2004, edición especial No. 21. ISSN 0123-6458. La revista tiene en total 98 páginas.

Procedimiento Administrativo, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, diciembre de 2007, 166 págs. ISBN 978-958-8331-25-6.

Letras Jurídicas, artículo “El Control Fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Mixtas”, pág. 173 a 193, Empresas Públicas de Medellín E.S.P., Medellín, volumen 4, No. 1 de marzo 1999. ISSN 0122-7564. La revista tiene en total 288 páginas.

La solidaridad y la redistribución en el servicio público de acueducto, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, septiembre 3 de 2014; 423 págs. 1º Edición. ISBN 978-958-749-399-3.

Historia Constitucional de Colombia, Siglo XXI, junto con otros autores, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, abril de 2019, págs. 253 a 274, 3ª Edición. ISBN 978-958-8392-61-5

¹ Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), art. 68 y concordantes de la Ley 142 de 1994.

2. El artículo 1 del mencionado decreto, dispone que los agentes prestadores del servicio público domiciliario de acueducto deben realizar, sin cobro de cargo alguno, la reinstalación y/o reconexión de este servicio a los suscriptores residenciales en condición de suspensión y/o corte de servicio, lo cual comprende a todos los estratos socioeconómicos. Esta regla se ve razonable.

3. En términos del artículo 2 del decreto, el aseguramiento del acceso al servicio de agua potable recae en los municipios y distritos, con la obvia participación de los respectivos agentes prestadores de tal servicio. Es cierto que los municipios y distritos tienen un rol persuasivo y de coordinación para con las personas prestadoras del servicio de acueducto en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, en dicha esfera de acción, los municipios y distritos carecen de poder sancionatorio.

Por consiguiente, resulta inexplicable el porqué la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no figura en parte alguna del prenotado decreto, habida consideración de su competencia para ejercer el control de gestión y resultados sobre los agentes prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluida su potestad sancionatoria.

4. El párrafo del artículo 2 del decreto prevé de manera excepcional, a cargo de los municipios y distritos, la garantía del acceso al agua potable a través de medios alternos de aprovisionamiento, tales como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte y tanques colapsibles. Cabe enfatizar la necesidad de que dichas formas de suministro les garanticen a las personas el derecho de acceso efectivo al servicio de agua apta para el consumo humano, que no agua cruda.

Para la financiación de tal modalidad excepcional, el artículo 3 del decreto autoriza a los municipios, distritos y departamentos para la canalización de los recursos del sistema general de participaciones. Desde luego que la ejecución de los correspondientes recursos no podrá ir en perjuicio de los subsidios previstos para los estratos 1, 2 y 3, cuya garantía constitucional se enmarca tanto en los dominios del régimen tarifario ya comentado, como en el ámbito de los fines sociales del Estado.

5. Finalmente, a través del artículo 4, el decreto dispone que las personas prestadoras del servicio público de acueducto no podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios, con arreglo al artículo 125 de la Ley 142

de 1994. Vale decir: durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, queda enervada la actualización tarifaria en materia de agua.

6. Como se ve, la mencionada suspensión temporal del incremento tarifario resulta ser una medida tímida, incompleta, de bajo perfil y, por ende, ostensiblemente precaria frente a la necesidad de atender la agobiada capacidad de pago de muchos habitantes del país, quienes sin alternativa alguna recibirán unas facturas de cobro con montos onerosos, dado el exponencial aumento del consumo doméstico de agua.

Es de notar que el necesario e inusitado aumento del consumo de agua que hoy nos envuelve a todos en aras de la salud y de la vida misma, pone de presente la importancia de rescatar los postulados constitucionales que dan noticia sobre los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual debe garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365).

Y ello es así, por cuanto dichos servicios públicos tienen una íntima ligazón con los derechos fundamentales. Donde, como bien sabemos, el agua en sí misma entraña un derecho fundamental, cuya insuficiencia en el suministro atenta contra el mínimo vital que los artículos 1 y 53 de la Constitución privilegian en pro del respeto de la dignidad humana.

Al amparo de las anteriores consideraciones, resulta pertinente formular la siguiente propuesta:

A. Aumentar en un 15 % el volumen de metros cúbicos de consumo básico de agua potable (por familia). Es decir, en los tres pisos térmicos.

B. Modificar la fórmula tarifaria, de manera que disminuya el valor de la tarifa por cobrar a los usuarios, en un porcentaje que solo afecte la utilidad de las empresas. Es decir, que las empresas prestadoras del servicio público de agua potable ganen menos, pero que sean solidarias con los usuarios en las graves circunstancias que estamos padeciendo.

En este marco de acción, mediante el correspondiente decreto legislativo se pueden adoptar las medidas propuestas; esto es: (i) incrementar el volumen del consumo básico de agua para los tres pisos térmicos; (ii) modificar el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, dado que, en relación con la fuerza mayor o el caso fortuito, este dispositivo solo admite la corrección de la

fórmula tarifaria a favor de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando se debió proteger también a los usuarios.

Por ende, ante la actual pandemia todos los usuarios estamos desamparados de cualquier protección u apoyo tarifario en el espectro del citado artículo 126.

Que sea entonces la oportunidad de enmendar (así sea temporalmente) este manifiesto yerro del legislador.

7. Alguien podría decir que las modificaciones propuestas no son viables. Para contestar a ello, bien podemos tomar perspectiva desde el actual plan nacional de desarrollo, a cuyo tenor se modificaron varios artículos de la Ley 142 de 1994, en la forma que pasa a verse:

El numeral 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994, prescribe: “(...) *las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente (...)*”.

Empero, en circunstancias ajenas a un estado de excepción, a través del artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 (PND) se estableció una sobretasa nacional de cuatro pesos (\$4 COP) kilovatio hora de energía consumida, con destino al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; valor que a su turno será destinado al pago de las obligaciones financieras para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía que han sido objeto de toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Concurrentemente, al albur del artículo 315 de la misma ley, se autoriza a la Nación para asumir el pasivo pensional y prestacional, así como el pasivo de la Electricadora del Caribe S.A. E.S.P. asociado al Fondo Empresarial.

Y sí, esto se hizo con la correlativa modificación del artículo 94 de la Ley 142 de 1994, que en el contexto tarifario expresa: “(...), *no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales*”.

De esta forma se allanó el camino para purgar la ineficiencia de Electricaribe, que en nuestro país adquirió perfiles de hecho notorio. Así, pese al deplorable servicio de esta empresa, muchos usuarios del país terminamos pagando unas sumas que se habrían podido evitar si oportunamente

la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios hubiese hecho un efectivo control de gestión y resultados sobre Electricaribe. Pero, tal vez las prioridades de esta superintendencia eran otras, con lo cual se denota la desestimación con que ciertos directivos asumen la noción de gestión pública que informa la Constitución (arts. 2 y 113).

Por otra parte, si bien resulta explicable la existencia del Fondo Empresarial, ello no convalida la carga que se le ha impuesto a muchos usuarios en desmedro de su economía interna y de la eficiencia esperada de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Eficiencia que se debe traducir en cobertura, calidad, continuidad y seguridad, de cara a unas tarifas razonables.

Decreto 517 de 2020

1. Según el artículo 1 de este decreto, las empresas comercializadoras que presten el servicio público de energía eléctrica y gas combustible por redes, podrán diferir por un plazo de 36 meses el costo del consumo básico a usuarios residenciales de estratos 1 y 2, sin intereses.

Dado que el cumplimiento de esta norma queda bajo el imperio de la discrecionalidad de las empresas, los usuarios de los señalados estratos verán cómo la norma es puesta en el terreno de su propia imposibilidad. A decir verdad, el papel de esta disposición deviene inane en las empresas donde el aporte estatal sea inferior al 50 % del capital social.

2. El artículo 2 del decreto expresa que lo dispuesto en el precedente artículo solo será obligatorio para las respectivas empresas si se establece una línea de liquidez para estas, a una tasa de interés nominal del 0 %.

Por tanto, el cumplimiento de esta regla queda sujeto a una condición suspensiva, es decir, a la eventual existencia de un préstamo sin costos financieros, que de suyo no tiene arraigo en la racionalidad del banquero.

3. Conforme al artículo 4 del decreto, los usuarios residenciales de los estratos 4, 5 y 6, así como los usuarios comerciales e industriales, podrán hacer un aporte voluntario dirigido a dispensarle un alivio económico en materia de energía y gas a los usuarios residenciales que defina el Ministerio de Minas y Energía a través de resolución.

Nótese que este dispositivo no especifica criterios de distribución que pudieran garantizar una senda objetivamente reglada para el citado ministerio. Por el contrario, se deja al arbitrio de este la determinación de los destinatarios, con la subsiguiente carga de subjetividad y favoritismo que ello suele comportar. No sería muy edificante que en este asunto se repitiera el espectáculo que ha visto el país en torno a las transferencias monetarias del “**ingreso solidario**”, donde se dieron cita escandalosas irregularidades con las cédulas de supuestos beneficiarios, incluidos algunos muertos vivientes².

Y como si esto fuera poco, resulta inaudito el mal ejemplo que ha dado el Gobierno nacional, cuando en el mismo decreto que estableció el “**ingreso solidario**” le dio patente de corso a la impunidad de los eventuales infractores que se subsuman en la implementación de este programa. Al efecto dispone el párrafo 1 del artículo 1 del Decreto 518 de 2020:

Aquellas personas que reciban las transferencias monetarias no condicionadas de que trata el presente artículo, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin y no lo informen a la autoridad competente, o las reciban de forma fraudulenta, incurrirán en las sanciones legales individuales a que hubiere lugar. **La configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa.** (Negrilla fuera del texto original).

Contra todo pronóstico, se pone a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en el terreno de su propia burla, al tiempo que se moldea un desdoblamiento prescriptivo tan maniqueísta como exótico. Más aún, dicho segmento normativo blinda la impunidad contra cualquier proceso de responsabilidad disciplinaria o fiscal. Qué lejos está nuestra clase gobernante de aquella frase de Estanislao Zuleta, según la cual: “*el ejemplo es principio de democracia*”.

² En escatológica competencia doméstica con algunos pasajes de la conocida obra de Bram Stoker.

RACIONALIZACIÓN DE LAS TASAS DE INTERÉS EN COLOMBIA

RATIONALIZATION OF INTEREST RATES IN COLOMBIA



Rafael Rodríguez Jaraba*
Académico correspondiente
Capítulo seccional (Cali)

Sucinta justificación

En atención y consideración a la grave contingencia sanitaria que enfrenta y afronta el mundo entero, y en particular Colombia, como consecuencia de la pandemia causada por el contagio masivo del virus denominado COVID-19, así como por los impredecibles, imprevisibles e inestimables

* Abogado consultor, asesor y litigante. Especializado en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Maestría en Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Javeriana y del Centro de Estudios Garrigues de Madrid, España. Diplomado en Arbitraje, Litigio Arbitral y Conciliación. Certificado como Mediador de Conflictos de Gobierno Corporativo

alcances y consecuencias nefastas que amenazan con comprometer la estabilidad y sostenibilidad sanitaria, social y económica del país, considero que, en medio de esta dificultad, aflora una irrepetible oportunidad para modificar la metodología de cálculo de las tasas de interés en Colombia y, específicamente, de los llamados INTERÉS BANCARIO CORRIENTE (IBC), INTERÉS REMUNERATORIO (IR), INTERÉS MORATORIO (IM) e INTERÉS MÁXIMO LEGAL (IML) generalmente denominado TASA DE USURA (TU).

Contrario a lo que generalmente se cree, las tasas de interés las fijan los mismos establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento) y no el Gobierno, quien tan solo, por medio de la Superintendencia Financiera, se limita a certificarlos y promulgarlos, con lo que dichas tasas de interés se convierten en referentes legales para valorar el costo del servicio de las deudas crediticias.

Tan solo basta revisar con rigor y hondura, la oscura y confusa redacción del artículo 884 del Código de Comercio para ratificar la anterior aseveración.

En ese apartado comercial, textualmente reza:

“C. Co. ARTÍCULO 884. ‘LIMITE DE INTERESES Y SANCIÓN POR EXCESO’. ‘Artículo modificado por el Artículo 111 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente’: Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

El artículo antes aludido, enuncia una metodología de cálculo, pero no explica, qué es INTERÉS BANCARIO CORRIENTE ni cómo se obtiene y calcula.

por Global Corporate Governance Forum, IFC y World Bank. Conjuez. Árbitro. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Valle, Universidad Icesi y Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Autor de artículos investigativos y científicos publicados en revistas indexadas. Analista y Consultor jurídico, corporativo y financiero. Ha sido columnista de El País y Semana.

Para saber qué es y cómo se obtiene y calcula, es necesario remitirse al profuso y farragoso Decreto 2555 de 2010, que en su artículo 11.2.5.1.1 se refiere a la *certificación del IBC*, y predica lo siguiente:

“La Superintendencia Financiera de Colombia certificará el interés bancario corriente correspondiente a las modalidades de crédito señaladas en el artículo 11.2.5.1.2 del presente decreto. Para el desarrollo de dicha función, la Superintendencia Financiera de Colombia contará con la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos de crédito. La tasa de las operaciones activas se analizará mediante técnicas adecuadas de ponderación, pudiendo ser exceptuadas aquellas operaciones que por sus condiciones particulares no resulten representativas del conjunto de créditos correspondientes a cada modalidad.

La metodología para el cálculo del interés bancario corriente, así como cualquier modificación que se haga a la misma, deberá ser publicada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera previa a su aplicación.

Las tasas certificadas se expresarán en términos efectivos anuales y regirán por el periodo que determine la Superintendencia Financiera de Colombia, previa publicación del acto administrativo”.

A su vez, el artículo 11.2.5.1.2 del referido decreto establece:

“**Artículo 11.2.5.1.2** Modalidades de crédito cuyas tasas deben ser certificadas.

1. Microcrédito: es el constituido por las operaciones activas de crédito a las cuales se refiere el artículo 39 de la Ley 590 de 2000, o las normas que la modifiquen, sustituyan o adicione, así como las realizadas con microempresas en las cuales la principal fuente de pago de la obligación pro venga de los ingresos derivados de su actividad.

Para los efectos previstos en este numeral el saldo de endeudamiento del deudor no podrá exceder de ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la aprobación de la respectiva operación activa de crédito. Se entiende por saldo de endeudamiento el monto de las obligaciones vigentes a cargo de la correspondiente microempresa con el sector financiero y otros sectores, que se encuentren en los registros con que cuenten los operadores de bancos de datos consultados por el respectivo acreedor, excluyendo los créditos hipotecarios para financiación de vivienda y adicionando el valor de la nueva obligación.

Por microempresa se entenderá lo establecido en el Artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto número 1074 de 2015, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.

2. Crédito de consumo y ordinario:

a) El crédito de consumo es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales para financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios para fines no comerciales o empresariales, incluyendo las efectuadas por medio de sistemas de tarjetas de crédito, en ambos casos, independientemente de su monto;

b) El crédito ordinario es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales o jurídicas para el desarrollo de cualquier actividad económica y que no esté definido expresamente en ninguna de las modalidades señaladas en este artículo, con excepción del crédito de vivienda a que se refiere la Ley 546 de 1999.

3. Crédito de consumo de bajo monto:

Es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas en los términos del Título 16 del Libro 1 de la Parte 2 del presente decreto.

Parágrafo 1. Para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 11.2.5.1.1 del presente decreto, se entiende que no es representativo del conjunto de créditos correspondientes a la modalidad del crédito ordinario, entre otros, el crédito preferencial, esto es, el constituido por las operaciones activas de crédito que, por sus características particulares o especiales, se pactan en condiciones diferentes a las que generalmente utiliza la entidad para con el público.

Parágrafo 2. Para los efectos previstos en este decreto, la clasificación de una operación activa de crédito en una modalidad particular se hará por parte del acreedor al momento de la aprobación y permanecerá así hasta su cancelación con base en los criterios establecidos en el presente decreto. El acreedor deberá informar al deudor la modalidad en la que fue clasificado el crédito en el momento de la aprobación.

Parágrafo 3. Sin perjuicio de lo señalado en el numeral primero del presente artículo, el cobro de los honorarios y comisiones por parte de los intermediarios financieros y las organizaciones especializadas en crédito microempresarial, autorizado por el artículo 39 de la Ley 590 de 2000, será procedente únicamente en los eventos previstos en dicha disposición“.

La lectura y análisis de estos densos artículos permite de manera leal concluir, que en Colombia las tasas de interés de colocación las fijan los mismos establecimientos de crédito, y que el Estado, en cabeza del Gobierno y por medio de la Superintendencia Financiera, tan solo funge como un notario que certifica esas tasas de interés que cobran los establecimientos de crédito.

Si se aplica el artículo 884 del Código de Comercio y se armoniza con los artículos 11.2.5.1.1 y 11.2.5.1.2 del Decreto 2555 de 2010, se puede ciertamente concluir, que de conformidad con la Resolución 0351 del 27 de marzo de 2020 de la Superintendencia Financiera, las tasas de interés de colocación vigentes en Colombia, en momentos en que la contingencia sanitaria empieza a lacerar y asolar la economía colombiana, son las siguientes:

Interés bancario corriente para crédito ordinario y de consumo.

TASA PROMEDIO PONDERADO DE COLOCACIÓN

18.19 % interés efectivo anual (IEA)

TASA MÁXIMA LEGAL DE COLOCACIÓN

Hasta **27.29 %** IEA

TASA DE USURA

Por encima de **28.04 %** IEA

Interés bancario corriente para microcrédito

TASA PROMEDIO PONDERADO DE COLOCACIÓN

37.05% interés efectivo anual (IEA)

TASA MÁXIMA LEGAL DE COLOCACIÓN

Hasta **55.58 %** IEA

Tasa de Usura

Por encima de **55.58 %** IEA

Interés bancario corriente para crédito de consumo de bajo monto

TASA PROMEDIO PONDERADO DE COLOCACIÓN

34.18 % interés efectivo anual (IEA)

TASA MÁXIMA LEGAL DE COLOCACIÓN

Hasta **51.27 %** IEA

TASA DE USURA

Por encima de **51.27 % IEA**

Ahora bien, desde el punto de vista de la captación del ahorro público, la situación no cambia, en razón a que son los mismos establecimientos de crédito quienes también fijan la **TASA DE CAPTACIÓN** por medio de un indicador denominado DTF, que significa la tasa de interés que en promedio pagan los establecimientos de crédito a los ahorradores, cuando éstos entregan sus ahorros mediante la constitución de certificados de depósito a término (CDT) con plazo de 90 días.

Si revisamos la **TASA DE CAPTACIÓN** vigente en la presente semana encontramos que es:

TASA DE CAPTACIÓN DEL AHORRO PUBLICO (DTF)

4.53 % interés efectivo anual. (IEA)

Lo anterior pone de presente, que la diferencia entre la **TASA DE CAPTACIÓN (4.53 %)** y la **TASA DE COLOCACIÓN (18.19 %)** es sideral, y en buena medida explica, la jugosa rentabilidad que obtiene el sistema financiero en comparación con todos los sectores de la economía real, sin entrar a considerar los caros costos financieros que deben pagar los usuarios por un servicio público.

No siendo poco lo anterior, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 371 de la Constitución Nacional, el Banco de la República, como banco central, tiene entre sus funciones la de ser banquero de los establecimientos de crédito para irrigarles recursos cuando afrontan situaciones transitorias de iliquidez, y cuando lo hace, les cobra la llamada **TASA DE INTERVENCIÓN**, la cual para el mes de abril de 2020 tan solo es de **3.7 %** efectivo anual.

Las cifras de las tasas de interés antes mencionadas, de suyo revelan el resultado irracional que arroja la metodología de cálculo aplicable para establecer las tasas de interés en Colombia, así como la total ausencia de intervención del Estado en la fijación de ellas, empero lo gravosas, onerosas y embarazosas que resultan para la economía nacional y lo mucho que estas caras tasas de interés obstruyen su desarrollo, crecimiento y expansión; además, de que contribuyen a la concentración de la riqueza y a la masificación de la pobreza, y de manera absurda estimulan la interme-

diación financiera, el prestamismo y el agiotismo, y desestimulan, golpean y obstruyen el trabajo de la industria, el comercio y las actividades de servicios.

Si bien apalancar el desarrollo requiere de un sector financiero sólido, confiable y sostenible, no es conveniente que el formidable negocio de los establecimientos de crédito sea, en buena medida, producto de la tolerancia estatal que permite el cobro de unos servicios caros y la obtención de unos márgenes de intermediación exorbitantes en la prestación de un servicio público que es básico para auspiciar el desarrollo.

Los negocios deben generar rendimientos suficientes para sufragar con holgura los costos, compensar la administración de los riesgos y rentar el capital; pero en una economía sana, la intermediación financiera no debe ser el mejor negocio, y de serlo, se convierte en una actividad lesiva a la productividad, que contrae el sector real, desestimula el trabajo y niega posibilidades de alcanzar un crecimiento equitativo y armónico.

Si bien el Estado debe ser respetuoso del mercado, de la iniciativa privada y de la libertad de asociación empresarial, no puede ni debe ignorar, y menos tolerar, prácticas abusivas que envilecen la economía.

El mercado financiero en Colombia, desde hace mucho tiempo, está desbordado; pero el Estado no lo reconoce. Los gobiernos por temor a mostrarse intervencionistas esperan y esperan, y terminan siendo tolerantes y complacientes con los abusos. Esta permisividad ha ido acostumbrando al usuario a la indefensión y a la resignación.

Es obligación perentoria de los Estados intervenir los mercados cuando los precios no son el resultado de la libre interacción de la oferta y la demanda. Es inequívoco que en el mercado financiero colombiano, la oferta tiene una posición articulada, dominante y abusiva, que le permite colocar todas las condiciones, mientras que la demanda está sometida a acogerlas sin opciones ni alternativas.

Proposición en concreto

Dada la grave situación sanitaria, social, económica y financiera que afronta la nación, la cual puede prolongarse y llegar a afectar todos los sectores de

la economía, inclusive al mismo sector financiero, que de seguir cobrando tan onerosas tasas de interés corre el riesgo de no poder hacerlas efectivas ante la creciente iliquidez y evidente insolvencia que cada día más tendrá el mercado, y que con ello se pueda precipitar una crisis financiera con profundas repercusiones para el futuro del país, se propone lo siguiente: que el Gobierno nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, así como en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, o en los que seguramente tendrá que expedir, y por medio de los cuales se declarará nuevamente un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, considere la conveniencia de modificar la metodología empleada para establecer las tasas de interés en Colombia, entre tanto culmina la emergencia sanitaria y se normalizan las actividades del sector productivo, y que la modificación establezca lo siguiente:

Que con el propósito de conjurar la crisis social, económica y financiera que ya se evidencia como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional, el cálculo de la tasa de interés de colocación para todas las modalidades de crédito, tenga como base la tasa de interés de captación (DTF) y no el denominado INTERÉS BANCARIO CORRIENTE (IBC), de manera que se mantenga la libertad de los establecimientos de crédito para fijar las tasas de interés de captación y colocación, siempre y cuando en ningún caso, la tasa de colocación para todas las modalidades de crédito, supere tres (3) veces la tasa de captación (DTF), y quien lo haga incurra en el delito de usura tipificado en el artículo 305 del Código Penal.

Ahora bien, si no se quisiera asociar el DTF a la tasa máxima de colocación, también, y de manera supletiva se propone, que la tasa máxima de colocación no supere tres (3) veces la tasa de intervención a la cual el Banco de la República presta a los establecimientos de crédito, e inclusive, que la tasa máxima de colocación no supere tres (3) veces el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Conclusión

Es claro que, de no hacerse la modificación que se propone, la cual es racional, legal, posible y sostenible, y ante la creciente desaceleración de

la economía nacional, las obligaciones financieras de los colombianos se acumularán y encarecerán, y resultará poco probable que puedan atender el pago de ellas y que los establecimientos de crédito las puedan redimir, lo que podría ocasionar una profunda y muy prolongada crisis social, económica y financiera que agudizaría aún más la agobiante situación que ya se está viviendo Colombia.

Sería deseable que, una vez superada la emergencia, el Gobierno promoviera la reforma que se propone para que sea permanente, la cual le restituiría la equidad al mercado financiero, disminuiría el endeudamiento y aumentaría de manera ostensible la productividad y la competitividad nacional.

Segunda parte

Profesor
internacional
invitado

IMPOSICIÓN CULTURAL, LA BÚSQUEDA DE DENOMINADORES COMUNES Y LA “MISIÓN COMPARATISTA” DE LAS REVISTAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*



Lucio Pegoraro**
Profesor internacional invitado

Resumen: El ensayo abarca el tema del papel de una revista comparatista, la universidad y en general la cultura jurídica en el marco de la globalización. Destaca la exigencia de buscar denominadores comunes con otras culturas jurídicas, superando la visión eurocéntrica de los derechos humanos como único elemento, propia de los constitucionalistas. Se detiene también sobre algunos problemas epistemológicos, especialmente el enfoque racionalista para estudiar el Derecho.

Palabras clave: Derecho comparado, cultura jurídica, cultura constitucionalista e inter-culturalismo.

* Investigación realizada en el marco del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

** Profesor catedrático de la Universidad de Bolonia, profesor afiliado a la Universidad Autónoma de Nuevo León y director del Centro Studi América Latina. luciopegoraro@hotmail.com

CULTURAL IMPOSITION, THE SEARCH FOR COMMON DENOMINATORS, AND THE “COMPARATIST” ROLE OF CONSTITUTIONALIST JOURNALS

Abstract: The essay is about the roles of a comparatist journal, the University, and in general the juridical culture in the context of globalization. The article highlights the need to look for common denominators with other juridical cultures, thus moving beyond the Eurocentric vision of the constitutionalists that holds human rights as the only factor. It also dwells on some epistemological problems, particularly on the rationalist perspectives as an approach to the Law.

Key words: Comparative Law; juridical culture; constitutionalist culture; interculturalism.

La universidad, la producción científica y el papel de una revista abierta al mundo

Lo que pretendo en estas páginas es establecer las que, en mi opinión, deben ser las coordenadas de una revista jurídica llamada a desempeñar un papel crítico y propositivo, y no solo de análisis y crítica “interna” a un sistema, como pasa en su mayoría. Convencido que el papel de la doctrina científica no es comentar (y criticar) las decisiones de los formantes legislativo y jurisprudencial, sino proponer a los legisladores y jueces las líneas de pensamiento, quiero patrocinar la apertura, también, de las revistas constitucionalistas al “verdadero” Derecho comparado: una ciencia que no pocas ni pocos afirman estar al servicio de una función “subversiva”¹. En España y América Latina, el Derecho comparado es ciencia, en su mayoría, desconocida. (Mejor: es conocida en un sentido rudimental, a menudo sinónimo de “Derecho extranjero”, en cualquier caso limitadamente a áreas homogéneas, y casi siempre de “Derecho occidental”, con raras excepciones.)²

Tomo inspiración en una entrevista que F.J. Díaz Revorio realizó para la revista italiana *Diritto pubblico comparato ed europeo* en el n. 2/2019,

¹ Ver H. Muir Watt, “La fonction subversive du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss.; además, G.P. Fletcher, “Comparative Law as a Subversive Discipline”, en *Am. Journ. comp. law*, n. 4, 1988; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019.

² Reenvío a L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, p. 19 ss., trad. esp. *Derecho constitucional comparado, I, La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, y Unam-Inst. de Invest. Jurídicas, México, 2016, p. 7 ss.

titulada “Il diritto comparato in Spagna: una scienza senza disciplina accademica (nonostante l’apertura al mondo)”³. Allí se habla de una estrecha conexión, por supuesto, entre la universidad y la investigación, entre la parte práctica de una disciplina y todas las sedes, donde se desarrolla la comparación entre estudiosos.

Como afirma Díaz Revorio, debatiendo sobre España, «*es verdad que tradicionalmente no han existido asignaturas de Derecho Comparado, ni público ni privado, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho españolas. Y resulta difícil establecer los motivos concretos de esta ausencia, más llamativa si nos comparamos con otros países europeos, que en muchos otros aspectos nos han influido. Podría pensarse que ha habido una cierta sensación de aislamiento, de especialidad que nos dificultaba la equiparación con otros ordenamientos europeos. España se consideraba de algún modo “diferente” y se miraba sobre todo a sí misma. Esta sensación, más o menos acusada en distintos momentos de la Edad Contemporánea, desde luego se intensificó durante el período franquista (...) Pero también, para ser honestos, podemos decir que tal vez el panorama desolador caracterizado por la ausencia casi absoluta del Derecho Comparado en nuestros planes de estudio, poco a poco se va mitigando. Sin embargo, quizá la raíz del problema no se corrija hasta que esta disciplina científica no configure en España sus propios parámetros metodológicos, y logre establecerse como rama autónoma de la ciencia jurídica*».

En América Latina la situación no es tan distinta, se publican a menudo excelentes trabajos comparados, aunque centrados en el Derecho occidental, pero casi ningún escrito metodológico⁴. Muchas revistas se denominan de Derecho comparado, pero casi siempre los artículos se refieren a otro país, respecto al país de edición, o a principios/normas/instituciones propias y comunes de Occidente o de una área jurídico-cultural de Occidente, escritos con la “mentalidad” propia del jurista positivo o del teórico iusnaturalista. En muchos países se proponen cursos, clases maestrías, másteres, especialidades en Derecho comparado, o que contienen una parte dedicada

³ *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2019, p. 653 ss.

⁴ V. sin embargo en México la revista *Isotimia*, n. 4, 2011, monográfico, titulado “Estudios sobre metodología del Derecho Comparado. Homenaje al Profesor Lucio Pegoraro”, y sobre la situación de los estudios constitucionales-comparatísticos v. los números monográficos de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014, y del *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013.

al Derecho comparado, sin embargo, en su mayoría impartidas por juristas de Derecho interno o Teoría general. Es decir, no existe una disciplina académica, ni una cultura académica de la comparación. Los congresos, a menudo, se realizan sobre la base de las “relaciones nacionales”, así como muchos libros colectivos⁵. La técnica de las “relaciones nacionales”, o de los libros (pseudo)-comparatistas, si bien tiene el mérito de proporcionar nociones comunes útiles, tiene consecuencias prácticas que tienen un impacto en los formantes dinámicos, no solo en el aspecto doctrinal: la doctrina, donde no produce Derecho vinculante directamente, al menos influye en ello⁶. Si la producción doctrinal (a través de libros, artículos o congresos)

⁵ Sobre el tema cfr. L. Pegoraro “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes. Investigaciones en derecho y ciencias sociales*, n 43, Julio-diciembre de 2015, p. 219 ss., en *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss., y en *Cuad. del Inst. de Der. Comp.*, n. 1, 2018, pp. 75 ss.

⁶ En la construcción del Derecho, la doctrina contribuye a alimentar los formantes dinámicos, pero hoy, en el mundo occidental, no produce directamente Derecho vinculante. Pero no ha sido siempre así en el pasado, ni es así hoy en cualquier sitio. Como es sabido, en el Derecho romano, y hasta la Revolución francesa (e incluso más tarde, en Alemania, gracias a la Pandectística y en Andorra hasta 1993), la doctrina también creaba Derecho: la manifestación más clara de ello fue la “Ley de las citas”, con la cual en 426 d.C. Teodosio II creó una suerte de *Stufenbau* de las opiniones de los juristas, con el vértice de la jerarquía en Pablo, Ulpiano, Gaio, Modestino y otros, y criterios para resolver las antinomias. El Derecho hindú se basa todavía ampliamente (aunque de forma recesiva) en las interpretaciones de los doctos recopiladas entre los siglos XII y XVII en los *Nibandhas*, comentarios del *Manusmrti*, o *Código de Manu*. [Véase al menos W.F. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U.P., New Delhi, 2003; R. Lingat, *The Classical Law of India*, Un. of California Press, Berkeley, 1973; Id., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l’Inde*, Mouton & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell’India*, Giuffrè, Milano, 2003; P. Diwan, *Modern Hindu Law*, 9ª ed., Allahabad Law Agency, Allahabad, 1993. Una síntesis eficaz de las fuentes de ese Derecho se encuentra ahora en D. Amirante, voz “Diritto indù e diritto indiano”, en L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 97 ss., trad. esp. “Derecho hindú y Derecho indio”, en L. Pegoraro (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enriquez Fuentes, P. Torres Estrada), Porrúa, México, 2012, p. 216 ss.; Id., “Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 1 ss., y en *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013, cit., p. 239 ss.; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, Bup, Bologna, 2015; Id., *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell’India contemporanea*, Esi, Napoli, 2019.] El Derecho musulmán, que vincula a 1300 millones de personas, tiene entre sus fuentes la *ijma*, es decir, la opinión acorde de la comunidad (sunita, no chiita) de los juristas-teólogos, o al menos de los más destacados, a condición de que esté muy difusa y formulada caramente: cfr. M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari,

inculca o fomenta la idea de que lo que va bien aquí también vale allí, esta idea podrá repercutir en los legisladores y en los jueces, que podrían tener la tentación de buscar en el Derecho extranjero soluciones improvisadas (en los contextos de decisión o invención) y/o de producir procesos de justificación de las elecciones (en el contexto de justificación o validación).

En la práctica –destaca Díaz Revorio– «*la relación entre docencia e investigación suele ser muy estrecha, y se produce de forma bidireccional. El profesor transmitirá habitualmente, de forma más intensa, las conclusiones de sus investigaciones a través de su docencia. Y, por otro lado, esta actividad docente, así como las inquietudes de los alumnos, tenderán a reflejarse en nuevas vías de investigación. Esta relación es, en general, claramente positiva. Pero si, como ya he apuntado lo que sucede en España en el caso del Derecho Comparado, falta una disciplina consolidada, respaldada por un área de conocimiento autónoma (que a su vez, con frecuencia, suele tener soporte en una asignatura estable en la mayoría de los planes de estudio de contenido jurídico), es comprensible que los resultados de la investigación en este ámbito sean verdaderamente pobres*».

Aquí, y al otro lado del océano, la universidad no alimenta la curiosidad por el mundo, y la producción científica sigue siendo esclava de unas visiones parroquiales y unidireccionales. A su vez, estas visiones parroquiales y unidireccionales convencerán a la universidad de que el único camino a seguir es limitar el estudio en áreas restringidas y con un estricto positivismo legista y utilitarista, o basado en una *Grundnorm* metafísica que pretende ser la misma para todos, siempre y en todas partes (separación de poderes y derechos humanos).

La vocación mundialista

Como recuerda Berndt Marquardt en su majestuoso tríptico *Historia mundial del Estado*⁷, «El ser humano ha vivido la mayor parte de su historia

2000, p. 387 ss., y sintéticamente M. Oliviero, voz “Derecho islámico”, en L. Pegoraro (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 120 ss.

⁷ V. la excelente obra, en 3 volúmenes, de B. Marquardt, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotá, 2012; II, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Temis, Bogotá, 2013; III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014, y además Id., *Los dos siglos del Estado constitucional*

sin el Estado. Por lo menos el 99.5 por ciento de la misma»; poco menos del 60 % está representado por Asia; más de 25 millones de musulmanes viven en Europa, así como un millón de chinos viven en el viejo continente y, muchos otros, en el nuevo. El Medio y Cercano Oriente, y África, junto con los migrantes, también exportan diferentes culturas, que sobreviven en sus comunidades, al margen de las áreas territoriales y sociales de Occidente.

Los problemas derivados de la comparación están a la vista de todos. La alimentación, el velo, las prácticas religiosas, las relaciones familiares y hereditarias, la igualdad, el papel de la mujer, el secularismo, los derechos del niño, los servicios de salud, la prestación de servicios, la relación con el medio ambiente, la ciudadanía, el voto, la legitimación del poder, etc., se manifiestan de manera diferente y a menudo opuesta.

La política a menudo resuelve el conflicto construyendo muros y cerrando puertos. Los valles romanos, y los otros construidos a lo largo de los siglos, desde la Gran Muralla hasta el Muro Atlántico, desde la línea Maginot hasta la línea gótica, todos sobrepasados, parecen no haber enseñado nada. La ciencia jurídica, por su parte, a menudo se cierra en sí misma, proponiendo la única receta que parece capaz de articular: respeto por la dignidad y los derechos humanos. ¿Dignidad?, ¿derechos humanos?, ¿derechos fundamentales? «*When I use a word*”, *Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean – neither more nor less”*. “*The question is,*” said Alice, “*whether you can make words mean so many different things.*” “*The question is,*” said Humpty Dumpty, “*which is to be master – that’s all*”»⁸.

en América Latina (1810-2010), Historia constitucional comparada, 2 vols, I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nacional de Colombia-Inst. Unidad de Investigaciones Jur.-Soc. G. Molina, Bogotá, 2011; Id., *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Un. Nacional de Colombia, Bogotá, 2014; Id., *Historia mundial del Estado. El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Ecoe, Bogotá, 2014; Id., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016.

⁸ L. Carroll, *Attraverso lo specchio*, en C. Pasi (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carroll nella traduzione di Antonin Artaud*, Einaudi, Torino, 1993, p. 24 ss. Y vale la pena, entonces, señalar también el pasaje recordado *ivi*, p. 71, de C. Pasi, “Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui”, en el que Artaud se pregunta «hasta qué punto los escritores tienen derecho a creer que es el ‘dueño de la de la lengua’». Véase también A. Belvedere, “I poteri semiotici del legislatore (Alice e l’art. 12 preleggi)”, en L. Gianformaggio, M. Jori (eds), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 85 ss.

Dividir el mundo en dos: los que respetan los derechos y la división de poderes y los que no, negándose a reconocer la existencia de distintos valores a parte de los occidentales; sin embargo, debe implicar conciencia de elección. En las universidades europeas y latinoamericanas, por lo general, los estudiantes estudian Locke y Montesquieu, o al menos aprenden los conceptos básicos de la división de poderes y los derechos. No obstante, nunca leyeron una línea del Corán, los Vedas, Confucio. No tienen ni una mínima noción. Sus elecciones axiológicas se basan en el conocimiento de nosotros mismos, en comparación con la ignorancia de los demás.

Tanto una revista de Derecho comparado, como la universidad, deben asumir su responsabilidad: la “internacionalización” no significa enseñar solo nuestra cultura jurídica, y mucho menos imponerla (mejor: dar por sentado que la nuestra es la única que existe, y no tener en cuenta las demás porque son “inferiores”). Si queremos entender el mundo, sobre todo el mundo de hoy, sin fronteras, excepto las políticas y físicas erigidas por políticos “populistas” y “soberanistas”, y las fronteras culturales perpetradas por juristas interesados solo en su país, o en el Occidente, debemos aceptar que las reglas que obligan a las comunidades no son solo aquellas construidas de acuerdo con nuestros esquemas.

Hacer Derecho comparado en el ámbito constitucional, hoy, no solo significa saber cuántos senadores tiene cada Estado de EE. UU., o cuánto tiempo tiene el Rey español para formar un gobierno, sino aceptar (¡incluso si es difícil!) que la representación política como se entiende aquí es (casi) totalmente ajena a visiones de política diferentes a las imaginadas por la Ilustración; que la relación entre persona y comunidad se declina en todo momento y lugar con diferentes opciones; que la religión a menudo condiciona y vincula el comportamiento más que cualquier ley secular (como también lo fue en Occidente en un pasado no muy lejano). En resumen, que la palabra “Derecho” tiene connotaciones bastante precisas en nuestro ámbito cultural, pero fuera de ello incluye experiencias que Occidente ha expulsado hace mucho tiempo.

En consecuencia, es necesario comparar para encontrar denominadores comunes, sin pretender que solo los nuestros sean comunes (¿dignidad? ¿derechos fundamentales?). Hay otros, además de *liberté*, como *égalité* y *fraternité*, como familia, como naturaleza y medio ambiente, y la Tierra,

como armonía (distante pero también cercana, en sus diversas formas, a racionalidad: *amae*, *ubuntu*, *hexie*, *dharma*, *fanahy maha-olona*, *sumak kawsay* ...). No es obvio que conceptos considerados asépticos, como “derechos fundamentales”, “derechos humanos”, “federalismo”, “división de poderes”, hasta “democracia”, tengan un valor universal, si al menos no están acompañados de un equilibrio con otro modo de entender los fenómenos sociales: por ejemplo, además de los mencionados anteriormente, “deber”, “moralidad”, “religión”, “tribu”, “perdón”, “ociosidad”, “tradicción”, “justicia”, “deferencia”, “felicidad”, etc.

Eso me parece particularmente importante en América Latina, donde el Derecho interno “estatal” debe confrontarse con formas de producción autóctonas –el Derecho indígena– que dan tantos problemas e interrogantes a constituyentes, legisladores y jueces.

El jurista occidental no parece entender, en toda su gravedad, los cambios que cada vez más afectan a los fenómenos jurídicos. Prefiere, de hecho, continuar usando una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente euroatlántica. En otras palabras, le preocupa delimitar y especificar en qué consiste el “occidente jurídico” y «los argumentos con los que Occidente, máximo artífice [de] la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas. Son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que solo nosotros tenemos el Derecho, mientras que los demás solo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos»⁹.

Entre los comparatistas publicistas y los constitucionalistas, la producción científica orientada a la posición y solución de problemas metodológicos y teóricos es escasa; en los mismos cursos universitarios –enseña la experiencia– muy pocos docentes anteponen a la enseñanza de temas sustanciales aquellos indispensables soportes metodológicos que constituyen la misma razón de ser de la comparación jurídica; las exposiciones generales ilustradas, entre los privatistas, por trabajos monumentales, como tratados o manuales de Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert y Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff, y otros aún¹⁰,

⁹ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, p. XII.

¹⁰ Nos referimos principalmente (pero no exclusivamente) a las siguientes obras: G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; M. Ancel, *Utilité et*

–y continuadas por generaciones sucesivas¹¹– son ausentes, con raras excepciones¹², en el Derecho Público y Constitucional¹³.

méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. it. *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Jovene, Napoli, 1978; H.C. Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge U.P., Cambridge, 1946, p. 34, 2ª ed., 1949, trad. fr. *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Lgdj, París, 1953; K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it. *Introduzione al diritto comparato. Volume 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, y *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it. *Introduzione al diritto comparato, vol. II: Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland, Oregon, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004; L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung, I, Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996, y Id., *Die rechtsvergleichende Methode, II, Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. esp. *El metodo comparativo*, en *Tratado de Derecho Comparado*, vol. II, Ed. Un. de Valparaíso, Un. Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1987, trad. it. *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000; P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 voll., Lgdj, París, 1950-1952; E. Agostini, *Droit comparé*, Puf, París, 1988; A. Harding, E. Öricü (eds), *Comparative law in the 21st Century*, Kluwer Academic Publishers, London, 2002; W.F. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, 2ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2006; R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed. actualizada, Dalloz, París, 2016, trad. it. *I grandi sistemi giuridici*, 5ª ed. coordinada por R. Sacco, Cedam, Padova, 2004; R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019.

¹¹ V. por ejemplo, en Italia, A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Utet, Torino, 2002; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997; G. Ajani, *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Un. di Trento – Dip. di scienze giuridiche, Trento, 1993; Id., *Il modello post-socialista*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1996; U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2018; P.G. Monateri, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997; M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Torino, 2007; F. Castro, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

¹² La referencia es a A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983; Id., *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1998.

¹³ También otras formas de producción literaria (ensayos y artículos en particular) señalan una más asidua presencia de los privatistas, incluso en la literatura anglosajona: se pueden ver, por ejemplo, J.C. Reitz, “How to do Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 46, 1998, p. 597 ss.; D. Kennedy, “The Politics and Methods of Comparative Law”, en P. Legrand, R. Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*,

“Cultura constitucional” es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder –el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores–, para imponer un “núcleo ético esencial” que dirige esos valores, los limita y a veces incluso los anula¹⁴.

Civilistas y constitucionalistas

A diferencia de los civilistas/comparatistas, que desde principios del siglo pasado han podido ampliar el significado de la palabra “Derecho”, la mayoría de los constitucionalistas de todos los países se aferran tenazmente a la idea de que el Derecho es solo el occidental, y todo el resto de la humanidad representa una mera curiosidad antropológica: estudian a “los bárbaros”, asumiendo su propio Derecho como marco de referencia, como Leni Riefenstahl, la famosa y capaz fotógrafa del Tercer Reich, describió a los grupos étnicos “inferiores”. La academia española refleja este patrón, por no mencionar la estadounidense, donde el esfuerzo de comprensión está casi totalmente ausente. Pero la italiana no es menos, en muchos de sus elementos, al igual que la francesa, la portuguesa y la alemana.

Una prueba del tipo diferente de curiosidad mental de los Constitucionalistas es demostrada por dos volúmenes de la Oxford University Press: el primero, de 2006, titulado *The Oxford Handbook of Comparative Law* y dirigido por M. Reimann y R. Zimmermann, afronta los problemas del

Cambridge, Cambridge U.P., 2002; R.B. Schlesinger, “The Past and Future of Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 43, 1995, p. 477 ss.; M. van Hoecke, M. Warrington, “Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model of Comparative Law”, en *Int. and comp. law quart.*, n. 47, 1998, p. 495 ss.; E. Özücü, “Unde Venit, Quod Tendit Comparative Law”, en A. Harding, E. Özücü, *Comparative Law in The 21st Century*, Kluwer, Den Haag, 2003, p. 1 ss.

¹⁴ L. Pegoraro, “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. Blume Fortini (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, p. 1321 ss., en *Rev. Dominicana de Der. Const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. Der. pol.*, n.104, 2019, p. 13 ss.

desarrollo de la ciencia comparada en varios países y se dedica luego a comparación y conocimiento, al método funcionalista, a semejanzas y diferencias, a trasplantes y recepciones, al “Derecho Extranjero”, a la comparación “globalizada”, a las relaciones con el Derecho consuetudinario, al lenguaje, a la cultura jurídica, a la relación del Derecho con la religión, la historia y las ciencias sociales, terminando con el análisis económico del Derecho en perspectiva comparada (para centrarse finalmente en los sectores específicos de la comparación, incluido el constitucional). El otro, de 2012, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, coordinado por M. Rosenfeld y A. Sajó, tiene solo una primera parte sobre los problemas metodológicos, la historia y los tipos¹⁵. De sus ensayos, el primero es de Teoría general y no de Derecho comparado¹⁶; el segundo es de Derecho interno estadounidense, y solamente el tercero y el cuarto tienen un corte más típico del comparatista. Las demás 1160 páginas tratan temas específicos (el federalismo, la estructura del Estado, los derechos, etc.), como en un libro homenaje o en memoria.

Los que han empezado a estudiar en perspectiva comparada fueron los privatistas, cuyo interés surgió también debido a las exigencias prácticas del comercio. Los publicistas, al contrario, sobre todo los alemanes, fundaron dogmáticas y teorías generales (no comparadas), y los constitucionalistas a menudo sufrieron el universalismo euro-céntrico, el neo-iusnaturalismo y se basaron en otras reconstrucciones absolutas, axiológicamente pre-confeccionadas (como el neo-constitucionalismo), que tienen poco que ver con la comparación¹⁷.

¹⁵ M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006; M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012. Las referencias son a la primera edición.

¹⁶ M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *ivi*, p. 1228 ss. Añado que se centra en problemas sustanciales específicos (legitimación de las Constituciones, *judicial review*, etc.), con una actitud apolítica del constitucionalismo estadounidense, y las únicas líneas sobre cuestiones epistemológicas son relativas a la relación entre Derecho constitucional comparado y Ciencia Política (p. 1228 ss.).

¹⁷ Denuncia el eurocentrismo de los estudios comparados (a pesar de su eclecticismo metodológico) H. Muir Watt, “Globalization and Comparative Law”, en M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 583. Véase también M. Nicolini, “Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach”, en R. Masterman, R. Schütze (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2019.

Hay razones históricas. El Derecho comparado como ciencia moderna nace en el siglo XIX-XX, cuando todavía no existía una ciencia (y solo pocos cursos) de Derecho constitucional, y el Derecho público manifestaba intereses comparados muy limitados.

Justamente los privatistas-comparatistas han evocado el problema de la metodología comparatista; ellos, por lo demás, han puesto las bases de las clasificaciones en familias de varios ordenamientos; son los privatistas quienes han prevalentemente estudiado las fuentes del Derecho en óptica macro; ellos aún hoy continúan cultivando –en Francia como en Alemania o en el Reino Unido o en Italia– estudios libres de la subordinación respecto de los respectivos Derechos nacionales, o no instrumentalizados al conocimiento del Derecho originario.

Por esta razón, es de obligación, en el manejo de la comparación iuspublicística, hacer prevalente referencia a las elaboraciones de los comparatistas de matriz civilista, por los menos en los sectores de intereses común: método, fuentes, familias y sistemas, clasificaciones, macrocomparaciones en general. En los estudios de Derecho público comparado metodológicamente desarrollados, raramente puede faltar las referencias a la producción científica del Derecho privado comparado, si se opera en el nivel de las problemáticas ahora evocadas.

Es lógico, por todo ello, que los constitucionalistas sufran un *handicap* genético y funcional, lo que los induce a tomar como parámetro de evaluación, en su investigación, el objeto de la misma: las constituciones, tal como elaboradas con base en el constitucionalismo, clásico o reinterpretado (y distorsionado) por el neoconstitucionalismo.

El Derecho comparado es algo distinto

Como he escrito, junto a Angelo Rinella, en la “Premisa” de “Sistemas constitucionales”¹⁸, «El Derecho (como el mundo) se puede observar des-

¹⁸ *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, trad. esp. *Sistemas constitucionales*, en L. Pegoraro, A. Rinella (eds), *Derecho constitucional comparado*, 2 vols, Astrea, Buenos Aires, 2017; *editio brevis: Sistemi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2020 (en proceso de publicación en portugués/brasileño, *Sistemas constitucionais comparados*, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020).

de la rejilla de un sótano, la ventana de casa, el balcón de un edificio, la cima de una colina o de una montaña, desde un avión o desde una estación espacial en órbita. Piaget ha escrito páginas imprescindibles sobre la percepción, y al igual que el test de Rorschach, son un buen ejemplo de cómo en la misma mancha se pueden ver cosas distintas. No existe una visión “correcta” y una “errónea”. Simplemente, son visiones diferentes, que proporcionan informaciones diversas. Aquella que es “errónea” (científicamente errónea) es la que reclama que la visión que se tiene desde el sótano, o desde la ventana de casa, sea la única “correcta”. Esta es la visión del Derecho comparado que, a menudo, tienen muchos constitucionalistas “domésticos”, convencidos de que para conocer el mundo basta aplicar las teorías y categorías aprendidas en casa (o en el sótano), otorgando a estas validez universal».

El guepardo caza solo, el lobo en manada y las leonas comparten la descendencia; el águila es monógama, no así otros animales. Así es con las culturas y las sociedades que crean estructuras jurídicas, que implantan en ellas específicas opciones axiológicas. (¿Antes el individuo o la comunidad?) El comparatista –que no vive y acepta solamente una *Grundnorm*, a diferencia del experto de la ley nacional– no podrá afectar el estudio con opciones preconcebidas, determinadas por su educación y su experiencia históricamente condicionada.

Todos nos hemos ocupado en la vida, y/o afortunadamente nos ocupamos, de varias cosas. La cultura europea, al menos, nos ha dejado un maravilloso legado, como esta capacidad de no especializarnos demasiado, de saber cómo resolver los casos incluso si no hay un precedente, de sentir curiosidad por cosas nuevas y diferentes, de conectar hechos, de contextualizar, incluso de cambiar de opinión. (Todo lo contrario de la cultura legal de los Estados Unidos, donde hay muy pocas excepciones). Es normal, por lo tanto, que los constitucionalistas internos se ocupen del Derecho extranjero. Todo lo contrario, de hecho, hoy, inevitablemente, esto sucede cada vez más a menudo, así como es normal que un comparatista escriba sobre el Derecho extranjero, o incluso sobre el Derecho de su país.

La gran diferencia es, para Sacco, la *mentalidad* diferente. Giorgio Lombardi, a su vez, evocó el “Derecho conocido”, es decir, el sistema de origen,

a partir del cual comenzaría la comparación¹⁹. Lo que da por sentado que el jurista nacional siempre conlleva su mentalidad cuando compara. Justo ahí, sin embargo, se encuentra la línea divisoria. Por supuesto, incluso el comparatista es víctima de sus propios criptotipos, de los que lucha por liberarse, pero precisamente la liberación al menos parcial lo distingue del jurista nacional, que, por otro lado, observa la ley “desconocida” y sigue usando sus categorías como criterio. El jurista nacional ni siquiera sabe de qué está hablando o, por elección consciente o inconsciente, relega la cultura, la mentalidad, los criptotipos al ámbito de la irrelevancia jurídica. Todas estas son cosas bien conocidas, al menos entre aquellos que saben la diferencia entre reconocer la *Grundnorm* y aceptarla²⁰, y sus repercusiones epistemológicas; entre los publicistas de todo el mundo no hay muchos, mientras que la distinción es fundamental para filósofos, teóricos y comparatistas de todos los países.

El tema que se abarca aquí no es quién es un comparatista y quién no; o si el Derecho extranjero es comparación o no. Tampoco se trata de discutir si estudiar Derecho extranjero para darlo a conocer dentro del propio sistema (aquel cuya *Grundnorm* es aceptada) se traduzca en una operación comparativa. El enfoque, al revés, es el aspecto práctico y material de la circulación de las concepciones dogmáticas internas, en uno de sus aspectos: la transferencia de visiones del Derecho (de sus aspectos particulares)

¹⁹ G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 29 ss., rechaza la condena que se hace al estudio del «Derecho extranjero» porque es «presupuesto necesario» del análisis comparado, manifestando su escepticismo en orden a la ecuación *Derecho extranjero = Derecho desconocido*, *Derecho propio = Derecho conocido*. Según Lombardi, «conocer el Derecho extranjero (o externo, o «desconocido todavía») es, por tanto, comparación, porque representa la primera operación mental, esto es, la “construcción” o “reconstrucción” de uno de los términos (que pueden ser múltiples, en el tiempo y en el espacio) del cotejo». Ya he respondido que no estoy de acuerdo en absoluto y que incluso la comparación “críptica” o “clandestina” que haría que un estudioso de una ley extranjera vaya al fondo de su investigación, ni siquiera existiría, si el mismo estudioso fuera un profundo conocimiento del sistema bajo investigación (Francia para un español, Estados Unidos para un italiano, etc.). Paradójicamente, si los estudiosos de los Derechos extranjeros fueran considerados comparadores, como Lombardi optó, serían solo aquellos que, al menos al principio, simplemente no los conocen: los únicos que hacen un “esfuerzo comparativo”, incluso si son clandestinos.

²⁰ U. Scarpelli, voz “Metodo giuridico”, en *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al cuidado de G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, y en *Id.*, *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 418 s.

al exterior o desde el exterior. Sin embargo, los perfiles están conectados: aquellos que están convencidos de que pueden estudiar un Derecho externo con sus propias categorías, escribiendo un artículo o un libro, probablemente también estarán convencidos de que su Derecho, o cualquier otro Derecho, puede exportarse al exterior, sea cual sea el formante afectado: legislación, jurisprudencia, doctrina. Y viceversa, de poder importar cualquier cosa.

Por lo tanto, es difícil ser un jurista “autóctono” y comparatista al mismo tiempo: como escribe Benedicte Fauvarque-Cosson, «it is impossible to be both a comparatist and a good French lawyer»²¹ (mientras que para Procida Mirabelli, el comparatista es “antagonista de lo dogmático”; y Somma habla de “juristas y comparatistas”, tal y como Scarpelli distinguía entre “filósofos y juristas”²²). Por otro lado, mientras el constitucionalista que hace (o intenta hacer) comparación sufre muchas dificultades, el comparatista que estudia (también) el Derecho interno generalmente tiene menos problemas. Comienza desde abajo (observación empírica), llega arriba, y el “arriba” está representado por clases y modelos que ofrecen diferentes claves de interpretación de la realidad, incluida la del Derecho interno, que por lo tanto, puede dominar, a diferencia de quién, empezando desde abajo –su propio sistema–, aplica a menudo el silogismo de Woody Allen: a) Sócrates es un hombre b) todos los hombres son mortales; c): todos los hombres son Sócrates, con la variante, en *La última noche de Boris Grushenko (Love and Death)*: así que todos los hombres son homosexuales. Es decir: a) Occidente (con la variante: “mi país”) tiene (o es) el Derecho; b) todas las regiones del mundo tienen Derecho; c) por lo tanto, todo Derecho es o (debe ser) occidental (o hay que medirlo según las categorías de mi país).

Sin duda, hacer una *actio finium regundorum* de la materia “Derecho público comparado” no es fácil, también porque se caracteriza por aceptar, de hecho presuponer, la contribución de otras disciplinas, tanto jurídicas

²¹ B. Fauvarque-Cosson, “Development of Comparative Law in France”, en M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 61.

²² A. Procida Mirabelli di Lauro, “Prefazione” a L.-J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. del libro de L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971), Giappichelli, Torino, 1996, p. xxx; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., *passim*.

como sociales. A no ser que se decida que esta es típica solamente del Derecho occidental, –como más de uno cree– el Derecho comparado no puede ignorar la contribución de la geografía, la geopolítica, la economía, la sociología, la antropología, la historia de las religiones, la filosofía, de psicología, etc.²³ Por otro lado, además, el Derecho occidental está en el centro de la investigación comparativa/publicista, e incluso representa su elemento básico, si no exclusivo. Esto se debe a la colonización que lo ha impuesto en gran parte del mundo, que casi siempre ha incorporado su forma, aunque también de manera limitada el contenido.

No sueño con excluir de la categoría de comparatistas cuántos –en el contexto del *tertium comparationis* representado por el constitucionalismo occidental– comparan ordenamientos e instituciones que lo componen. Además, aquellos que eligen como objeto principal de su investigación un sistema específico, o la comparación dentro de un sistema específico como el *common law* o el *civil law* o el *soviet law* o el Derecho europeo, no diversamente de aquellos que, fuera de los mismos, estudian el Derecho islámico o los sistemas orientales o asiáticos o indígenas, con base, naturalmente, en “constituciones” en sentido sustancial y de estructuras de “Derecho público”, aunque a menudo se mezclan con las privadas.

Siempre he expresado más dudas sobre la etiqueta de comparatista/publicista por aquellos interesados *solo* en un sistema *estatal* específico (además del suyo, mejor cerca de casa). Su mentalidad es la misma que la de un jurista de Derecho interno.

Como lo recuerda R. Sacco, la diferencia entre un estudioso de Derecho extranjero y un comparatista es la que hay entre un políglota y un lingüista: «El políglota conoce muchas lenguas, pero no sabe medir las diferencias ni cuantificarlas, cosas que sí el lingüista sabe hacer. Así el comparatista posee un conjunto de nociones y datos de diferentes ordenamientos

²³ L. Pegoraro, “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en *Rev. jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss., y en L. Moccia *et al.* (Directores), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, p. 437 ss.; Id., *Derecho constitucional comparado, I, La ciencia y el método*, cit., p. 150 ss.

y sabe hacer una comparación, midiendo los elementos comunes y las divergencias»²⁴.

Creo que ninguna facultad de idiomas sería llamaría a dar clases a un políglota en un curso de lengua extranjera, en lugar de a un lingüista. (Como mucho podría ser tutor.) Al contrario, esto es lo que sucede en algunos países (como Francia, España, Italia), donde los “políglotas” del Derecho extranjero, se dedican –no siempre con resultados satisfactorios pero con el respaldo de las instituciones universitarias– en la comparación.

La idea recurrente es que une el objeto (la constitución) más que la función (comparar). Pero esto es absurdo: de lo contrario, los geólogos, topógrafos y geógrafos deberían estar juntos, porque todos están estudiando la tierra. Del mismo modo que los astrónomos y los astrólogos, que se ocupan de manera diferente de los astros: solo hay que pensar en Einstein y el mago Lorgia. Lo que les diferencia (¡mucho!) es cómo estudian el objeto de su ciencia (si de ciencia se trata) y con qué fines.

Los problemas epistemológicos: la *fraternité* y la búsqueda de denominadores comunes

«Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser», nos recuerda Bénédicte Fauvarque-Cosson²⁵. El relativismo encuentra su dimensión ética en el respeto a las decisiones ajenas, cuya inspiración exige a menudo el auxilio de ciencias distintas de la ciencia jurídica, como es concebida en el Derecho occidental, caracterizado por el papel hegemónico de las familias de *common law* y *civil law*.

Esto también plantea problemas epistemológicos. ¿Puede una revista que se propone estrategias culturales, y no solo recopilación de informes de lo existente, no preguntarse si es necesario estudiar Derecho público comparado solo con las categorías racionalistas del Derecho occidental, o también abrirse a formas inusuales de leer el fenómeno jurídico en el mundo actual (pseudo) integrado?

²⁴ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 17, nota 34 de la 5ª ed. (Utet, Torino, 1992).

²⁵ “L’enseignement du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308.

Debe plantearse la cuestión de si el conocimiento de lo que se estudia (y demuestra) asume lo que Silvia Bagni —evocando a Bobbio y Radbruch— llama “compasión”, es decir el entendimiento no solo de la “técnica” del otro, sino también de lo diferente de sí mismo²⁶, o si el estudio de sistemas y ordenamientos lejanos de su forma de pensar puede resultar en operaciones asépticas de descripción de realidades ajenas, con la distancia del científico que analiza un insecto, pero también con la conciencia de una superioridad de su punto de vista.

Nos recuerda Silvia Bagni: «la tesis que apoyo es que la renovación de la ciencia jurídica comparada debe pasar por la inclusión del Amor en la aplicación del método. Para evitar una fácil hilaridad o juicios *a priori* despreciativos, es oportuno recordar cómo el léxico sentimental ha sido básico en la elaboración del constitucionalismo: sería posible incluso empezar citando a la *eudaimonia* aristotélica como finalidad de la actividad política, y luego, centrándose en los orígenes históricos del constitucionalismo, recordar la búsqueda de la felicidad como *unalienable right* en la Declaración de Independencia estadounidense y la fraternidad en la revolución francesa, hasta llegar al nuevo constitucionalismo latinoamericano, que incluye el *sumak kawsay*, cosmovisión kichwa traducida en castellano por “buen vivir”, como valor, principio y estatuto de derechos en las Constituciones ecuatoriana y, en versiones similares, en otros ordenamientos del constitucionalismo contra-hegemónico, como por ej. el *ubuntu* en la jurisprudencia constitucional del Sudáfrica o el *Gross National Happiness* de la Constitución de Bhután²⁷. Norberto Bobbio en *Il futuro della democrazia*, individuaba la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como los valores básicos de la democracia, afirmando que la democracia podía devenir un “hábito mental” solo si se iluminaba por el espíritu de frater-

²⁶ Véase “All you need [to compare] is love”, en Id. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.

²⁷ S. Bagni, S., “Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 20, 2017. Para un análisis del impacto de las investigaciones sobre la felicidad en las elecciones de política del Derecho cfr. P.H. Huang, “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual rev. of law and soc. sc.*, n. 6, 2010, p. 405 ss.; M. Graziadei, B. Pasa, “Happiness Once More”, en *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019, p. 203 ss.

idad que une a los hombres»²⁸. El distinguido filósofo y jurista Gustav Radbruch –sigue recordando Bagni– escribía sobre la ciencia del Derecho: «Pero el derecho, mientras toca superficialmente, por así decirlo, la viva alma del hombre, como fuente de importancia secundaria de sus acciones relevantes solo jurídicamente, se aleja de la única cosa necesaria. Es la esencia y el pecado mortal del derecho y de sus representantes, “creer que haya relaciones en las que se pueda interactuar con un hombre sin amor, pero estas relaciones no existen”»²⁹.

«Los Países latinoamericanos, juntos con otros que igualmente podrían ser incluidos en la familia del constitucionalismo contra-hegemónico, como Buthán, India o Sudáfrica, incluyendo quizás las transiciones realizadas en el Magreb y algunos casos asiáticos, están laboriosamente construyendo una nueva forma de Estado democrático, social e intercultural. No creo que sea un caso en el que sus instituciones utilicen frecuentemente referencias extranjeras comparadas en la construcción de sus propios ordenamientos jurídicos. Igualmente, no creo que sea por casualidad que sus tradiciones culturales autóctonas estén impregnadas de valores comunitarios y solidarios. La constitucionalización de la fraternidad deriva en muchos casos de la recepción del criptotipo cultural indígena que, en sus varias formas (*sumak kawsay*, *ubuntu*, budismo, solo para hacer algunos ejemplos) incluye el deber de tratar a los otros como hermanos, a los avis y a las futuras generaciones como si estuviesen presentes». Pasan, estos países, del multiculturalismo al interculturalismo³⁰, enseñando a Europa y

²⁸ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, RCS, Milano, 2010, p. 38: «¿puede volverse costumbre sin el reconocimiento de la fraternidad que une a todos los hombres en un destino común?».

²⁹ G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler, 1958, trad. it. *Introduzione alla scienza del diritto*, Giappichelli, Torino, 1961, p. 81 s.

³⁰ Véase S. Bagni, “Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del estado intercultural”, en Id. (ed.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? – The Intercultural State: a New Eutopia? – El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, en Bologna: Dipartimento di Scienze giuridiche, <https://amsacta.unibo.it>. DOI: <http://doi.org/10.6092/unibo/amsacta/5488>, y Id., “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en S. Bagni, G. Figueroa Mejía, G., Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, II, p. 111 ss. Véase también L. Pegoraro, “América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio com-

al mundo anglosajón algunas nuevas coordenadas para encontrar denominadores comunes entre distintas culturas.

En particular, Berndt Marquardt contrasta a la idea que América Latina represente algo “menos” de Europa, un mero (y malo) receptor de instituciones forjadas en el Continente viejo, debido al influjo de algunas preconcepciones por parte de la doctrina europea y norteamericana³¹. Sin embargo, en el análisis de las causas de tal enfoque, individualiza algunas características de Latinoamérica que podríamos utilizar para subrayar ulteriores elementos “criptotípicos” comunes del área. En el formante doctrinal, aunque no solo, «En términos de psicología social, se debe advertir una autoestima relativamente baja que puede denominarse *el victimismo ...*»³².

Destaca en estas frases la gran responsabilidad de la doctrina académica constitucionalista, y el enlace entre economía, política y academia: la última ofrece soporte, en nombre de los derechos humanos y de la demo-

parado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2017, p. 81 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 22, 2018, p. 175 ss.

³¹ B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 56 ss., deteniéndose sobre la influencia del primer-tercier-mundismo hegemónico, habla de «la mirada desdeñosa de las ciencias europeas y norteamericanas hacia América Latina». Véase también J.H. Elliott, *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge, Cambridge U.P., 1970, trad. esp. *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Alianza, Madrid, 1972.

³² B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 54, citando a G. Lomné, “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, 2009, Unal, Bogotá, p. 9. Un síntoma de este fenómeno denunciado por Marquardt lo he destacado en “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, cit., debatiendo y criticando la “adoración” de la academia latinoamericana a la academia europea y norteamericana, acogida *sin una actitud crítica* como “*argumentum quoad auctoritatem*”. Piénsese sólo en las innumerables citas –por parte de la doctrina y la jurisprudencia– de autores como Häberle, Ferrajoli, Dworkin, Zagrebelsky, y otros que proponen teorías neo-constitucionalistas, de un lado, o de otro lado a las de Kelsen, Bobbio, Guastini, Bökenförde, etc., por parte de quienes adhieren a las escuelas positivistas y realistas. El releve es común: véase por ej. B. Andrés Botero, “La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. Barbosa Delgado (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado, Bogotá, 2012, p. 319 ss., y además la crítica del propio B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 47, notas 144 ss., a Häberle pero también a los autores latinoamericanos.

cracia, a operaciones económicas y políticas que tienen objetivos bien distintos³³.

Las culturas orientales y del Sur del mundo «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del *homo economicus*, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida»³⁴. América Latina, distintamente de Asia y África, no rechaza todos los valores (o si quieren disvalores) de la cultura occidental; mejor, solo la percepción indígena puede ser paragonada a las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el “sistema” se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces eso también como un mestizaje cultural, que traduce a nivel jurídico el mestizaje “físico” que caracteriza buena parte del continente.

Todo eso, sin embargo, como bien destaca Marquard, aparece desconocido no solo a la ciencia constitucionalista clásica de Estados Unidos (donde los profesores de Derecho constitucional ni siquiera conocen en su mayoría el Derecho constitucional europeo, y piensan que el mundo se acaba en Nueva York y Los Ángeles); no solo a la academia de Europa, sino también a un sector consistente del constitucionalismo latinoamericano, absorto acriticamente en la contemplación de los modelos estadounidenses o europeos y su universalismo antihistórico, totalizante y uniformizador. Se trata de una doctrina que desde 1530 no ha avanzado un paso, parándose en la “cédula” de Carlo V evocada por S. Lanni³⁵, con la cual se establecía que «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres *en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión*».

³³ Cfr. L. Pegoraro, “Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, y en *Rev. latino-am. est. const.*, n. 16, 2014.

³⁴ B. Marquard, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 39.

³⁵ S. Lanni, voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016, p. 720.

La doctrina de los “cultos permitidos” en las constituciones del siglo XIX³⁶, que ha atravesado los siglos hasta ahora, se ha convertido en una doctrina acrílica de los derechos humanos propuesta por casi todos los “*legal tourists*” que pretenden universalizar sus conocimientos del pueblo donde viven, y también por los receptores pasivos que la aceptan sin plantear el dilema de la diversidad³⁷.

En particular, quiero recordar la enseñanza del Continente acerca de la exportación a otros sistemas de las soluciones escogidas acerca de las relaciones entre culturas distintas. América Latina, junto a África Austral y algunos países de Asia, parece haber emprendido un camino opuesto y de parcial resistencia a los fenómenos de la globalización. Considerada por siglos como un emblema de homogeneización económica y cultural por parte de Europa y los Estados Unidos, experimenta desde hace tiempo soluciones originales, por un lado, redescubriendo y tutelando las antiguas raíces, y por otro, proponiendo estructuras jurídicas no siempre coherentes con los patrones liberal-democráticos, alimentados por doctrinas conformistas y poco atentas a la diversidad.

¿Pueden las soluciones acerca del balanceamiento del Derecho tradicional y el de derivación estatal, cultura occidental y cultura indígena, armonía e individualismo, individuo, comunidad y naturaleza, elaboradas en América Latina, África y Asia, ser exportadas en lugares y regiones donde se plantean, aunque de forma distinta, problemas análogos de compatibilización?³⁸

³⁶ V. por ej. Const. Grecia del 1864: «1. La religión dominante en Grecia es aquella de la Iglesia oriental ortodoxa de Cristo. 2. Las otras religiones son reconocidas y toleradas y la libertad de culto de su ejercicio protegida por la ley, pero el proselitismo está prohibido, como cualquier otro acto contrario a la religión»; Const. Portugal del 1826, art. 6: «La religión católica, apostólica y romana continuará siendo la religión del Reino. Todas las demás religiones serán permitidas a los extranjeros, con su culto doméstico y particular, sin ninguna forma exterior de templo»; Estatuto Albertino, art. 1: «La Religión Católica, Apostólica y Romana es la única religión del Estado. Los otros cultos que ahora existen son tolerados de conformidad con las leyes».

³⁷ Por supuesto, uso aquí el término “*legal tourism*” en sentido distinto de Chen Lei, “Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong”, en P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 192, donde es sinónimo de “transposition”, “borrowing”, “migration”, “cross fertilization”.

³⁸ Véase S. Bagni, A.C. Diala (eds), sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019, “The Role of Customary Law in the Shaping of New Models of Pluralistic

En Latinoamérica se trató, en años recientes, de reconocer –a nivel jurisprudencial, luego legislativo y constitucional– no solo los derechos individuales y comunitarios de los pueblos indígenas, sino de incorporar sus valores (su *Grundnorm*, podríamos decir) en el parámetro constitucional. Dejando al lado Estados Unidos, donde el problema se solucionó con el genocidio y la marginalización de los nativos sobrevivientes³⁹, en Europa el choque es debido no a las reivindicaciones de comunidades pre-existentes, sino a la llegada de nuevas comunidades culturales, anómalas respecto a la cultura europea. Pese de la diversidad de presupuestos, a mi parecer, eso no impide aprender de América Latina, África y Asia las soluciones propuestas en busca de un distinto equilibrio entre valores desequilibrados en Occidente, privilegiando el individualismo, en detrimento del comunitarismo y ecologismo; y privilegiando la libertad de los particulares, en detrimento de la igualdad y la fraternidad, aunque los tres sean considerados paritariamente en el tríptico revolucionario⁴⁰.

En los juristas que estudian estos temas sin presunción y arrogancia se puede confiar por qué, amándolo⁴¹, soportan culturalmente la circulación de un modelo de constitucionalismo “altruista”⁴² y respetuoso que pueda

States – El papel del derecho tradicional en la elaboración de nuevos modelos de estados pluralistas”.

³⁹ Como es sabido, en Canadá la *First Nation* (los indios nativos e inuit) tuvo un tratamiento jurídico distinto al que se practicaba en Estados Unidos. Cfr. R. Todd, *Aboriginal People and Other Canadians*, Un. of Ottawa Press, Ottawa, 2001; J.R. Miller, *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making Power in Canada*, Toronto U.P., Toronto, 2009; en la doctrina italiana N. Olivetti Rason, “Il patrimonio multiculturale dei canadesi”; Id. “Remarks on the Idea of ‘Aboriginal Peoples of Canada’”, ambos en Id., *Scritti 2005-2012*, Cleup, Padova, 2014, p. 151 ss. y p. 247 ss.

⁴⁰ Véase el número especial de la *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017, dedicado a “Liberté, égalité, fraternité”, y, acerca de la comparabilidad de Latinoamérica con Europa a este respecto, R. Toniatti, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss. y espec. p. 1477.

⁴¹ Véase S. Bagni, “All you need [to compare] is love”, cit.; Id. “Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, cit.; Id. “Comparative Law and ... Love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *An. dir. comp. st. leg.* 2017, p. 47 ss.

⁴² M. Carducci, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2003; Id., *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*, Upf, Passo Fundo, 2003. Ver, también, la sección monográfica coordinada por Id., “Il ‘nuevo

circular y afirmarse en otros lugares del mundo. Junto a Sudáfrica, Madagascar, Namibia, Botswana, Buthan, América Latina puede fertilizar el constitucionalismo mundial, retomando valores perdidos de equilibrio entre factores distintos –el individuo, la comunidad, la naturaleza; los derechos y los deberes; y la libertad, la igualdad, la fraternidad– propios de muchas culturas autóctonas, pero también del cristianismo, del liberalismo.

Hay algunos reflejos prácticos, también a nivel de las políticas editoriales de las revistas constitucionalistas. ¿Cómo puede América Latina continuar confiando, no solo en la literatura científica, sino también en la elaboración de la legislación y la jurisprudencia constitucional, en académicos que son expertos juristas de Derecho interno, pero que ignoran o niegan la utilidad de la comparación, o conciben la ciencia comparativa como la ciencia de los colonizadores, monistas, anti-pluralistas y absolutistas, como Dworking, Tushnet, Tribe, Rosenfeld y cuántos otros (muchos italianos, muchos alemanes, que prefiero no nombrar, incluidos los filósofos) que identifican la axiología de los valores morales propios como la Verdad científica? Sacerdotes y monjes que, sin ninguna base demostrable y solo con la buena fe de la honestidad intelectual y de una gran capacidad científica, venden valores relativos como absolutos. Como De Niro en *The Mission* precedía con fe y humanidad a la conquista y a la sangre derramada de Cortés y Pizarro, sirven como excusa para la exportación colonial, no solo del Derecho sino de los derechos, pero, detrás de la economía predatoria, e incluso desgraciadamente a menudo a través de la guerra, el robo, la explotación del hombre y de los recursos ambientales.

Para definir los límites del Derecho comparado moderno (público o privado o general), la *actio finium regundorum* no debe trazarse en las fronteras marcadas por la cultura de un mundo que termina entre Nueva York y Los Ángeles, o entre Cádiz, los Urales y Oslo.

En resumen, desde una perspectiva metodológica, debemos preguntarnos si seguimos confiando o no en esas visiones que, en el pasado, calificué

constitucionalismo’ andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss., y espec. Id., “Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità”, *ivi*, p. 319 ss.

como “iusonanismo” e “iusvoyeurismo”⁴³. Defino la primera categoría como la actitud de aquellos que (principalmente de buena fe), rechazando cualquier relación con los demás, usan sus propias categorías jurídicas para asignarles valores extraestatales (o universales), sin contextualizarlas; la segunda, la actitud de quienes (sobre todo de buena fe) observan sin crítica (y acogen, interiorizan) las categorías jurídicas de los demás, para asignarles incluso valores internos, sin contextualizarlas.

Ahora, en mi opinión, ha llegado el momento de elegir una línea política. Obviamente, política cultural, dando prioridad a la selección del material (sin excluir obviamente otras cosas) tanto a los temas como los métodos propios de una ciencia que cae en su tiempo, y que debe abordar el pluralismo y la necesidad de “intercultural”, en lugar de la colonización cultural, reequilibrar los problemas abordados y favorecer el método comparativo sobre el dogmático.

Una revista constitucionalista moderna, en conclusión, también debe contribuir en el futuro para ser un impulso para orientar la investigación y forjar mentalidades, quitando terreno a quienes, pensando en ser comparatistas, consideran “cuestiones inusuales” y extrañas aquellas que no se refieren a la ley austriaca o británica o estadounidense, y piensan que su pueblo es el mundo entero, como dice Mary Shelley en *Frankenstein*⁴⁴. De esta manera, glosando el *Ius civile in artem redigere* de Cicerón, extraer del *convulsum ac dissipatum* ese orden material y metodológico (*ars*) que hasta ahora, incluso en la academia española y latinoamericana, no siempre ha conseguido afirmarse.

Bibliografía

AGOSTINI, E., *Droit comparé*, Puf, París, 1988.

AJANI, G., *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Un. di Trento – Dip. di scienze giuridiche, Trento, 1993.

–, *Il modello post-socialista*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1996.

⁴³ “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, cit.

⁴⁴ M. Shelley, *Frankenstein* (1818), trad. it. Mondadori, Milano, 2002.

- AJANI, G., SERAFINO, A., TIMOTEO, M., *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Torino, 2007.
- AMIRANTE, D., voz “Diritto indù e diritto indiano”, en L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, trad. esp. “Derecho hindú y Derecho indio”, en L. Pegoraro (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012.
- , “Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, y en *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013.
- , *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bup, Bologna, 2015.
- , *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Esi, Napoli, 2019.
- ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. it. *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Jovene, Napoli, 1978.
- ANDRÉS BOTERO, B., “La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. BARBOSA DELGADO (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado, Bogotá, 2012.
- ARMINJON, P., NOLDE, B., WOLFF, M., *Traité de droit comparé*, 3 vols, Lgdj, París, 1950-1952.
- BAGNI, S., “All you need [to compare] is love”, en ID. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des) integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016.
- , “Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 20, 2017.
- , “Comparative Law and ... Love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *An. dir. comp. st. leg.* 2017.
- , “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G., PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, II.

- , “Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del estado intercultural”, en ID. (ed.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? –The Intercultural State: a New Eutopia?– El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, en Bologna: Dipartimento di Scienze giuridiche, <https://amsacta.unibo.it>. DOI: <http://doi.org/10.6092/unibo/amsacta/5488>.
- BAGNI, S., DIALA, A.C. (eds), sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019, “The Role of Customary Law in the Shaping of New Models of Pluralistic States – El papel del derecho tradicional en la elaboración de nuevos modelos de estados pluralistas”.
- BELVEDERE, A, “I poteri semiotici del legislatore (Alice e l’art. 12 preleggi)”, en L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (eds), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.
- BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, RCS, Milano, 2010.
- BUSSANI, M., *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.
- CARDUCCI, M., *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*, Upf, Passo Fundo, 2003.
- , *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2003.
- , “Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012.
- (ed.), sección monográfica de *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, “Il ‘nuevo constitucionalismo’ andino tra alterità indigenista e ideología ecologista”.
- CARROLL, L., *Attraverso lo specchio*, en C. PASI (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carrol nella traduzione di Antonin Artaud*, Einaudi, Torino, 1993.
- CASTRO, F., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.
- CHEN LEI, “Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012.
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996.

- , *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. esp. *El método comparativo*, en *Tratado de Derecho Comparado*, vol. II, Ed. Un. de Valparaíso, Un. Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1987, trad. it. *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., GORÉ, M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed. actualizada, Dalloz, París, 2016, trad. it. de la 7ª ed. de DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici*, 5ª ed. coordinada por R. Sacco, Cedam, Padova, 2004.
- DIWAN, P., *Modern Hindu Law*, 9ª ed., Allahabad Law Agency, Allahabad, 1993.
- ELLIOTT, J.H., *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge, Cambridge U.P., 1970, trad. esp. *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Alianza, Madrid, 1972.
- FAUVARQUE-COSSON, B., “Development of Comparative Law in France”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006.
- , “L’enseignement du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002.
- FLETCHER, G.P., “Comparative Law as a Subversive Discipline”, en *Am. journ. comp. law*, n. 4, 1988.
- GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Utet, Torino, 2002.
- GORLA, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- GRAZIADEI, M., PASA, B., “Happiness Once More”, en *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019.
- GUADAGNI, M., *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996.
- GUTTERIDGE, H.C., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge U.P., Cambridge, 1946, p. 34, 2ª ed., 1949, trad. fr. *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l’étude du droit*, Lgdj, París, 1953.
- HARDING, A., ÖRÜCÜ, E. (eds), *Comparative law in the 21st Century*, Kluwer Academic Publishers, London, 2002.
- HUANG, P.H., “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual rev. of law and soc. sc.*, n. 6, 2010.
- KENNEDY, D., “The Politics and Methods of Comparative Law”, en P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002.

- LANNI, S., voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016.
- LINGAT, R., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l’Inde*, Mouton & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell’India*, Giuffrè, Milano, 2003.
- , *The Classical Law of India*, Un. of California Press, Berkeley, 1973.
- LOMBARDI, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 1986.
- LOMNÉ, G., “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, Unal, Bogotá, 2009.
- LOSANO, M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000.
- MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland, Oregon, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARQUARDT, B., *Historia mundial del Estado*, 3 vols, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotá, 2012; II, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI–XVIII)*, Temis, Bogotá, 2013; III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014.
- , *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 vols, I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nacional de Colombia-Inst. Unidad de Investigaciones Jur.-Soc. G. Molina, Bogotá, 2011.
- , *Historia mundial del Estado. El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Ecoe, Bogotá, 2014.
- , *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Un. Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.
- , *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016.
- MATTEI, U., ARIANO, E., *Il modello di common law*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2018.

- MATTEI, U., MONATERI, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.
- MENSKI, W.F., *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U.P., New Delhi, 2003.
- , *Comparative Law in a Global Context*, 2ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2006.
- MILLER, J.R., *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making Power in Canada*, Toronto U.P., Toronto, 2009.
- MONATERI, P.G., *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997.
- MUIR WATT, H., “La fonction subversive du droit comparé”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000.
- , “Globalization and Comparative Law”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006.
- NICOLINI, M., “Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach”, en R. MASTERMAN, R. SCHÜTZE (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge U.P., 2019.
- OLIVETTI RASON, N., “Il patrimonio multiculturale dei canadesi”, en ID., *Scritti 2005-2012*, Cleup, Padova, 2014.
- , “Remarks on the Idea of ‘Aboriginal Peoples of Canada’”, en ID., *Scritti 2005-2012*, Padova, Cleup, 2014. *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017, dedicado a “Liberté, égalité, fraternité.
- OLIVIERO, M., voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012
- ÖRÜCÜ, E., “Unde Venit, Quod Tendit Comparative Law”, en A. HARDING, E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in The 21st Century*, Kluwer, Den Haag, 2003.
- PASI, C., “Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui”, en ID. (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carroll nella traduzione di Antonin Artaud*, Einaudi, Torino, 1993.
- L. PEGORARO, “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en *Rev. jur. Avances*, n. 7, 2012, y en L. MOCCIA et al. (Directores), *Estu-*

- dios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014.
- , “Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, y en *Rev. latino-am. est. const.*, n. 16, 2014.
- , *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, trad. esp. *Derecho constitucional comparado, I, La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, y Unam-Inst. de Invest. Jurídicas, México, 2016.
- , “América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2017, y en *Pensamiento const.*, n. 22, 2018.
- , “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. BLUME FORTINI (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, en *Rev. Dominicana de Der. Const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. Der. pol.*, n.104, 2019.
- , “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes. Investigaciones en derecho y ciencias sociales*, n 43, Julio-diciembre de 2015, en *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 2017, I, y en *Cuad. del Inst. de Der. Comp.*, n. 1, 2018.
- L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, trad. esp. *Sistemas constitucionales*, en L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, 2 vols, Astrea, Buenos Aires, 2017; *editio brevis: Sistemi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2020 (en proceso de publicación en portugués/brasileño, *Sistemas constitucionais comparados*, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020).
- PIZZORUSSO, A., *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983.
- , *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1998.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., “Prefazione” a L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. del libro de L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971), Giappichelli, Torino, 1996.

- RADBRUCH, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler, 1958, trad. it. *Introduzione alla scienza del diritto*, Giappichelli, Torino, 1961.
- REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006.
- REITZ, J.C., “How to do Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 46, 1998.
- ROSENFELD, M., SAJO, A. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012.
- SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992.
- , “L’enseignement du droit compare”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002.
- SACCO, R., Rossi, P., *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019.
- SCARPELLI, U., voz “Metodo giuridico”, en *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al cuidado de G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, y en ID., *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982.
- SCHLESINGER, R.B., “The Past and Future of Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 43, 1995.
- SHELLEY, M., *Frankenstein* (1818), trad. it. Mondadori, Milano, 2002.
- SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019.
- TODD, R., *Aboriginal People and Other Canadians*, Un. of Ottawa Press, Ottawa, 2001.
- TONIATTI, R., “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, III.
- TUSHNET, M., *Comparative Constitutional Law*, en M. ROSENFELD, A. SAJO (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012.
- VAN HOECKE, M. WARRINGTON, M., “Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model of Comparative Law”, en *Int. and comp. law quart.*, n. 47, 1998.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it. *Introduzione al diritto comparato. Volume 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, y *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it. *Introduzione al diritto comparato, vol. II: Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995.

Revistas citadas

Ann. dir. comp. st. leg. 2013.

Dir. pubbl. comp. eur., n. 2, 2019.

Isotimia, n. 4, 2011, monográfico, titulado “Estudios sobre metodología del Derecho Comparado. Homenaje al Profesor Lucio Pegoraro.

Rev. gen. der. públ. comp., n. 14, 2014.

Tercera parte

Academia y doctrina

OPOSICIÓN A LA DEMANDA CONTRA EL ESTATUTO TRIBUTARIO

Juan Camilo Restrepo*

Academico correspondiente

Jorge Humberto Botero**

Autor invitado

Resumen: La demanda de inexecutable recientemente presentada contra el Estatuto Tributario, por su presunto fracaso en la satisfacción de los principios de equidad y progresividad contemplados en la Carta, plantea, según los autores, un enorme viraje conceptual: admitir que las leyes pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico por la evolución de los hechos a los que ellas refieren. Los autores inicialmente discuten los fundamentos de la demanda desde el punto de la política tributaria, pero centran su análisis en el tipo de proceso que los demandantes plantean. Consideran que la Constitución no los contempla y que la discusión sobre los efectos de las leyes es de naturaleza estrictamente política, no judicial. Igualmente, opinan que las ordenes que se pide a la Corte dirigir al Congreso implicarían una intromisión indebida en sus funciones.

Palabras clave: Estatuto tributario, demanda de inexecutable, constitución, equidad, progresividad.

* Exministro de Hacienda y Crédito Público, Minas y Agricultura, ex Senador de la República.

** Exministro de Comercio, Industria y Turismo; actualmente, consultor de Curtis, Mallet-Prevost & Colt, Mosle LLP.

IN OPPOSITION TO THE PETITION AGAINST THE TAX LAW

Abstract: According to the authors of this article, the recently filed petition to declare the Tax Law ineligible based on the law's supposed failure to meet the standards of equity and progressiveness contemplated in the Constitution, requires an enormous conceptual turnaround: accepting that laws can be removed from the existing legal framework because of the evolution of the facts to which they refer. The authors begin by discussing the rationale for the petition from the perspective of tax policy but center their analysis on the type of process proposed by the plaintiffs. They consider that the Constitution does not provide for them, and that the discussion regarding the effects of a law is strictly of a political nature, not a judicial one. Similarly, they are of the opinion that the request made of the Court to remit orders to the Congress would imply an interference on the part of the Court in Congressional functions.

Key words: Tax Law, Petition to declare ineligible, constitution, equity, progressiveness.

Marco introductorio

Un grupo de destacados académicos que se congregan en Dejusticia –una entidad que goza de alto prestigio por su protagonismo político y la calidad técnica de sus trabajos– ha demandado ante la Corte Constitucional el Estatuto Tributario, el receptáculo legal que, en sus más de mil artículos, alberga la legislación tributaria nacional en sus dimensiones sustantivas y procesales. Se ataca, pues, un producto legislativo que se viene desarrollando desde 1989. Lo demandan en su integridad, que es lo que suele suceder cuando se actúa en contra de los códigos a los que se reprochan vicios en su formación; como es obvio, si la glosa es acertada, se cae toda la estantería. No se pretende en este caso impugnar normas precisas del Estatuto por su supuesta inconformidad con normas constitucionales. No. La ambición es que se caiga todo él por cuando sus resultados, en términos de equidad tributaria y progresividad, no son adecuados desde la perspectiva de los promotores del litigio.

De la demanda presentada por Dejusticia hay que resaltar, en primer lugar, que contiene un llamado plausible hacia una mayor equidad tributaria. La pandemia que estamos padeciendo, en Colombia y en todo el mundo, ha puesto al descubierto la inmensa inequidad que en todo sentido subyace en la sociedad colombiana. Encontramos allí un llamado claro y rotundo por

una mayor equidad de la tributación. En segundo, se recoge en ese texto, acertadamente a nuestro entender, buena parte de la literatura reciente sobre la equidad fiscal, y sobre el déficit de progresividad de que evidentemente adolecen muchas porciones de nuestro sistema tributario.

Sin embargo, una de las principales falencias que puede señalársele al trabajo de Dejusticia es que no se ocupa del gasto público. Partiendo quizás de un análisis meramente literal del art. 363 de la Carta –que contiene los principios de equidad, eficiencia y progresividad del sistema impositivo– se circunscribe a reflexionar sobre las fallas que imputa a los impuestos, pero olvida que la literatura moderna considera que el sistema fiscal debe entenderse como la conjunción del ingreso y del gasto público; y que, por lo tanto, al analizar la *progresividad* del sistema impositivo no debe olvidarse en ningún momento la dimensión del gasto público.

Se omite igualmente considerar que, desde los años 70 del siglo pasado, se ha desarrollado por la literatura especializada la teoría del llamado *gasto fiscal* que, en síntesis, significa que el Estado tiene dos maneras de gastar.

La primera consiste en ejecutar las apropiaciones de gasto que se le autorizan en el presupuesto anual de la Nación. La segunda, se plasma en el otorgamiento de rentas exentas, deducciones no conexas ni proporcionales con las fuentes del ingreso gravable, descuentos y, en general, gabelas cuyo efecto conjunto consiste en una renuncia implícita a una porción del recaudo. Este modo de proceder, que con el correr de los años se ha agudizado, beneficia algunos sectores de la población en demérito del conjunto que queda privado de unos ingresos que deberían nutrir el presupuesto nacional.

Esa es la razón, precisamente, por la cual las normas que regulan las leyes de transparencia fiscal y el Marco Fiscal de Mediano Plazo, exigen que las exenciones, deducciones y, en general minoraciones que otorguen las normas tributarias, deben cuantificarse *ex ante* para que el legislador sepa cuánto valen los beneficios que está votando. Esa es la esencia de lo que se conoce como *gasto fiscal*, que es diferente del gasto que se ejecuta afectando partidas presupuestales. Una y otra modalidad de gasto puede o no ser progresiva. Examinar ambas es, por lo tanto, indispensable, cuestión que lamentablemente fue omitida.

Los proponentes de esta controversia judicial solicitan un remedio constitucional consistente en que se declare la inexecutableidad de todo el estatuto tributario, con el argumento de que en su integridad riñe con los principios contenidos en la mencionada norma constitucional. Si bien es cierto se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina que el cumplimiento de los principios del art. 363 se debe predicar de un conjunto de normas y no de una norma en específico, no es menos cierto que prácticamente tres cuartas partes de las normas del Estatuto Tributario (ET) no pueden por su naturaleza cumplir con los postulados de progresividad. Y, sin embargo, se solicita la inconstitucionalidad del todo. Lo cual comporta un remedio constitucional tosco que abarca un abanico de normas que nada tienen que ver, en rigor, con el principio de progresividad.

Si bien este documento, en lo fundamental, se centra en expresar su alarma sobre la nueva modalidad de control constitucional que se intenta, queremos esbozar algunas cuestiones sustantivas que la Corte tendrá que analizar si, en vez de abstenerse de dar curso al proceso, como creemos que debería suceder, decide abordarlo para emitir una sentencia de fondo:

1. Todo el capítulo de los impuestos indirectos (dentro de los cuales el más importante es, por supuesto, el IVA), no pueden por su naturaleza y morfología ser progresivos. Se pueden, eso sí, establecer atenuantes que los hagan avanzar en algo de la cruda regresividad que el impuesto indirecto puro y simple entraña. Es así como se establecen medidas progresivas del IVA (exenciones para los bienes de primera necesidad, tarifas bajas para los bienes de consumo corriente, y tarifas altas para los denominados bienes suntuarios), pero esto no implica que el impuesto indirecto como tal, y el IVA en particular, dejen de tener una configuración que los hace intrínsecamente ajenos al juicio de progresividad.
2. La demanda también se detiene a analizar la tributación sobre las sociedades, anotando, con razón, que los estudios empíricos existentes muestran falencias como la de que la tasa efectiva de tributación es mucho más baja que la nominal. Pero la demanda olvida que la tributación sobre las sociedades se funda principalísimamente en la llamada tarifa *proporcional* que por definición no es progresiva,

a diferencia de la tarifa del impuesto a la renta de las personas naturales que si lo es. De manera que al catalogar como carentes de progresividad normas que establecen impuestos en base a tarifas proporcionales la demanda parte de un supuesto equivocado.

3. Tampoco es acertado el raciocinio de la demanda cuando olvida que gran parte del alejamiento del sistema tributario de la progresividad proviene de los altísimos niveles de evasión que se presentan tanto en el impuesto a la renta como en el del IVA, los dos pilares de la tributación colombiana. Cabría preguntarse entonces: ¿estos altos niveles de evasión (que sobrepasan el 40%) es algo que se debe a defectos en la formulación del tipo tributario que debió haberse diseñado como más progresivo, o más bien obedece a protuberantes falencias en la administración y en la auditoria de los impuestos en Colombia? Porque si es lo segundo, como no dudamos en afirmarlo, entonces habría que concluir que gran parte del sistema colombiano adolece de defectos en su auditoria y en su supervisión más que en defectos atribuibles a un déficit de progresividad.
4. Es cierto también que nuestro sistema tributario está plagado de exenciones y deducciones. Esa es la razón, entre otras, para que la última reforma tributaria dispusiera que se creara una comisión (que acaba de ser constituida) de expertos internacionales para revisar si se justifica o no el mantenimiento de dichas minoraciones tributarias.
5. Pero el punto que queremos destacar ahora es si esa proliferación de minoraciones tributarias es algo que se pueda atribuir, en rigor, a un déficit de progresividad o a una equivocada política de otorgamiento de estímulos tributarios (nuevamente surge el tema del *gasto fiscal* que hemos mencionado arriba) y cuya solución no puede consistir en decretar la inexequibilidad del todo, lo que equivale a cortar de cuajo, como lo solicitan los demandantes, el estatuto tributario *in totum*. Más bien la solución racional sería precisamente la que el legislador ha ordenado recientemente que es estudiar cuales de esas minoraciones tributarias se justifican y cuales no en los tiempos actuales.

6. Al solicitar la inexecutable total del estatuto tributario, está pidiendo igualmente que se sustraigan del marco de la legislación capítulos enteros del esta como son por ejemplo los relacionados con los procedimientos tributarios que, en rigor, nada tienen que ver con la progresividad del sistema tributario.

Así las cosas, la demanda no se ocupa de analizar la progresividad del gasto público que la moderna teoría fiscal coincide en que hace parte integral con el tributo del llamado “sistema tributario”. Utilizando argumentos estadísticos ciertos (la tributación no redistribuye pues el coeficiente Gini es casi el mismo antes y después de impuestos; las tasas efectivas de tributación son muy bajas, etc.) la demanda termina proponiendo un remedio constitucional (declarar la inexecutable de tajo de todo el estatuto tributario); remedio que resulta tan tosco como inapropiado.

De otro lado, los promotores de esta controversia plantean una revolución copernicana respecto del examen constitucional de las leyes para que, además de su control abstracto de naturaleza jurídica, se instaure otro, muy difícil de encajar dentro del portafolio de funciones que la Constitución asigna a la Corte. Consiste en abrir la posibilidad de que ciertos jueces diriman, mediante sentencias, los conflictos que en los estados democráticos constituyen la materia prima de los debates electorales y del juego político en el parlamento, alentados por una opinión pública y unos grupos de interés activos. Este modo de proceder es verdaderamente novedoso. Se parte de que la inconstitucionalidad de las normas en ocasiones puede no provenir de su contradicción con la Carta sino de su fracaso, definido por los jueces, en el cumplimiento de sus objetivos.

Estamos frente a una discusión que desborda los confines usuales de las disputas en las que intervienen abogados y economistas. El tema es político en el más importante de los sentidos. Tiene que ver con el papel que cumplen las distintas instituciones estatales y, en concreto, con la correlación entre la democracia representativa y el poder judicial. Es lo que se desprende de la interesante exposición de Rodrigo Uprimny en reciente conversatorio realizado en el Instituto de Derecho Tributario, que fue coherente con las posturas que sostiene Dejusticia en sus numerosas intervenciones.

El almendrón del debate

La crítica al Estatuto consiste en que estudios empíricos que la demanda acopia demuestran que los resultados no son satisfactorios desde la óptica de esos principios de rango superior. Las numerosas exenciones y tratamientos preferenciales erosionan gravemente la progresividad del impuesto a la renta de personas naturales. Respecto de las jurídicas, los tratamientos privilegiados abundan, y por ese motivo las tasas efectivas son, en muchos casos, muy inferiores a las nominales; el Estado escoge ganadores sin que pueda vislumbrarse ninguna racionalidad subyacente. En esas apreciaciones, sin duda, los demandantes tienen buenos argumentos, sin que al respecto quepan, como si sucede en las ciencias de la naturaleza, conclusiones definitivas. Las causas de la pobreza o del crecimiento económico seguirán abiertas por siempre; no la mecánica de los cuerpos celestes o la circulación de la sangre, temas sobre los que ya existe, en sentido lato, *cosa juzgada*.

Discutibles, por el contrario, las apreciaciones adversas de Dejusticia a los impuestos indirectos, y su rechazo a la idea, de general aceptación, según la cual los efectos redistributivos de la fiscalidad deben verse en conjunto, teniendo en cuenta tanto el ingreso como el gasto social. Si así se realiza el ejercicio, Colombia muestra avances alentadores –aunque insuficientes– en la distribución del ingreso. Ponerlo de presente habría debilitado la tajante conclusión de la demanda y disminuido sus posibilidades de éxito. Estamos ante un ejercicio maximalista del todo o nada en el que suelen incurrir muchos reformadores sociales. Otros, por el contrario, somos de la escuela del gradualismo, convencidos de que la necesidad del cambio no cesa jamás y que, de ordinario –no siempre– proceder por etapas produce mejores resultados. (Esta salvedad se escribe, pensando, por ejemplo, en Martin Luther King, a quien en los años sesenta del pasado siglo algunos de sus simpatizantes recomendaban moderación. Él, por el contrario, consideraba, con razón, que había que forzar la confrontación para combatir la discriminación racial).

Sin embargo, lo que aquí interesa no es esa discusión, la cual, por cierto, es de gran actualidad: la pandemia ha dejado claro la insuficiencia del recaudo impositivo para atender las crecientes demandas sociales; durante la

crisis, al igual que la generalidad de los países, nos hemos endeudado en cuantías inéditas; esos pasivos habrá que pagarlos en años futuros mediante impuestos y no con inflación. Sea cual fuere la decisión de la Corte a la vuelta de la esquina nos espera una nueva reforma tributaria.

Otro es el objetivo que perseguimos: demostrar que las discusiones sobre el *desiderátum fiscal* no son pertinentes en el proceso de inexecutableidad de las leyes. De ahí nuestra oposición a la demanda.

Naturaleza del proceso judicial de inexecutableidad material de las leyes

La primera de las pretensiones contenidas en la demanda consiste en que se declare inexecutable *el Decreto 624/89 –Estatuto tributario– y todas las leyes o normas con fuerza de ley que lo hayan modificado*.

En su intento por demostrar que cabe el examen de constitucionalidad sobre la base de resultados empíricos, los demandantes afirman que esa posibilidad fue establecida por la propia Corte, sentencia C-1052/01. Otra cosa hallamos en esa decisión. Al enunciar los elementos que la demanda debe cumplir para dar comienzo a un litigio de executableidad válido, y, en particular, sobre la necesaria especificidad de las imputaciones de agravio a la Carta que el proponente debe formular, se dijo lo siguiente:

Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su executableidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. (Hemos destacado)

Por lo tanto, ese eventual antagonismo debe predicarse entre normas de diferente jerarquía, lo cual supone un ejercicio semántico referido a los textos enfrentados para discernir sus alcances y significado. Esta es la esencia del debate constitucional: versa sobre opciones hermenéuticas y sobre los

hechos estilizados o ideales que las normas describen. Las proposiciones jurídicas, es necesario recordarlo, funcionan en el mundo ideal de los hechos hipotéticos; no son parte de la realidad social que pretenden regular. La validez de las normas, vale decir su pertenencia a un determinado orden jurídico, depende de su coherencia con otras de superior jerarquía, y no de su capacidad de transformar la sociedad.

Lo anterior por supuesto no significa que el debate de exequibilidad transcurra al margen de la realidad física, psíquica o social a la que las leyes se refieren; en fin de cuentas el lenguaje, incluido el de tipo normativo, es un instrumento de comunicación de nuestras percepciones e intenciones de actuación sobre ella. Como lo señaló la Corte en su sentencia C-1489 de 2000, frente a una regulación nueva que establezca un aumento de la edad de jubilación, es preciso que el juez constitucional se ocupe de la evolución de las expectativas de vida; o si se trata de analizar el régimen de regalías debe definir si la arena es o no un recurso renovable.

Quien sostenga que la norma no cumple sus objetivos deberá desplegar acciones para que ella sea abrogada; mientras ese conato no sea exitoso, deberá seguir siendo acatada. A nadie se le ocurre pedir que una regulación cualquiera se anule por el juez porque no le parece adecuada. Esa inconformidad es materia prima del proceso político, que debería encausarse por medios democráticos, pero que, en el extremo, puede dar lugar a alzamientos armados que, si prosperan, se plasman en un nuevo orden estatal.

En su afán de persuadir a la Corte de que debe demoler el Estatuto Tributario, no porque ninguna proposición suya agravie de manera directa y palmaria la Carta Política, sino por su supuesta ineptitud para transformar realidad, la demanda postula la necesidad de un juicio de constitucionalidad diametralmente distinto al existente, anclado en los análisis empíricos que trae a consideración de la Corte. Por ejemplo, basados en un análisis de las declaraciones de renta de un grupo amplio de contribuyentes, metodología de cuya pertinencia nadie podría dudar.

A renglón seguido se nos dice que ese ejercicio de confrontación entre datos del mundo real y normas es lo que ese Tribunal realiza de manera regular cuando examina la conformidad con la Carta de las declaratorias de estados de excepción. Establecer si los hechos que configuran

un estado de guerra exterior, grave alteración del orden público o emergencia económica, social o ecológica, es una tarea que realiza la Corte a partir de los hechos que el gobierno le aporta, o que fluyen de las pruebas que se decreten. ¿Si en tales circunstancias cabe el escrutinio judicial de hechos relevantes, ¿por qué no también en controversias de exequibilidad de tipo abstracto, es decir, diferentes a las que versan sobre el procedimiento de expedición de las leyes?

En esos casos, sin duda, el ejercicio que debe hacerse es de la confrontación de las condiciones habilitantes establecidas para cada régimen de excepción para ampliar las potestades ordinarias del Presidente con los hechos que él mismo invoca como generadores de una situación de grave perturbación social. En estos casos es evidente que la Corte actúa como lo hacen los jueces ordinarios: se tiene que ocupar, sin que quepa hacer nada distinto, de establecer si unos ciertos eventos justifican la puesta en marcha de un estado de excepción. Sin embargo, estos procesos son diametralmente distintos de los que versan sobre la exequibilidad de las leyes por su contenido material. La circunstancia de que respecto de unos y otros la competencia corresponda a la Corte Constitucional no es motivo suficiente para asumir que sus características son las mismas.

En realidad, parece que los demandantes se han extraviado en el camino procesal. Desde una perspectiva radicalmente distinta a la por ellos elegida, aunque ciertamente encaminada al cumplimiento de objetivos semejantes, habrían podido, y pueden en cualquier tiempo, acudir a la acción prevista en el art. 87 de la Carta, según el cual *Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.*

En efecto: es por entero razonable concluir que el problema en nuestro país es que las leyes no se cumplen, no que hayan sido mal diseñadas por la autoridad que las emita, en el caso que nos ocupa el Estatuto Tributario, el cual, es pertinente recordarlo, ha tenido que pasar muchas veces, a lo largo de los años que ha implicado su construcción por etapas, numerosos embates ante la Corte. Si ese Estatuto pereciera, esta vez *in integrum*, para ser sustituido por otro que, sin duda, en muchos de sus aspectos, sería semejante al actual, podríamos llegar a un ejercicio perpetuo de sustitución de

unas leyes por otras sin de versas afrontar el problema que bien conocemos desde la Colonia: *Se obedece pero no se cumple*.

Efectuada la anterior digresión, afirmamos que no existe en la Carta, como tampoco en la jurisprudencia de la Corte, nada que nos haga pensar que el examen de constitucionalidad material pueda adelantarse por fuera de la dimensión hermética o auto referencial del Derecho: la que tiene que ver con la configuración del sistema jurídico, de modo tal que se respete la jerarquía normativa y se cumplan las reglas que otorgan validez al ingreso o retiro de normas jurídicas. O de otra manera: el litigio constitucional, salvo cuando se trata de posibles vicios de formación de las leyes o de los estados de excepción, es jurídico, no versa sobre eventos ocurridos con posterioridad a su expedición.

En ese contexto consideramos de la mayor importancia advertir a la Corte que la nueva modalidad de control constitucional de las leyes que intentan los demandantes con fundamento en el análisis *a posteriori* de la realidad social tendría el efecto fatídico de generar la más profunda inseguridad jurídica. Los fallos de la Corte, cuando declarasen la exequibilidad de las leyes, jamás tendrían el efecto de cosa juzgada. Si fueron conformes a la Carta en alguno momento, y así lo declaró la Corte, con el paso del tiempo, y ante circunstancias diferentes, podrían perecer.

Por estas razones, la pretensión primera de la demanda es inadmisibile. El proceso de inexecutable que los demandantes proponen no existe en la Constitución. Si el mismo reproche cabe frente a las restantes pretensiones, la demanda tendría que ser rechazada, sin darle curso al proceso, por su ineptitud formal. De esas otras pretensiones nos ocuparemos a continuación:

El papel de los principios tributarios en el debate de inexecutable

Es tan trascendental para el país el contenido de esta controversia que se justifica ser reiterativo. Si la demanda prosperara, vendríamos a tener una nueva modalidad de control de executable basada en resultados, distinta aunque, no incompatible, con la que hoy existe. Tendríamos así no uno sino dos tipos de control realizados en momentos distintos y por diferentes

razones: el primero abstracto o lógico soportado en el concepto de validez; el segundo *ex post* de naturaleza empírica encaminado eventualmente a decretar el fracaso del legislador. Como lo exigiría su plena eficacia y sus pilares son tan diferentes, no podrían obstaculizarse entre sí mediante la institución de la cosa juzgada. Es decir, nada impediría que una ley, que en su momento haya pasado con éxito el examen abstracto de constitucionalidad, sucumba, años después, ante un escrutinio judicial sobre sus resultados. O viceversa.

Los proponentes de este debate ante la Corte invocan también como soporte de su pretensión a que se de paso franco a un escrutinio de constitucionalidad basado en hechos y no exclusivamente en normas, la jurisprudencia constitucional sobre los principios constitucionales en materia tributaria plasmados en la Sentencia C-056 de 2019. Sin embargo, de su lectura no se desprenden elementos que permitan arribar a esa conclusión. Se observa, en primer término, que en ese particular litigio el debate giró sobre los efectos que podría tener una determinada configuración normativa del impuesto de industria y comercio. Dijo la Corte:

¿Se vulneran los principios de equidad y justicia tributarias, previstos en los artículos 95-9 y 363 de la Constitución, cuando el Legislador dispone, en los casos en que (i) el vendedor carezca de establecimiento de comercio o punto de venta en el municipio donde se realiza la actividad comercial; y (ii) cuando la venta se adelanta a través de ventas por catálogo, comercio electrónico o por correo; el municipio beneficiario del ICA sea diferente al sitio donde reside el comprador de las mercancías?

¿Los conceptos “municipio donde se perfecciona la venta” y “lugar de despacho de la mercancía”, en tanto variables para la definición del municipio beneficiario del ICA, son indeterminados e indeterminables y, en consecuencia, vulneran los principios de certeza y legalidad tributarias, dispuestos por el artículo 338 de la Constitución?

Esta es claramente una discusión abstracta y conceptual como suele acontecer en este tipo de procesos. Y para corroborarlo se anota que la sentencia fue proferida sin que se hubieran decretado pruebas de ninguna índole.

A continuación, la Corte señaló:

El principio de equidad tributaria de que trata el artículo 363 de la Constitución opera como límite a la potestad impositiva del Legislador, aunque

también es expresión concreta del principio de igualdad. En líneas generales, el contenido de ese principio refiere a la prohibición que el orden jurídico imponga obligaciones excesivas o beneficios desbordados al contribuyente. En términos de la jurisprudencia, la equidad tributaria consiste en “un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. (Hemos destacado)

Lo que queremos poner de presente no es el concepto mismo de equidad tributaria, cuestión que no genera disputa, sino que respetarlo es la tarea que concierne al legislador cuando enfrenta la tarea de diseñar las leyes. La obra del legislador, por supuesto, puede no producir los resultados que algunos esperan, lo cual puede dar lugar a que los actores políticos que en una sociedad abierta actúan, se movilicen, unos para cambiar, otros para respaldar, las leyes en vigor. Sin embargo, esa disputa no se dirime en el foro judicial sino en el de los ciudadanos.

En esa misma ocasión la Corte desglosó varias modalidades de violación de la equidad tributaria que podrían enrostrarse al legislador: (i) el monto a pagar por concepto del tributo se define sin atender la capacidad de pago del contribuyente; (ii) la regulación grava de manera disímil a sujetos o situaciones jurídicas análogas, sin que concurra una justificación constitucionalmente atendible; (iii) el tributo es o tiene implicaciones confiscatorias; (iv) el legislador establece tratamientos jurídicos irrazonables, bien porque la obligación fiscal se base en criterios abiertamente inequitativos, infundados o que privilegian al contribuyente moroso y en perjuicio de quienes cumplieron oportunamente con el deber constitucional de concurrir con el financiamiento de los gastos del Estado.

No obstante, estas máculas atribuibles al trabajo del legislador, siempre, hasta donde hemos podido investigarlo, emergen ante el juez constitucional en el proceso de inexecutable de las leyes a partir de sus textos auténticos y únicamente de ellos. Bien diferente es la controversia en los campos académicos y políticos. En ellos lo que importa es si las normas son buenas, malas o mejorables, no tanto si son constitucionales. Cuando esa dimensión jurídica aflora, es para acumular argumentos en pro o en contra de una determinada tesis.

La onerosa carga que se pretende imponer a la Corte

Como la acción de inconstitucionalidad está abierta a todos los ciudadanos y las leyes impositivas suelen afectar múltiples intereses, lo normal es que todas las leyes tributarias se demandan como cuestión rutinaria; por eso existen ya numerosos fallos de exequibilidad sobre buena parte del ET. En consecuencia, si la Corte decidiera que la demanda debe prosperar, quedaría atrapada en un complejo dilema: (i) aceptar que la inexecutable del ET deja incólumes todas o algunas de las leyes sobre los que ya se ha pronunciado si encontrare que procede el principio de cosa juzgada relativa; o (ii) derribarlo todo, tal como se lo piden los demandantes.

En el primer caso, tendría que sostener, con muy buenas razones, que la porción que subsiste es, en sí misma, *culpable* de la falta de equidad del sistema tributario, y que esa constatación es fundamento suficiente para expulsar del ordenamiento el estatuto demandado. En el segundo, al mejor estilo de *mueran Sansón y todos sus filisteos*, debería declarar inexecutable la totalidad de ese corpus, incluidas las regulaciones sobre cobro coactivo de impuestos, retención en la fuente, procedimientos fiscales, etc., que nada tienen que ver con los móviles del litigio propuesto por Dejusticia y sus adherentes.

Ya lo hemos esbozado atrás pero, dada la importancia del asunto, conviene reiterarlo. Si la Corte decidiese resolver el fondo de la controversia (en vez de proferir un fallo inhibitorio o el rechazo in limine de la demanda, aunque declarando constitucional el Estatuto) se abriría un abismo insondable en términos de seguridad jurídica. Con base en nuevos estudios académicos y análisis aún mejores que los excelentes aportados por los promotores del litigio, podrían introducirse nuevas demandas mientras el Estatuto se encuentre vigente. Todavía peor. Si como consecuencia de una muy improbable sentencia de mérito, el Congreso expidiera una nueva normativa tributaria integral, cabe imaginar que pronto sería demandada imputándole a ese nuevo producto legislativo las mismas o parecidas faltas que al actual se formulan.

Estas complejas cuestiones surgen del evidente *fetichismo legal*, y de su modalidad extrema, a la que nos place designar como la *hiper constitucionalización de la política*, patologías ambas atribuibles a la demanda.

Nos referimos a la idea candorosa consistente en que las leyes, como consecuencia de su mera expedición, producen los efectos que pretenden. A veces sucede. En otras acontece lo que no se buscaba o, lo que es una calamidad, lo contrario, y por eso suele decirse que *el camino del infierno está sembrado de buenas intenciones*. La tarea de gobernar es bastante más compleja que expedir normas; ellas apenas son el punto de arranque de los conatos de transformación social. Los resultados positivos son inciertos y dependen de la calidad de las instituciones, de la eficacia de las autoridades y de las complejidades de la realidad social, que, siempre, es refractaria al cambio.

En materia tributaria es evidente que son muchas las falencias normativas. Insistimos en una que es protuberante. La reducción sistemática de impuestos a determinados sectores de la economía supuestamente para lograr que crezcan y generen empleo. Nunca nos han dado pruebas contundentes de que, en verdad, es lo que sucede, y no, como muchos lo tememos, que el Estado nada bueno obtiene a cambio de dispensar el pago de tributos. Muchas inversiones exoneradas o beneficiarias de cargas reducidas no fueron decididas con fundamento en esos favores fiscales, de modo tal que su dispensa se traduce en un generoso obsequio de la sociedad a actores específicos. Esas inversiones y esos empleos posiblemente se habrían creado *any way*. (La prueba contra fáctica es imposible). Por eso es muy positivo que, obedeciendo un mandato del Congreso, el gobierno haya por estos días integrado una comisión internacional para que expida recomendaciones al respecto.

Consideramos que la estrategia que ha sido recurrente en años recientes, incide en el deterioro del compromiso ciudadano con el pago de impuestos, que es una herramienta indispensable para proveer a la sociedad de más y mejores bienes públicos. Por eso la posición habitual en Colombia consiste en que *el pueblo no tiene por qué pagar impuestos*, que todo se resuelve si los ricos (categoría que incluye, a nuestro juicio de manera inapropiada, a las empresas) pagan lo que sería justo. Ojalá fuere así de sencillo. El otro resultado adverso de esa cultura consiste en que el Estado —lo que no debería suceder en una economía de mercado— escoge ganadores y, por esa vía, erosiona la competencia e incrementa la concentración del aparato económico. Si por poderosas razones se considera que ciertas

actividades o modalidades empresariales requieren subsidios, llámense economía naranja, actividades forestales o nuevas energías renovables, incorpórense ellos en el presupuesto nacional por tiempos predeterminados a fin de ponerlos a competir con otras modalidades de gasto y hacer posible su periódica evaluación.

Dicho lo anterior, que consolida un importante punto de acuerdo con los demandantes, es preciso anotar que los resultados negativos del sistema fiscal –insuficiencia del recaudo, fallas en la equidad tributaria– dependen también de factores que no son imputables al diseño normativo, y que, por lo tanto, derribar a hachazos el Estatuto Tributario para constreñir al Congreso a que expida otro, nada resuelve. Aludimos –es evidente– a la informalidad de la economía; a la evasión de impuestos, que es su resultado natural; a la limitada capacidad de la administración tributaria; al fraude fiscal, entre otros factores que son exógenos al Estatuto.

Inconstitucionalidad de otras pretensiones contenidas en la demanda distintas a la inexecutable del Estatuto

La demanda solicita a la Corte, como ya lo hemos registrado y discutido en párrafos precedentes, declarar inexecutable el Estatuto tributario expedido en 1989 y todas –que son multitud– las leyes que lo han reformado. A continuación le pide que:

SEGUNDO. DIFIERA los efectos de la inexecutable por dos años, prorrogables por otros dos años, siempre que al momento de cumplimiento del primer plazo el Congreso de la República acredite que está discutiendo un proyecto de Estatuto Tributario con las características señaladas en el numeral siguiente del presente petitorio.

TERCERO. EXHORTE al Congreso de la República a que durante el término en que la inexecutable del Decreto 624 de 1989 se encuentre diferida, expida un nuevo Estatuto Tributario acorde con los principios de progresividad, equidad y eficiencia, y respetando el principio de deliberación pública propio del procedimiento legislativo.

CUARTO. Que ORDENE la creación de una Comisión de Expertos para el seguimiento al exhorto realizado al Congreso de la República. Dicha comisión debe tener como objetivo tanto asesorar al legislativo en el diseño

del nuevo Estatuto Tributario como hacerle seguimiento al mismo luego de implementado, con el fin de revisar si cumple con los mandatos de progresividad, equidad y eficiencia. La Comisión deberá tener una vigencia mínima de diez años, sesionar por lo menos dos veces al mes y tener una estructura tripartita, conformada por delegados del Gobierno Nacional, la sociedad civil y el Ministerio Público, con una secretaría técnica encargada a una organización internacional multilateral. Dicha comisión podrá trabajar en conjunto con el equipo de auditoría creado en el artículo 118 de la Ley 1943 de 2018, pero manteniendo su independencia.

Aunque a los partidarios del *activismo judicial* pueda parecerles un inútil anacronismo, creemos pertinente citar un segmento de la Carta que suele dejarse de lado en discusiones como la que aquí tiene lugar. Se encuentra en el pórtico del art. 241, que define las competencias de la Corte Constitucional, a la cual se le confía, nada menos, que la guarda de la Constitución, enorme responsabilidad que, justamente por serlo, no puede ejercer de cualquier manera; debe actuar *en los estrictos y precisos términos*, que esa disposición contempla. En rigor técnico ese doble énfasis es superfluo. Ya estaba dicho en el art. 6 que

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Hemos destacado)

Sin embargo, lo que es inane desde esa perspectiva jurídica, no lo es para la preservación de los espacios propios de la política. Contiene una admonición contra el llamado *gobierno de los jueces* que es cara al pensamiento constitucional liberal. *Manténgase los jueces constitucionales transitando en el estrecho y crucial corredor que les pertenece, y dejen que la política fluya con grados amplios de autonomía.* Ese es el mensaje implícito y, a la vez, poderoso de este texto.

Desplegar ahora el inventario de competencias de la Corte sería excesivo y superfluo. Una alternativa mejor consiste en examinar, una a una, esas peticiones para determinar si la Corte podría concederlas. De eso nos ocupamos:

- Es punto pacífico que la Corte puede diferir el efecto de inexequibilidad hasta una fecha futura. Como lo ha señalado la Corte en diversas

ocasiones, ese tipo de sentencias se justifican cuando la expulsión inmediata de la ley inconstitucional generaría un resultado aún peor desde el punto de vista de la preservación de la Carta; por este motivo se justifica establecer un *periodo de gracia*, por así llamarlo, para que el Congreso tenga tiempo de expedir una nueva legislación. Se trata, sin embargo, de un *plazo*, no de una *condición* que limite la actividad del poder legislativo en el proceso de expedición de las normas que deban ser sustituidas. El salvamento de voto a la sentencia C-338/16 recoge la jurisprudencia correspondiente:

Quando la Corte opte por una inexecutableidad con efectos diferidos deberá indicar por qué los inmediatos ocasionarían una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya incompatibilidad con la Carta ha sido verificada en el proceso. Así mismo, por qué es más adecuado acudir a una inexecutableidad diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, la amplitud que en la materia tiene el Legislador y el grado de lesión que supone el mantenimiento de la disposición acusada en el sistema jurídico. De igual manera, deberá justificar la extensión del plazo al legislador, que dependerá, en gran medida, de la complejidad del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales. (Hemos destacado)

El Congreso tendrá que legislar respetando la sentencia de la Corte en las porciones generadoras de cosa juzgada (la parte resolutive y las consideraciones que con ella estén estrechamente vinculadas). Por lo demás su libertad no puede ser interferida por nadie; no hay texto alguno de la Carta que permita acotar sus potestades antes y mientras elabora las leyes (luego de hacerlas, es otro cuento). Por eso es rigurosamente contrario a la Carta, y lesivo de la dignidad del Congreso, que se le constriña a demostrar ante la Corte, en el lapso de los dos años posteriores a la eventual sentencia, “*que está discutiendo un proyecto de Estatuto Tributario con las características señaladas en el numeral siguiente del presente petitorio*”.

Nótese la gravedad del conflicto institucional que la prosperidad de esa petición tendría. Si el Congreso hace caso omiso, ante lo que seguramente entendería como una intromisión indebida, ¿qué haría

la Corte? ¿Expedir un auto diciendo que entra en vigor el fallo, y, por ende, que no se pueden recaudar impuestos hasta cuando se expida una ley nueva? Imagínenos, por el contrario, que el Presidente del Senado manda el informe que la Corte le pide, pero que a esta no le parece satisfactoria la respuesta. ¿Qué haría entonces? Enviar un requerimiento nuevo? ¿Proferir sanciones? Todo esto suena insólito, agresivo, fuente de severos enfrentamientos entre los poderes públicos. Es, sin embargo, lo que implican las ambiciones de los demandantes.

- Según lo estipula el numeral tercero de las peticiones que atrás copiamos, El Congreso deberá acreditar dentro del mencionado lapso que “*está discutiendo un proyecto de Estatuto Tributario con las características señaladas en el numeral siguiente del presente peticionario*”. Suena razonable que quien detenta una autoridad superior exija al subordinado reportes sobre el cumplimiento de sus tareas. El problema consiste en que en nuestro diseño institucional, al igual de lo que se observa en las constituciones de otros estados democráticos, no está prevista esta sumisión del Congreso en el ejercicio de sus funciones. El producto de su trabajo –las leyes que expida– está sometida a escrutinio judicial en los *estrictos y precisos términos* que la Carta consagra. Entre ellos no figura la modalidad de control que invoca la demanda.
- El *non plus ultra* de las agresiones contra el Congreso está contenido en el numeral cuarto de las peticiones. Consiste en que la Corte ordene la creación de una Comisión de Expertos para que supervise el proceso legislativo en materias fiscales al menos durante 10 años. El supuesto implícito no puede ser peor: como el Congreso no sabe legislar la Corte benévolamente le nombraría a quienes si saben para que le ayuden a realizar su tarea. Y si el Congreso no sabe de sistemas fiscales, con la misma o parecida lógica podría decirse que no sabe de medio ambiente, de educación o de crecimiento económico. Para esas y parecidas materias la Corte, en su nueva función de tutor, podría nombrarle comisiones asesoras.

Habría, sin duda, una solución que algunos considerarían mejor: que no gobiernen los representantes que el Pueblo elija en comicios

públicos; sino que lo hagan los sabios y los expertos. Es justamente lo que las constituciones de corte autoritario disponen. Los extremos políticos, a veces, suelen converger...

Juegos en el borde del precipicio

Las acciones públicas de inexequibilidad están disponibles para cualquier ciudadano o grupo de ellos. Por eso basta que los demandantes se identifiquen con los números de sus cédulas. Los promotores del proceso no tienen dudas de que así es. No obstante, tomaron la decisión de ilustrar a la Corte sobre sus calificaciones académicas y las importantísimas tareas que desempeñan en la sociedad. Son, qué duda cabe, parte muy importante de la elite intelectual de Colombia. Justamente por ello cabía esperar algún grado de sensibilidad por las consecuencias posibles del juego que han decidido jugar.

Se trata, nada menos, de que si el Congreso no acata la instrucción de expedir, dentro de un determinado plazo, cumpliendo determinadas condiciones y sometido a supervisión externa, un nuevo estatuto tributario, o no lo hace de la manera que la Corte juzgue adecuada, de manera súbita el nivel central del *Estado se quedaría sin la posibilidad de recaudar impuestos, y, desde luego, sin recursos para cumplir sus obligaciones*. Esto vendría a ser, en sentido económico, una pandemia peor de la que en la actualidad padecemos.

Efectos colaterales derivados de la sola admisión de la demanda

Colombia emergerá de la pandemia causada por el Covid19 con una economía sumida en una crisis económica y social sin precedentes en nuestra historia como nación independiente. Los indicadores de contracción de la economía, retroceso en la lucha contra la pobreza, desempleo y crecimiento de la deuda pública son suficientemente conocidos. Digamos que son *hechos notorios* eximidos de prueba.

Para afrontar los retos gigantescos que la superación de la crisis exige, se requiere, entre otras cosas, un flujo enorme de inversión nueva, tanto pública como privada. Con relación a esta última, es indispensable un

grado alto de estabilidad en las reglas de juego, o, al menos, es necesaria la razonable seguridad de que los cambios que seguramente se requieren en el frente fiscal se tramitarán por las vías institucionales regulares. En un contexto tan complejo como el actual, la sola admisión de la demanda que analizamos podría ser muy dañina para el clima de inversión y el crecimiento económico, elementos claves para la reactivación social que necesita nuestro país.

Desde nuestra particular visión del control constitucional, por sí solas estas consideraciones sobre los impactos sociales de las decisiones que la Corte adopte no podrían constituir el eje de sus determinaciones, Coherentes con ella cabe pedimos –y esperamos– decisiones con sustento jurídico, aunque alguna consideración se les conceda en el margen, vale decir en la zona de penumbra que con cierta frecuencia las cuestiones jurídicas tienen.

Lo que consideramos esencial es que, por las razones expuestas en este escrito, se declare que la demanda es inepta pues las pretensiones que aduce no son admisibles por una sola y primordial razón: *la acción de inexequibilidad que la Carta Política contempla no es la que los demandantes esgrimen*. Le pedimos a la Corte disponerlo así. Y si optare por darle curso al proceso, la decisión que corresponde, y con respeto pedimos, consiste en proferir una sentencia desestimatoria de la demanda.

Conclusiones

Formulamos las siguientes:

1. Si la Corte decidiera admitir la demanda, habrá de tener en cuenta que la progresividad del sistema fiscal debe predicarse del conjunto, no exclusivamente, de los tributos –también de la estructura del gasto–; y que al así proceder tendrá que señalar que los impuestos indirectos son un elemento central de los sistemas fiscales en muchos países.
2. No existe en la Carta Política, en contra de lo que afirman los demandantes, un mecanismo que permita a la Corte Constitucional retirar del ordenamiento jurídico una ley bajo el cargo de que, vistos sus efectos, ellos no son adecuados desde el punto de vista de

ciertos valores y principios constitucionales. Sin embargo, es cierto que el sistema fiscal, en sus vertientes del ingreso y del gasto, adolece de graves defectos que, como lo señalan los promotores del litigio, el Congreso tendría que corregir.

3. Lo que la Constitución contempla con nitidez absoluta es la acción de inexecutableidad, la cual consiste en un debate abstracto sobre la compatibilidad de los contenidos normativos de las leyes y los preceptos constitucionales
4. Es en ese ámbito, semántico y conceptual, en donde cabe la discusión sobre el acatamiento por las leyes del conjunto de reglas que podrían ser englobadas bajo el concepto de justicia tributaria.
5. La admisión de la demanda obligaría a la Corte a decidir, no sobre consideraciones jurídicas, sino de orden empírico. Este modo de actuar no está previsto en relación con las acciones de inexecutableidad, aunque sí tratándose de los estados de excepción.
6. Ninguna de las pretensiones contenidas en la demanda encaja dentro del repertorio de potestades asignadas a la Corte. Por el contrario, implicarían un inadmisibile avasallamiento del Congreso por el poder judicial.
7. La prosperidad de la demanda genera un riesgo gravísimo de parálisis del Estado como consecuencia de la incapacidad de recaudar impuestos y, por consiguiente, de cumplir sus funciones *básicas*.
8. Además de que su admisión podría tener un efecto perturbador en el clima de inversión, la demanda no es idónea para iniciar un debate judicial válido. Por ese motivo debería ser rechazada por la Corte sin darle curso. Si decidiera tramitarlo, la sentencia que le ponga fin debería ser *desestimatoria*.

HISTORIA DE LOS CÓDIGOS PENALES, DE PROCEDIMIENTO PENAL Y PENAL MILITAR EN COLOMBIA

Francisco Bernate Ochoa*

Academico correspondiente

Francisco José Sintura Varela**

Profesor nacional invitado

Resumen: En este artículo presentamos la historia de los Códigos Penales, militares, sustantivos y de Procedimiento Penal en Colombia, indicando, las características de cada uno de los estatutos que han regido en nuestro país. Con ello, pretendemos dar a conocer las tendencias, ideologías y corrientes teóricas que han regido entre nosotros a lo largo de la historia.

Palabras clave: Historia del Derecho Penal colombiano, códigos penales, corrientes penales, delitos, escuela clásica, escuela positivista, escuela causalista, escuela finalista, funcionalismo penal, fuero penal militar, justicia militar, jurados de conciencia, procedimiento penal, inquisitivo, sistema acusatorio.

* Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, en Derecho Penal Económico de la Universidad de Castilla La Mancha, y en cumplimiento normativo de la misma universidad. Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas en convenio con la Universidad de Salamanca. DEA y Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid. Profesor titular, director del Grupo de investigación y de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Legislación financiera de la Universidad de Los Andes.

THE HISTORY OF CRIMINAL, CRIMINAL PROCEDURE, AND CRIMINAL MILITARY CODES IN COLOMBIA

Abstract: In this article we present the history of the Criminal –military and substantive– and Criminal Procedure Codes in Colombia. For each one, we point out the characteristics of each of the statutes that have governed our country, with the intent to reveal the tendencies, ideologies and theoretical currents that have governed us throughout our history.

Key words: History of Colombian criminal law; criminal codes; currents in criminal practice; crimes; the positivist school; the causalistic school; the finalistic school; criminal functionalism; military criminal jurisdiction; military justice; juries; criminal procedure; inquisitorial; adversarial legal system.

Introducción

Conocer la historia del Derecho Penal en Colombia resulta una labor extremadamente complicada, atendiendo varios factores. En primer lugar, es bastante conocida la inestabilidad legislativa que históricamente ha caracterizado la política anticriminal entre nosotros. A manera de ejemplo, en cuestión de apenas dos años, entre 1981 y 1982, se expidió un Código de Procedimiento Penal, que fue derogado de inmediato para que recobrar su vigencia el del año 1981. Lo propio sucedió con el Código Penal Militar, igualmente modificado integralmente en menos de un lustro. En segundo lugar, seguir el rastro a la historia de nuestra legislación es una labor extremadamente compleja, si se atiende a la dificultad para encontrar las fuentes, pues, si bien es cierto, toda la legislación posterior a 1991 se encuentra digitalizada y disponible en la red global de información, no sucede igual con la anterior, que ha de buscarse en los archivos de la Nación e, incluso, en bibliotecas privadas.

A estas dificultades ha de sumarse que la legislación nacional en materia penal es asunto de permanentes cambios, unos estructurales y otros de me-

Ex Vicefiscal General de la Nación. Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad del Rosario, tratadista, docente y conferencista en diversas Universidades. Abogado litigante y consultor en asuntos penales. Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

nor impacto, por lo que decidimos, para los efectos del presente artículo, limitarnos a mencionar solamente aquellas leyes que contienen un abordaje integral de la materia y que, por ende, pueden considerarse un Código, sin tener en cuenta normativas que pueden ser extensas y ocuparse de una cuestión penal, pero que no cumplen los requisitos para considerarse una codificación.

La literatura nacional sobre la historia del derecho penal colombiano ha dado cuenta del desinterés en la materia, tanto en los investigadores y académicos como en los encargados de formular la política anti criminal, reproche que encontramos ya presente desde la majestuosa obra de Arturo Quijano, considerada pionera en la materia en nuestro país, en la que indica “*entre nosotros se estudia asiduamente el Derecho y la Historia Francesa, hasta en los más ridículos detalle, mientras que nuestra historia y nuestro derecho son casi¹ un misterio*”. Esta observación, consideramos, se mantiene hoy en día sin alteración alguna, pues seguimos desconociendo la historia de nuestro Derecho Penal mientras rendimos un culto irreflexivo al que proviene de otras latitudes.

De modo que, en el presente documento presentamos, de manera descriptiva lo que han sido los Códigos que han regido en Colombia, haciendo un análisis separado, entre los sustantivos (2), los penales militares (3) y (4) los de procedimiento penal. Por supuesto que podría considerarse que los Códigos Penales Aduaneros, o de Infancia y Adolescencia son igualmente Códigos Penales, pero hemos restringido el presente estudio a estos tres estatutos.

La metodología que empleamos, en el presente documento, es la de presentar un contexto constitucional en el que se expide cada uno de los códigos y dar cuenta de algunas de sus principales características, sin adentrarnos en las particularidades de cada estatuto, en tanto que ello demandaría un espacio adicional. Igualmente, no nos ocupamos de la infinidad de reformas totales o parciales que modificaron cada uno de los estatutos, en tanto que ello desborda el objeto de interés de la presente investigación, cual es presentar las codificaciones que en estas materias han regido entre nosotros.

¹ QUIJANO, Arturo. *Ensayo sobre la evolución del Derecho Penal en Colombia*. Imprenta y librería de Medardo Rivas, Bogotá, DC, 1898. P. II.

Por demás, se realiza una presentación acrítica de cada uno de los estatutos, sin comentar sus eventuales aciertos o desaciertos, dado que este no es el propósito de esta investigación.

Esperamos, con este documento, entregar un insumo que permita conocer a grandes rasgos la historia legislativa en estas materias entre nosotros, no solamente como un recuento histórico para que los interesados puedan tener un contexto de nuestro pasado en estas materias, sino también, para que podamos encontrar las respuestas frente a los desafíos que diariamente aparecen en el devenir de nuestro país.

Los Códigos Penales en la historia de Colombia

El de 1837 es el primer Código Penal que se expidió en la historia legislativa de la República de Colombia. En su redacción participó el General Francisco de Paula Santander, y se expidió siendo presidente José Ignacio de Márquez.

Ya desde el Acta de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811 se señala (art. 7) que las provincias se reservan la formación de sus códigos civiles y criminales, así como el establecimiento de juzgados y tribunales superiores e inferiores en donde se fenezcan los asuntos judiciales en todas sus instancias. Lograda la independencia definitiva, el 7 de agosto de 1819, se expide la Constitución Política de la República de Colombia de 1821, conocida como la Constitución de Cúcuta.

En esta carta política se realiza una primera delimitación del programa penal de la Constitución, que en lo sustantivo se relacionan con el reconocimiento del principio de legalidad (167), la sanción del tratamiento que agrave la pena determinada por la ley (168), y el que las sanciones penales no sean transmisibles a terceras personas como sucesores o herederos del condenado (173).

Para 1823, como lo señalaran el General Santander y Jerónimo Torres, había un consenso sobre la necesidad de contar con un Código Penal, existiendo, incluso, un proyecto cuyo autor se desconoce y que fuera publicado en este mismo año.

En 1830 se expide la Constitución posterior a la secesión de la Gran Colombia. En esta carta política, se adicionaría que el goce de los derechos ciudadanos se pierde (15.3) por sentencia que impusiera pena afflictiva o infamante, mientras no se obtenga rehabilitación, y se suspende (16.8) en quienes tengan causa criminal pendiente después de decretada la prisión. Se mantienen el principio de legalidad (145), y la prohibición de extender las penas a terceros inocentes (143) y se dispone que nadie será reducido a prisión en lugares que no estén pública y legalmente reconocidos como cárceles (144), prohibiéndose la confiscación de bienes como pena (148).

Se hace referencia explícita en esta Constitución al concepto de delito común cuando se establece (110) que habrá en la Capital de la República una Alta Corte de Justicia, una de cuyas atribuciones (110.7) es la de conocer de las causas criminales por estos delitos contra el Presidente y Vicepresidente de la República y contra los ministros y Consejeros de Estado, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de esta Alta Corte.

En 1832 se expidió la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada que mantiene las disposiciones anteriores en materia sustantiva, entre ellas, la prohibición de transmitir las penas a herederos, sucesores o legatarios del condenado (189), la prohibición de reducir a prisión a los ciudadanos a lugares que no estén pública y legalmente reconocidos como cárceles (190) el principio de legalidad (191), y la prohibición de confiscación como pena (192). Para 1833, se discutía un proyecto de Código Penal por una comisión integrada por Jose Ignacio de Marquez, Vicente Azuero, Manuel Benito Rebollo, Rafael Mosquera, Bernardino Tovar, Salvador Camacho y José Manuel Restrepo, proyecto cuya publicación fuera ordenada mediante la Ley del 7 de junio de este año, y que se presentara ante el Congreso de la República para su discusión, sin que fuera aprobado.

El Código Penal de 1837 fue aprobado por el Congreso de la República un año antes, en 1836, siendo objetado por el entonces presidente, el General Santander, razón por la que fue sancionado el 29 de mayo de 1837.

Se trata de un estatuto de 919 artículos dividido en 4 libros que podríamos, a su vez, subdividir en dos grandes apartados: una parte general en la que encontramos (i) los delitos y de las penas en general (1-92) y (ii) los delin-

cuentas y del modo de graduar los delitos y aplicar las penas (93-139); y una parte especial que comprende (iii) los delitos y culpas contra la sociedad y sus penas (140-601) y (iv) los delitos y culpas contra los particulares y sus penas (602-917).

El Estatuto tiene una importante influencia de la Escuela Clásica Italiana que se evidencia en la misma definición de delito (1) como la voluntaria y maliciosa infracción de la ley por la cual se incurre en una pena (2, 3). Así mismo, establece la pena de muerte (19.1) y la de trabajos forzados entre otras, y desarrolla de manera detallada la forma en que habrá de ejecutarse la pena capital –a garrote– (32 y siguientes). Se realiza una diferenciación (96) entre autores, cómplices, auxiliadores y encubridores.

Ante las dificultades prácticas para la aplicación de la Constitución de 1832 y las dudas generadas por algunas de sus disposiciones, se expidió la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, que data de 1843, siendo presidente Pedro Alcántara Herrán.

El 24 de mayo de 1851 se presenta un acto legislativo que declaraba una nueva Constitución pero que nunca entró a regir, dado que la ley que determinaría su entrada en vigencia nunca fue expedida.

Resulta importante destacar que en 1851 se presentó ante el Congreso el denominado *Proyecto Padilla* en el que se eliminaba la pena de muerte y se disponía la creación de una penitenciaría para los grandes criminales, proyecto que no fuera aprobado por el legislativo. El 21 de mayo de este mismo año, se dispuso la libertad de todos los esclavos desde el 1º de enero de 1852 y quedaron derogadas todas las penas y delitos relacionados con estas materias.

En 1853 se expidió la Constitución Política de la Nueva Granada, que establece una carta de derechos (3) incorporando el principio de legalidad (3.2.) y reiterando la prohibición de la esclavitud (6). Se define en esta Constitución una primigenia forma de federalismo (10) estableciendo un Gobierno popular, representativo y responsable de la República y reservando a las provincias o secciones territoriales el poder municipal, quedando el Gobierno General facultado para proferir (10.4) la legislación penal que califica las acciones punibles y establece los castigos correspondientes.

En desarrollo de lo anterior, mediante actos adicionales a la Constitución se crearon los Estados de Panamá (27 de febrero de 1855), Antioquia (1° de junio de 1856) Santander (13 de mayo de 1857) Cauca, Cundinamarca, Bolívar y Magdalena (15 de junio de 1857). Posteriormente, se expidió la Constitución Política para la Confederación Granadina, en 1858, en la que se recompone la estructura de Estado a partir de la creación de los 8 Estados Federales (1) (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander), estatuto en el que se establecen las competencias en materia de legislación penal entre la Confederación y cada uno de los Estados (15.16).

Esta constitución reafirma el principio de legalidad de los delitos y las penas (56.1) y contiene una expresa manifestación respecto de la lesividad al señalar que la libertad individual no conoce otros límites que la libertad de otro individuo, reconociendo la facultad de hacer u omitir todo aquello de cuya ejecución u omisión no resulte daño a otro individuo o a la comunidad (56.2).

El 8 de mayo de 1863 se expide la Constitución de Rionegro en la que se adoptaría la denominación de Estados Unidos de Colombia (1) con 9 Estados Soberanos: Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá Santander y Tolima (1). En esta constitución se establece (15.1) la inviolabilidad de la vida humana, comprometiéndose los Estados federales y el Gobierno Nacional a no decretar en sus leyes la pena de muerte, estableciendo (15.2) una sanción máxima de pena corporal de 10 años, reiterando los principios de lesividad penal (15.3) y de legalidad (15.4). Esta Constitución establece la libertad de tener armas y municiones, y hacer comercio con ellas en tiempos de paz (15.15).

Establecido el régimen federal, se expide, la Ley 112 de junio de 1873, con la que terminaría su vigencia, el Código Penal Colombiano de 1837.

El siglo XIX en Colombia inicia con la independencia, la conformación de la Gran Colombia, y la posterior secesión, dando lugar a la creación de una institucionalidad en nuestro país que se refleja en un constante cambio de Constituciones y movimientos pendulares entre un centralismo que inicia en 1830, y va hasta 1853, cuando hay un tránsito hacia el federalismo entre 1858 y 1886, y regresando al centralismo en 1886, de manera definitiva.

Más allá de estas transiciones políticas, que podrían explicarse por la influencia que sobre los líderes de la República tenían el modelo de los Estados Unidos –para entonces ya una potencia– o el Francés, la realidad es que estas transiciones siempre se dieron en medio de cruentas guerras civiles que marcaron la historia de este siglo entre nosotros. A lo largo de este siglo hubo dos golpes de Estado, 14 guerras civiles regionales, 9 guerras generales, entre ellas la de los Supremos (1839-1842), la de 1851, la de los Artesanos (1854), la Gran Guerra (1859-1862), la de las Escuelas (1876-1877) y la de 1885.

En medio de estas guerras civiles, entre 1830 y 1858, se expidieron las constituciones de 1831, 1832, 1843, y 1858, que marcan una transición del centralismo al federalismo. Es así como, las Constituciones de 1858 y 1863 diseñaron una transición jurídica y política hacia una forma de Estado federal, conformada por nueve Estados provinciales y soberanos: Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá Santander y Tolima; que dispondrían de su propia legislación en materia penal. Lo propio haría la Federación, denominada para aquel entonces Confederación Granadina, y luego Estados Unidos de Colombia, respectivamente.

Es en este contexto, cada uno de los Estados soberanos promulgaron sus Códigos Penales. Hizo lo propio la Federación, que expidió la Ley 112 del 26 de junio de 1873, el segundo Código Penal que rigió en la historia de Colombia. Dicha normativa contenía 663 artículos y derogó de manera expresa (art. 663) el Código Penal de 1837, permitiendo su aplicación ultractiva en casos en los cuales aplicase el principio de favorabilidad (art. 663).

En lo que tiene que ver con su estructura, se mantiene una orientación clásica del delito, al definirlo (art. 1) como la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en una pena. Se divide en cuatro libros, a saber, una parte general en la que se encuentran (i) los delitos y las penas en general (arts. 1-76) y (ii) los delincuentes y el modo de graduar los delitos y aplicar las penas (arts. 77-116); y una parte especial en la que aparecen (i) los delitos y culpas contra la sociedad (arts. 117-459) y (ii) los delitos comunes o privados (arts. 459-646).

Resulta muy importante señalar que en esta codificación desaparece, en desarrollo de lo establecido por la Constitución de 1863 (art. 15.1), la pena de

muerte (art. 27), dividiendo las penas en corporales y no corporales, siendo las primeras el presidio, la reclusión, la prisión, la expulsión del territorio de la República, el confinamiento a un territorio nacional, distrito, provincia, municipio o departamento de un Estado y el destierro (art. 27), e indicando que la pena de presidio no podría superar los diez (10) años (art. 38).

Tras las guerras civiles ya comentadas, se expidió la Constitución de 1886 que derogó la de Rionegro (art. 210) y estableció el regreso del modelo centralista (art. 1), con lo que perdieron vigencia tanto los Códigos estatales, como el Código Federal de 1873. Es por ello que, mediante la Ley 57 del 15 de abril de 1887 (art. 1) se dispuso que regiría en Colombia el Código Penal del Estado de Cundinamarca sancionado mediante la Ley del 16 de octubre de 1858, que se convertiría en el tercer Código Penal vigente en Colombia.

La Constitución de 1886 estableció el retorno a un régimen centralista, y la consecuente derogatoria tanto del Código Penal Federal de 1873 como de los Códigos expedidos por cada uno de los Estados soberanos. A su vez, la Ley 57 del 15 de abril de 1887 (art. 1) estableció que regiría en Colombia el Código Penal del Estado de Cundinamarca sancionado mediante la Ley del 16 de octubre de 1858, tercer código penal que ha regido en Colombia. La Constitución de 1886 se produce tras dos guerras civiles, la de las Escuelas (1876-1877) y la de 1885, que dan paso al movimiento conocido como la Regeneración, que supone el fin de las ideas liberales, y de la separación del Estado y la Iglesia, y el establecimiento de ideas de corte conservador acompañadas de una fuerte influencia del clero en los asuntos de Estado.

La Constitución de 1886 introdujo importantes cambios en el sistema penal colombiano, en el que mantiene la vigencia de los principios de legalidad (art. 20) y lesividad, al establecer (art. 19) que las autoridades de la República están establecidas para proteger a los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes. Dispone que el mandato superior no exime de responsabilidad (penal) a quien ejecuta una infracción manifiesta de un precepto constitucional, exceptuando de esta disposición a los militares en servicio, respecto de quienes la responsabilidad recaería exclusivamente en quien impartiera la orden (art. 20). Introduce el fuero penal militar (art. 170), la prohibición de prisión por deudas (art. 23) y de

la pena de confiscación (art. 34) y restablece la pena de muerte (art. 29) señalando que (i) no procede para delitos políticos (art. 30) y (ii) que (art. 29) solo se impondrá para castigar los delitos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército.

Con el propósito de actualizar las disposiciones penales conforme a los avances de la ciencia y la existencia de una nueva Constitución, mediante la Ley 19 del 18 de octubre de 1890 se expidió un nuevo Código Penal, el cuarto vigente en la historia de Colombia y el primero de la República. Se trata de una normativa que cuenta con 916 artículos divididos en tres libros, a saber: (i) delitos, delincuentes y penas en general, graduación de los delitos y aplicación de las penas (arts. 1-149); (ii) delitos que afectan a la Nación o a la sociedad o que sean cometidos por empleados públicos (arts. 150-582) y (iii) los delitos contra particulares (arts. 583-916).

Se trata de un estatuto que mantiene la influencia de la Escuela Clásica italiana, manteniendo la misma definición de delito como la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena (art. 1), contiene una regulación específica sobre la extradición, señalando que no procede por delitos políticos (art. 18.1) y que, para delitos comunes a falta de tratado se permite cuando el máximo de la pena aplicable exceda de cinco (5) años de presidio o reclusión y el mínimo no sea inferior a cuatro (4) (art. 18.2). Establece la responsabilidad (art. 21) de autores (art. 22), cómplices (art. 23), auxiliadores (art. 24) y encubridores (art. 25).

Establece que las penas (art. 39) se dividen en corporales (art. 40) y no corporales (art. 41), y entre las primeras, aparece nuevamente la pena de muerte (arts. 40.1 y 48), que ahora se ejecutaría con armas (art. 48) manteniendo el carácter ritual en su aplicación (art. 51). La pena de presidio no podría exceder de 20 años (art. 57) y la de prisión no sería superior a los 15 años (art. 59).

El Acto Legislativo 3 del 31 de octubre de 1910 estableció (art. 3) que el legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso, con lo cual, desde entonces, ha sido abolida de manera definitiva la pena de muerte en Colombia.

Se podría señalar que el Código Penal de 1936 representa el primer viraje teórico en la legislación colombiana, a manera de un cambio de paradigma. Como se ha dicho, los Códigos Penales de 1837, 1873 y 1890, todos seguían los postulados de la Escuela Clásica italiana.

El primer impacto que sufrió el Código Penal de 1890 fue la eliminación de la pena de muerte, mediante Acto Legislativo No. 3 de 1910 y, a ello habría que agregar que, a partir de la segunda década del siglo xx llegaron a Colombia las influencias de la Escuela Positivista del Delito, cuyos orígenes datan en Europa de finales del siglo xix y que encuentran su máxima expresión en el denominado *Proyecto Ferri* en Italia (1921), en alusión a su creador, Enrico Ferri, en cuyo centro de estudios se formaron varios de los más destacados penalistas de la época. Si a esta situación teórica en el Derecho Penal, le agregamos el importante cambio que atraviesa Colombia en la década de los años treinta, en la que se presenta un importante avance en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, así como un importante proceso de industrialización en materia económica, y en lo político el fin de la hegemonía conservadora en 1930, se hacía necesario actualizar la legislación y ponerla a punto de los desarrollos teóricos y una nueva realidad constitucional y social.

En efecto fueron varios los juristas nacionales que como Carlos Lozano y Lozano o Jorge Eliecer Gaitán recibieron las enseñanzas de Enrico Ferri, que fueron adaptando a nuestra literatura y que generaron el paso de la Escuela Clásica a la Positivista, esta última, con gran influencia en el estatuto de 1936 y en las prácticas que, desde entonces, se presentan en el ejercicio del derecho penal colombiano.

Es así como, mediante la Ley 20 de 1933, se designó una comisión redactora integrada por Carlos Lozano y Lozano –discípulo del profesor Enrico Ferri–, Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas y Carlos V. Rey, quienes se encargaron de elaborar un nuevo Código Penal, que termina con la expedición de la Ley 95 del 24 de abril de 1936, adoptado por el artículo único del Decreto 2300 del 14 de septiembre de 1936; dicho estatuto entró en vigencia el 1 de julio de 1938, conforme a lo previsto en la Ley 124 de 1937, artículo 13.

Hemos ya mencionado la influencia que en la legislación de 1936 tuvo la Escuela Positivista italiana, que parte del delito como un ente de hecho,

niega el libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal y lo sustituye por la responsabilidad social, y aplica un método inductivo, donde las premisas se construyen a partir del estudio científico de la persona del delincuente. En este sentido, para esta escuela, perdería necesidad la clasificación entre imputables e inimputables, pues todos los infractores serían inimputables, y la duración de la sanción estaría dada por el tiempo que tome la rehabilitación del condenado. Es innegable la influencia de esta forma de pensar en este estatuto, pero no se acogió de manera íntegra, como lo demuestra el que se mantiene la diferencia entre imputables e inimputables, y el que las sanciones tienen una duración determinada.

Se trata de un estatuto compuesto por 436 artículos, que rige (art. 436) desde el 1 de enero de 1937, y que deroga el estatuto anterior (art. 433). Se divide en una parte general (arts. 1-116) y una parte especial (arts. 117-436). En dicha normativa se adoptan las principales instituciones de la escuela positivista del delito, pues se eliminan las disposiciones relativas a la definición del delito que traían todos los estatutos anteriores, influenciados, como lo hemos señalado por la escuela clásica del delito. Aparece normativamente la clasificación entre acción y omisión como modalidades del delito que ya era entonces común en los estatutos italianos y españoles del siglo XIX, la conducta (art. 11.2), y se perfila la figura de la peligrosidad social del procesado, inspirada en este código por los postulados sociológicos del positivismo italiano, por ejemplo, con la sanción de la tentativa imposible (art. 18) y el agravante de la reincidencia (art. 35). Se habla, expresamente de la peligrosidad como motivo de mayor (art. 37) o menor (art. 38) punibilidad. Establece (arts. 41, 45.1) los 24 años como el máximo de la pena de presidio y, por supuesto, no señala la pena de muerte derogada en 1910.

Esta normativa no diferencia entre penas y medidas de seguridad (arts. 29 y 61) y establece subrogados penales como son la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 81), la libertad condicional (art. 86) y el perdón judicial (art. 92). En cuanto a la parte especial, dicho estatuto comienza, como sus precedentes, con la tutela de los intereses colectivos y luego de los derechos individuales.

El Código Penal de 1936 ha sido el estatuto que más tiempo ha regido en Colombia y, sin lugar a dudas, fue determinante en la formación de la

cultura jurídica colombiana, aún cuando la mayor producción científica en nuestro medio se ha presentado a partir del Código del año 1980.

A partir de la década de los cincuenta, la dogmática penal se asentó en Colombia, y pronto se superó la lucha entre la Escuela Clásica –que había influido en los Códigos Penales de 1837, 1873, 1887 y 1890– y la Escuela Positivista, cuyos postulados siguió el Código Penal de 1936, lo cual, aunado a los avances que socialmente se habían presentado en términos de separación entre moral, religión y derecho, además del significativo avance que la literatura jurídica colombiana había logrado a partir de los años 50, hicieron necesaria la conformación de sendas comisiones redactoras en los años setenta con miras a preparar una nueva legislación que rigiera en Colombia.

Para este momento histórico, Colombia se encontraba terminando el denominado *Frente Nacional* que supuso la alternancia del poder entre los partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador, y un reparto de la burocracia estatal entre los mismos, y que fue la fórmula pactada por la dirigencia de la época para apaciguar la violencia que azotaba el territorio nacional y que causara miles de muertos. Este Código Penal, atravesaría los gobiernos conservadores de Misael Pastrana Borrero, Alfonso López Michelsen y Julio César Turbay Ayala, en cuya presidencia fuera sancionado.

En lo que tiene que ver con el avance de la teoría del delito, resulta paradigmático el trabajo presentado por Bernardo Gaitán Mahecha, titulado *El derecho penal conforme a las concepciones modernas*, publicado en 1953 en la Revista del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Colombia², en el que el autor plantea la superación de las escuelas Clásica y Positivista, acogiendo la dirección técnico jurídica y señalando que se han impuesto en la ciencia jurídico penal las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad³. A partir de entonces, la literatura y la jurisprudencia nacional comenzaron a realizar una interpretación dogmática

² GAITÁN MAHECHA, Bernardo. *El derecho penal conforme a las concepciones modernas*. En: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, DE, 1953, número 1, p. 95.

³ GAITÁN MAHECHA, Bernardo. *El derecho penal conforme a las concepciones modernas*. En: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, DE, 1953, número 1, p. 97.

de las instituciones existentes en el Código de 1936, lo cual no siempre era fácil, por lo que se hacía necesario contar con un código acorde a la sistemática del delito en ese momento dominante entre nosotros, como lo era la Escuela Neoclásica del delito o Escuela Neokantiana, en el que el injusto es prevalentemente objetivo, y la culpabilidad de corte normativo, incluyendo los aspectos de la imputación subjetiva, con la imputabilidad como componente y no como presupuesto.

En 1974 se presenta por el Ministerio de Justicia un anteproyecto de Código Penal que, junto con el Proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, se entregan a la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal, que a su vez elabora el proyecto de ley el 5 de diciembre de 1979, mediante el cual se expide un Código Penal a través del Decreto Ley 100 de 1980.

Se trata de un estatuto de 379 artículos, que comienza a regir el 29 de enero de 1981. Se encuentra dividido en dos grandes apartados, una parte general, (arts. 1-110) y una parte especial (arts. 110-378). Por primera vez se establece un capítulo destinado a regular unas normas rectoras prevalentes (arts. 1-12) y se hace referencia al hecho punible (art. 1).

En cuanto a lo estrictamente dogmático, este estatuto sigue principalmente los postulados de la Escuela Neoclásica Alemana, aun cuando algún sector de la literatura nacional hicieron lecturas de corte finalista del mismo, al fincar la estructura del injusto en el desvalor de resultado (art. 4), clasifica la conducta en acción y omisión (art. 21) y, por primera vez, se introducen criterios jurídicos para la determinación de la causalidad (art. 21). Así mismo, divide a los penalmente responsables en imputables e inimputables (31) como en el Código del 36, y establece que los elementos subjetivos han de analizarse en sede de culpabilidad (art. 35).

En este estatuto se establece una pena máxima de treinta años de prisión que, posteriormente, en una de las muchas reformas, llegó hasta los 60 años en el denominado Estatuto Antisecuestro de 1993, avalado por la entonces naciente Corte Constitucional⁴. En su parte especial, se advierte un esfuerzo por aplicar la teoría del bien jurídico y a partir de allí precisar el contenido de los delitos y establecer disposiciones que no tienen en cuenta

⁴ Sentencia C-595 de 1993.

aspectos morales, éticos o religiosos, como lo hacia su antecesor, el Código Penal de 1936.

Se trata de un C. P. que le sirvió al Estado para hacerle frente a las peores épocas de la violencia propiciada por grupos narcotraficantes y guerrilleros, y que es reconocido por la literatura como uno de los Códigos mejor elaborados en punto de la sistematicidad y la estructura del delito, en nuestro contexto cultural. Prácticamente, desde que fue expedido, comenzaron las reformas estructurales, como ocurrió en 1982 con la introducción, mediante el Decreto 2920, de los delitos contra el sistema financiero.

De allí en adelante, varias normas crearon nuevos delitos, aumentaron las penas, y con ellas se intentó hacer frente a esos años tan complejos de la realidad nacional, como sucedió a mediados de la década de los ochenta con el auge del terrorismo, con hechos como la toma del Palacio de Justicia (1985), o las sucesivas explosiones en centros urbanos e incluso en una aeronave comercial en aire en el fatídico año 1989, en el que fueron asesinados 4 candidatos a la presidencia. Durante su vigencia, se expidió la Constitución Política de 1991, que planteó la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1), mantuvo la prohibición de la pena de muerte (art. 11) y estableció la prohibición de la desaparición forzada, la tortura, los tratos o penas crueles (art. 12), la esclavitud, servidumbre y la trata de personas (art. 17). Además, sostuvo que los derechos de los menores (art. 44) priman sobre los de los demás y estableció categorías especialmente protegidas al interior del núcleo familiar, como lo son la mujer y el adulto mayor (art. 44). También dispuso una reserva de ley, al indicar que solamente el Congreso podría expedir los Códigos de cada rama de la legislación (art. 150), e incorporó al texto constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. 93), creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación (art. 250) que serían determinantes en la aplicación del derecho penal colombiano.

La creación de la Corte Constitucional (art. 239) supuso la expedición de copiosa jurisprudencia en materia penal, que aborda importantes instituciones y elementos como, por ejemplo, las funciones de la pena y la medida de seguridad, los elementos del delito, la eutanasia, el aborto o el porte y consumo de estupefacientes, que generaron el ambiente para que se expidiera un nuevo Código Penal acorde a esta nueva realidad jurídica.

A lo anterior debe adicionarse que el Código Penal de 1980 había sido modificado en innumerables ocasiones, lo que hacía muy difícil su aplicación por la cantidad de leyes especiales dispersas, al punto que se llegó a hablar de ‘paratipos’ penales para hacer referencia a disposiciones de esta naturaleza que aparecían en otros estatutos, como el Dcho. Tributario o el Comercial, entre otros. Naturalmente, la aparición del finalismo en los años ochenta, de gran acogida en Colombia y en toda Latinoamérica, así como las antinomias internas del neokantismo, en eventos como la explicación del dolo en la tentativa, la imposibilidad de aplicar y explicar la autoría mediata y su manejo de la causalidad, conllevaron a un consenso sobre la necesidad de expedir un Nuevo Código Penal, labor que estaría a cargo en esta ocasión de la Fiscalía General de la Nación, que en 1998 sometió al Congreso de la República un proyecto para su discusión y posterior análisis y aprobación.

La expedición de una nueva Carta Política 1991, en la que se crearon instituciones como la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional, así como la profusión de normas penales a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, sumado ello al relativo consenso sobre la teoría de la imputación objetiva, acogida en nuestro país a partir de 1995, produjeron un consenso sobre la necesidad de actualizar y compilar la legislación penal vigente.

Para 1998, el presidente de la República era Andrés Pastrana Arango, y la lucha contra el narcotráfico había permitido la eliminación o el sometimiento a la justicia de los carteles de la droga, pero se mantenía el conflicto armado con los diferentes grupos guerrilleros que operaban a lo largo y ancho de la geografía nacional. El denominado proceso 8 000 supuso una oportunidad para juzgar los nexos entre el narcotráfico y la clase política colombiana, y gracias a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se crearon y reconocieron otros derechos fundamentales, como la eutanasia, o el consumo de sustancias estupefacientes.

En el año 1998 se presentaron tres proyectos de ley al Congreso de la República, todos elaborados por la Fiscalía General de la Nación. Todos tenían una pretensión sin precedentes en la historia del Derecho Penal en Colombia: la expedición simultánea de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y el Código Penitenciario y Carcelario, que no solo fueran sistemáticos en-

tre sí, sino también, que se ajustaran a la Constitución de 1991 y al Bloque de Constitucionalidad, en particular a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lamentablemente, esta empresa tan importante no se logró materializar, pues de los tres proyectos solamente dos de ellos se convirtieron en leyes: el Código Penal (Ley 599 de 2000) y el de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), expedidas ambas el 24 de julio de 2000, y cuya vigencia inicia a partir del 25 de julio de 2001, otorgando al igual que en los estatutos anteriores, un espacio para su entendimiento e implementación.

Lo que iba a ser un ejercicio de compilación y actualización de las disposiciones existentes, terminó en un nuevo estatuto penal, que mantiene las normas rectoras (arts. 1-12) que priman sobre las restantes disposiciones del estatuto (art. 13). Entre las influencias más importantes de este Código, se encuentran el Código Penal Español de 1995, el Código Penal Alemán de 1975, y el Estatuto Penal Colombiano de 1980, no solo en su contenido, sino en las interpretaciones que del mismo habían dado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional.

Se trata de un Código Penal con pretensiones de apertura dogmática, fuertemente influenciado por el finalismo y la obra de C. Roxin, cuya teoría dialéctica de la unión en materia de función de la pena es acogida explícitamente (4º). En la estructura del delito se mantiene el desvalor de resultado como elemento fundante del injusto (art. 11), pero se considera que la imputación subjetiva forma parte del mismo en la tipicidad como forma de conducta (no de culpabilidad), con lo que se estructura un injusto dual, conformado por el desvalor de acto y el de resultado.

En punto de la imputación subjetiva, dolo (art. 22), culpa (art. 23) y preterintención (art. 24) se ubican en el tipo, acogiendo nuestro legislador la teoría limitada de la culpabilidad en materia de error (art. 32. Num. 10 y 11). Se acoge la teoría del dominio del hecho en materia de autoría y participación (29) y la accesoriedad limitada (arts. 30 y 31).

Se acoge igualmente la teoría de la imputación objetiva, como un criterio corrector de la causalidad (art. 9.2) y se legisla a profundidad sobre el delito de omisión acogiendo la teoría de las fuentes materiales obra de Kauffman (art. 10, 25). Dispone, a diferencia de lo que hacía el estatuto de 1980,

de un sistema reglado para la determinación de la duración de la pena, a partir del modelo del Código Penal de 1890, limitando parcialmente el sistema que acogieron los códigos penales de 1936 y 1980, siguiendo los postulados de la obra del fallecido profesor Emiro Sandoval Huertas, víctima de los hechos acontecidos el 6 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, y mantiene la diferencia entre sujetos imputables e inimputables (art. 33, recogiendo las observaciones de constitucionalidad hechas en los años 90 en materia de medidas de seguridad), permitiendo la imputación subjetiva y la procedencia de causales excluyentes de la responsabilidad para estos últimos (art. 9.2).

Dispone la pena máxima en 40 años, pudiendo llegar a 50 en caso de concurso de delitos (art. 37.1), desarrolla a profundidad la pena de multa en varias modalidades (art. 39: pena acompañante a la prisión y progresiva en unidad multa) y la prisión domiciliaria que ya existía en vigencia del estatuto anterior (art. 38).

En la parte especial aparecen incorporadas algunas de las sentencias de la Corte Constitucional en asuntos como la eutanasia, el aborto y el porte de estupefacientes; pero, sin duda, las principales novedades son la modificación del orden en el que aparecen los bienes jurídicos, pues la protección comienza por los bienes jurídicos individuales y termina con los colectivos, lo cual se justifica por la primacía del individuo sobre el Estado a partir del modelo personalista establecido en la Carta de 1991, y la aparición de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, dada el reconocimiento del conflicto armado en Colombia. Estando en vigencia este estatuto, Colombia participó activamente en la confección de la Corte Penal Internacional, y ratificó el respectivo tratado constitutivo (Ley 742 de 2002), cuyos contenidos han resultado determinantes a la hora de la interpretación especialmente de tipologías relacionadas con el conflicto armado colombiano.

Los Códigos Penales Militares colombianos

La legislación colombiana en materia de Justicia Penal Militar puede caracterizarse por una marcada inestabilidad, en la que permanentemente se están generando cambios normativos, la inexistencia de una teoría pro-

pia del Derecho Penal penal o Procesal Penal Militar, siempre haciéndola depender –particularmente en los últimos estatutos– del Derecho Penal Ordinario, y espacios con una importante tensión, como lo demuestran los debates sobre la posibilidad de que civiles fueren juzgados por autoridades militares, y sobre el fuero penal militar.

El Derecho Penal Militar en Colombia tiene su primer antecedente en el Decreto Real del 9 de febrero de 1793 proferido por Carlos III, que señala que *“Los jueces y tribunales que hayan incurrido en competencias enviarán los expedientes a la jurisdicción militar en tal forma que sus tribunales pueden proceder de conformidad con la ordenanza en caso de infracciones militares....”*. Esta disposición fue incorporada a nuestra legislación a través de las *Leyes de Indias*.

En la Constitución de 1812, se instaura el Tribunal Supremo de Guerra. El artículo 174 de la Constitución de 1821 dispone que ningún colombiano, con excepción de quienes estuvieren empleados en la marina o en las milicias que se hallaren en servicio deberá sujetarse ni sufrir los castigos establecidos en las leyes militares. Mediante el Decreto del 12 de octubre de 1821 se implantó una disciplina para los miembros del ejército, el Decreto del 23 de septiembre de 1822 estableció el modo de proceder en las causas ilícitas de la milicia activa, la Ley del 2 de junio de 1824 dispuso la manera en que se conformaban los Consejos de Guerra, competentes para juzgar a los militares procesados. El Decreto del 13 de abril de 1829 estableció la Alta Corte Militar de la República, y el Decreto del 11 de mayo de 1829 estableció que los Auditores de Guerra deberían revisar los procesos penales militares.

En la Constitución de 1830 se establece (art. 106) que los individuos del Ejército y la Armada en cuanto al fuero y disciplina, juicios y penas están sujetos a sus peculiares ordenanzas. Señala, (107) que los individuos de la milicia nacional que no se hallen en actual servicio no deberán sujetarse a leyes militares ni sufrir castigos prevenidos por ellas, sino que se sujetan a las leyes comunes.

En la Constitución de 1832 se indica (172) que los individuos de la fuerza armada serán juzgados por las ordenanzas del ejército, cuando se hallen en campaña, pero si se encontraran de guarnición, solamente lo serán en

los delitos puramente militares. En cuanto a los individuos de la guardia nacional, (173) se establece que cuando estén en servicio quedarán sujetos a las ordenanzas militares. El General Santander, en 1840 presentó un primer borrador de Código Penal Militar, pero no se convirtió en ley de la República, aplicándose, entre tanto, la legislación española y una multiplicidad de decretos, como el del 4 de agosto de 1853, referente a la redacción de un Código Militar, y el del 21 de abril de 1854 que establece el Fuero Militar. El Decreto del 27 de noviembre de 1861 (1°) dispone que “*Las leyes generales de la República de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina que estaban vigentes el 1° de Febrero de 1859 en negocios de militares del ejército y de la armada y las ordenanzas españolas y Reales Cédulas que han regido y rigen en el país, forman el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia.*”

En tiempos del modelo federal, la Constitución de 1863 establece que los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la unión son de competencia del poder judicial nacional (69). La Ley 35 del 20 de mayo 1881, conocido como Código Militar de los Estados Unidos de Colombia, regula la organización de la Fuerza Pública y es considerado el primer Código Militar en la historia de nuestro país. En esta normativa, encontramos la composición, objetos, dependencia y clasificación, la de la fuerza pública, su división y destino, la organización de la fuerza armada en general, los sueldos y haberes militares, uniformes, divisas y tratamientos, nombramiento de oficiales, la organización de la fuerza por armas y por cuerpos, el armamento, los derechos deberes y funciones de los empleados de la fuerza activa, entre otros.

En la Constitución de 1886, se establece (20) que, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad a quien lo ejecuta, exceptuando de esta disposición a los militares en servicio, caso en el cual la responsabilidad recae únicamente en el superior quien da la orden. Esta constitución, establece la posibilidad de que los jefes militares impongan “*penas incontinenti, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo*”. En esta misma Constitución se establece el fuero militar, cuando señala (170) que de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el

mismo servicio, conocen las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, conforme a lo establecido por el Código Penal Militar. La Ley 6 de 1903, dispuso que los procesos que estuvieran en los Consejos de Guerra deberían retornar a los Tribunales ordinarios, y con la Ley 28 de 1905 señaló que los competentes para juzgar a los integrantes del Ejército o de las fuerzas revolucionarias en la *Guerra de los Mil días* cuando cometieran delitos comunes era la jurisdicción castrense. El Decreto Legislativo 02 de 1928 estableció que las causas adelantadas contra los particulares por los delitos cometidos a propósito de la *huelga de las bananeras* serían conocidos por los Consejos de Guerra Verbales.

Se han expedido diferentes codificaciones de Justicia Penal Militar entre nosotros, Ley 84 de 1931 y el Decreto 2180 de 1944. La Ley 84 de 1931, cuenta con un total de 241 artículos y establece la Justicia Militar que, (2º) comprende (i) la organización de la Justicia Militar, (ii) el procedimiento en los juicios militares, y (iii) los delitos militares y sus penas. Establece (10º) que *“son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria”*. En cuanto a la aplicación de la Justicia Penal Militar, señala que (16) *“Pertenece a la jurisdicción militar, en época de guerra, el juzgamiento de los empleados militares y administrativos del Ejército, por delitos comunes contra los Oficiales u otros miembros de la fuerza armada, pudiendo pasar el conocimiento de las causas a los Jueces ordinarios”*. Indica, que corresponde a la jurisdicción militar el juzgamiento y castigo (17) *de los espías; el de las personas no militares que seduzcan o intenten seducir la tropa para que deserte, conspire, se insubordine o se pase al enemigo; el de los que roban o compran clandestinamente o empeñan o destruyen o inutilizan las armas y demás elementos de guerra del Gobierno, o los víveres destinados a la tropa; el de los que incendian o tratan de incendiar los campamentos, cuarteles o vivaques, envenenan o tratan de envenenar las aguas o los víveres de que se proveen las tropas, siempre que tales delincuentes no pertenezcan a fuerzas regulares enemigas y los prisioneros de guerra.*

Establece que (25) el juzgamiento de los delitos militares corresponde a los encargados del detall de las unidades y cuerpos de tropa, los Consejos de Guerra ordinarios, los Consejos de Guerra Superiores, los Consejos de Guerra verbales, los Comandantes Generales ya los Comandantes en Jefe, en su caso, los Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente y la Corte Suprema de Justicia.

Dispone el procedimiento que se compone del sumario (50) y el juicio que conoce el Consejo de Guerra (65) que puede ser ordinario (75), superior (100) o verbal (104). Las penas, son principales (126) o accesorias (127), siendo la reclusión militar de hasta 25 años el máximo previsto (128). Establece los delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado, contra la seguridad interior del Estado, contra la disciplina en el ejército, delitos en el servicio, contra el servicio, contra los intereses del ejército, contra la propiedad, falsedad, y otros delitos militares.

El 12 de septiembre de 1944, mediante el Decreto 2180 se expidió el nuevo Código de Justicia Militar, señalando que el anterior, la Ley 84 de 1931 no consultaba los intereses y previsiones de la Justicia Penal Militar. El Decreto 2180 de 1944 fue sustituido (242) por la Ley 3ª del 19 de febrero de 1945, que reproduce todas sus disposiciones.

Al igual que el anterior, se establece (1) que el Código de Justicia Militar comprende la organización de la Justicia Militar, el procedimiento y las infracciones. Dispone (5) que la jurisdicción militar se ejerce exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores Militares, los Tribunales Militares de Primera Instancia, los Jueces Militares y el Comandante General de las Fuerzas Militares o Jefe del Estado Mayor General.

Señala que (7) Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los siguientes asuntos: 1. *Por razón de la calidad del agente: a) Contra los militares en servicio activo y civiles al servicio de las fuerzas militares; según las leyes y decretos orgánicos de esta. b) Contra los militares extranjeros al servicio de las fuerzas militares; c) Contra los particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público cometen alguno de los delitos señaladas en este código, d) Contra los prisioneros de guerra, e) Contra los espías en tiempo de guerra o conflicto armado exterior f) Contra los oficiales y suboficiales de las fuerzas milita-*

res que se encuentren en la reserva o en retiro temporal. 2°. Por razón del hecho: a) Contra los militares en servicio activo que cometen alguno de los delitos o faltas establecidas en el presente código; b) Contra los militares en servicio activo que cometen delito común en tiempo de guerra o conflicto armada o turbación del orden público, si en los respectivos lugares no están funcionando normalmente, las autoridades del orden judicial. C) Contra los militares o particulares que cometan delito militar o común en territorio extranjero invadido; c) Contra los particulares sindicados de hechos que comprometen la paz, la seguridad exterior, o la dignidad de la nación o que afecten el régimen constitucional o la seguridad interior del estado y, 3°. Por razón del lugar: De las infracciones que se cometen dentro del territorio o jurisdicción militar respectivo, según las reglas establecidas en este código.

En cuanto al procedimiento, establece al igual que el anterior, la fase del sumario y el juicio, y aumenta la pena de presidio a un máximo de 30 años (140). Contiene, igualmente, las faltas respectivas en la parte especial del Código.

La Ley 3 de 1945 fue derogada por el Decreto 1125 de 1950, Código de Justicia Militar. Se trata de un Código dividido en tres libros, (i) jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar, (iii) delitos y penas militares y (iii) procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos y aplicación de las sanciones penales militares. Se establece que se halla sometido a la Jurisdicción Penal Militar (8°) el personal militar en servicio activo, el personal civil que forma parte de las Fuerzas Militares, el personal militar que se encuentra en situación de reserva o de retiro, en los casos de delitos contra la disciplina de las Fuerzas Militares o de delitos en que los particulares pueden ser juzgados, los prisioneros de guerra y espías en tiempo de guerra, los particulares cuando cometen delitos militares, y que incurran en los delitos contra los intereses de las Fuerzas Militares. Dispone que se aplica la Justicia Penal Militar a los particulares que cometen delitos establecidos en las leyes penales comunes o militares relativos a la existencia y seguridad del Estado o contra el Régimen Constitucional y Seguridad Interior del Estado o contra los bienes del Estado en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior.

Ejercen Jurisdicción Penal Militar, la Corte Suprema de Justicia, el Jefe del Estado Mayor General, los Directores del Ejército, Armada Nacional y Comandante Superior de la Fuerza Aérea, los Comandantes de Brigada, los Comandantes de Cuerpos de tropa, bases aéreas o navales y capitanes de Buques de Guerra, los Oficiales, los Consejos de Guerra Superiores, Ordinarios o Verbales. Establece (106) que las penas militares son principales o accesorias, estableciendo los 24 años como máximo para la pena de presidio (116).

En la parte especial, encontramos los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, contra la disciplina de las Fuerzas Militares, contra la vida y la integridad personal, contra el servicio, contra la población civil, contra los bienes del Estado, contra los intereses de las Fuerzas Militares. Los procesos penales militares, en esta disposición cuentan con las fases de instrucción, calificación, sentencia de primera y de segunda instancia (339),

Mediante el Decreto 3518 de 1949, en desarrollo de lo que establecía el artículo 121 de la Constitución Política de 1886 se declaró turbado el orden público y se decretó el estado de sitio. Para ese momento, la Legislación Penal Militar se encontraba dispersa en diversos decretos, por lo que se impuso la necesidad de expedir un Código sobre la materia que *“en forma ordenada y metódica establezca la organización de esta clase de justicia, señale el procedimiento y fije las normas sustantivas que han de aplicarse”*, por lo que se expidió el Código de Justicia Penal Militar mediante el Decreto 0250 del 11 de julio de 1958.

Se trata de un Código de 620 artículos, dividido (1º) en cuatro libros, a saber: (i) de los delitos y las sanciones en general (1-89) (ii) una parte especial con los delitos en particular (90-296) la jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar (297-411) y el procedimiento aplicable en la investigación de los delitos y la aplicación de las sanciones penales militares (412-620). Establece esta disposición que la legislación penal militar se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan (7º-13). En este código, podemos ya apreciar la influencia del modelo dogmático del delito, al diferenciar los imputables de los inimputables (61) y, para los primeros establecer las modalidades dolosa y culp-

sa de culpabilidad (14), categorías que solo aplicarían para los imputables (14,28) por lo que podemos apreciar la adopción del modelo causalista del delito. Aparece igualmente el concurso de delitos (31), y dispone la existencia de penas principales y accesorias (39), siendo el presidio de 24 años la duración máxima de las penas aplicables (47).

En la parte especial, hay dos tipos de delitos. Unos, en los que puede incurrir cualquier ciudadano siendo aplicable el Régimen Penal Militar, y otros, que se refieren a aquellos que cometen los militares con ocasión del servicio o por causa del servicio. En cuanto a los primeros, encontramos que se encuentran tutelados por la ley penal militar, la existencia y seguridad del estado, a través de la penalización de los delitos de traición a la patria, aquellos que comprometen la paz, seguridad exterior o dignidad de la nación, el espionaje y la piratería. Igualmente, aparecen los delitos contra el Régimen Constitucional y la seguridad interior del Estado, entre los que se encuentran la rebelión, la sedición, la asonada y la conspiración. Como delitos estrictamente militares, están los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra los intereses de las fuerzas armadas y los atentados contra el honor militar. Se sancionan delitos comunes cuando son cometidos por militares en servicio o por ocasión del servicio, como los delitos contra la Administración Pública, contra los bienes del Estado, contra la vida y la integridad personal (que incluye el delito de duelo, que cometen los militares en servicio activo que se trabaren en combate, concertado con previa determinación de armas, de lugar y de tiempo con el fin de procurar una reparación del honor y con la intervención de padrinos).

Muy importante resulta destacar que se sancionan en este código los delitos contra la población civil (225) entre los que se encuentran la devastación, el saqueo y la extorsión, así como los atentados contra el Derecho Internacional (261).

En el aspecto procedimental, se establece que la competencia para conocer de un asunto penal militar depende de la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el lugar donde se ha cometido (306). Se señala que están sometidos a la jurisdicción militar los militares en servicio activo, aquellos en situación de reserva o retiro en los casos de delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas o de los delitos en que los particulares pueden ser juzgados por la Justicia Penal Militar, los militares extranjeros al servicio

de las Fuerzas Armadas de Colombia, los prisioneros de guerra y los espías, los civiles que forman parte de las Fuerzas Armadas, y los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas que cometan delitos previstos especialmente en el código para ellos.

Establece que la Justicia Penal Militar está conformada (319) por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior Militar, los Jueces de Primera Instancia, los Presidentes de los Consejos de Guerra Verbales y los funcionarios de Instrucción Penal Militar.

En cuanto al proceso, el mismo tiene dos fases, el sumario y la causa. El sumario, iría desde el auto cabeza de proceso hasta la ejecutoria de la calificación, y posteriormente, se tramita la causa. Se establece igualmente el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales.

Mediante el Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988, se expidió el Código Penal Militar. Se trata de una disposición que cuenta con 731 artículos, que deroga el Decreto 250 de 1988 (730). Este Código, se divide en dos libros, uno que contiene el Código sustantivo (1º-284) y otro que contiene el procedimiento penal militar (285-731). En cuanto a lo sustantivo, aparece la parte general (1-96) y la especial (97-284). Contiene un capítulo destinado a las normas rectoras, que se corresponde con el modelo establecido en el Código Penal ordinario de 1980. Establece (14) el ámbito de aplicación, indicando que se aplica el Código Penal Militar a los militares en servicio activo que cometan el hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, siendo aplicable igualmente a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Al igual que sus antecesores, divide las penas en principales (37) y accesorias (38), disponiendo la prisión de 30 años como la pena máxima aplicable en estos eventos. En cuanto a la parte especial, encontramos los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra los intereses de las Fuerzas Armadas, contra el honor, contra la población civil, contra la seguridad de las fuerzas armadas, contra la existencia y seguridad del Estado, contra el Derecho Internacional, contra el régimen constitucional, contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, contra la fe pública, contra la libertad individual y otras garantías, contra la vida y la integridad personal, y contra el patrimonio económico.

En la parte procesal, establece unas normas rectoras, en las que reitera que los militares en servicio activo y los miembros de la policía nacional cuando cometan delitos contemplados en el Código u otros con ocasión del servicio y en relación con el mismo, solo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en el Código Penal Militar. Establece, como autoridades que ejercen jurisdicción, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior Militar, y los Jueces de Primera Instancia, para el ejército, para la Armada, para la Fuerza Aérea, y otros Jueces de Primera Instancia.

El procedimiento mantiene las fases del sumario (564) y el juicio (652), creando un procedimiento especial (i) para los delitos de abandono del puesto, abandono del servicio, fuga de presos y uso indebido de uniformes e insignias militares o policiales y (ii) para aquellos eventos en que el Tribunal Superior Militar oficia como juez de primera instancia (695).

La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 116 que la Justicia Penal Militar es uno de los órganos que administra justicia⁵ y, prohíbe que los civiles sean investigados o juzgados por la Justicia Penal Militar (213.5). El artículo 221 consagra el denominado fuero penal militar, indicando que *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”*. Esta disposición fue modificada, primero, por el Acto Legislativo 2 del 21 de diciembre de 1995, quedando entonces de la siguiente manera: *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”*. Posteriormente, el Acto Legislativo 02 de 2012, modifica este artículo, con una redacción extensa, pero, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable en las sentencias C-740, C-754, C-756 y C-855 de 2013, recobrando vigencia

⁵ La Corte Constitucional ha señalado que a pesar de que la Justicia Penal Militar administra justicia, no hace parte de la Rama Judicial y se encuentra integrada a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Sentencia C-037 de 1996. En igual sentido, pueden consultarse las Sentencias C-361 de 2001, C-676 de 2001, C-1149 de 2001, C-1262 de 2001, C-457 de 2002, C-737 de 2006, C-928 de 2007, C-533 de 2008 y C-084 de 2016.

la reforma de 1995. Mediante el Acto Legislativo 1 de 2015, se modifica nuevamente esta disposición, que en la actualidad reza: *“De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario”*, norma que fuera declarada exequible en sentencia C-084 del 24 de febrero de 2016. Igualmente, la Carta Política (252) establece una clara diferenciación entre las funciones de acusación y juzgamiento cuando establece que *“durante los Estados de Excepción ...el Gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”*.

Ya en vigencia la Constitución de 1991, se expide la Ley 522 de 2000, *Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*, que cuenta con 608 artículos, dividida en tres libros, (i) la parte general (1-111), parte especial (112-195) y procedimiento penal militar (196-608). A diferencia de sus antecesores, y atendiendo la importante jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional en materia de fuero militar, esta nueva legislación inicia con una determinación clara de la competencia de la Justicia Penal Militar⁶.

Los artículos del 1 al 5 de la Ley 522 determinan el ámbito de aplicación del fuero penal militar, cuando señalan que (1º) *“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales Cortes*

⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-252 de 1994, C-399 de 1995, C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-361 de 2001, C-676 de 2001, C-172 de 2002, C-407 de 2003, C-737 de 2006, C-533 de 2008, C-373 de 2011 y C-084 de 2016.

o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”, disposición que es reiterada cuando señala que la Ley Penal Militar se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública (13). Se establece igualmente que (2º) “*Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia*”, y que en (3º) “*ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*”. Señala (4º) que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y que (5º) en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

Establecido lo anterior, el Código Penal Militar contenido en la Ley 522 contiene las normas rectoras, la estructura del delito, en lo que sigue el modelo neoclásico establecido en el Código Penal ordinario de 1980, ubicando el dolo, la culpa y la preterintención como formas de culpabilidad (39, 40). Se mantiene la clasificación de las penas entre principales (44) y accesorias (45) incrementando a 60 años el máximo de la pena de prisión (47.1). En la parte especial, encontramos los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra los intereses de la fuerza pública, contra el honor, contra la seguridad de la fuerza pública, contra la población civil, contra la administración pública y otros delitos.

En la parte procedimental, se reitera que se activa la competencia de la Justicia Penal Militar cuando el delito sea cometido por miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio (220). Son autoridades en la Justicia Penal Militar, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior Militar y los Juzgados de primera instancia, para el comando general de las Fuerzas Militares, para el Ejército Nacional, para la Armada Nacional, para la Fuerza Aérea, para la Policía Nacional, y otros juzgados de primera instancia. Establece los Fiscales Penales Militares (260) encargados de calificar y acusar en el proceso penal militar.

Establece un modelo de procedimiento general, consistente en una indagación preliminar (451-459), el sumario (460-551), la calificación (552) y el juicio (563-577) y dos especiales, como son, el procedimiento especial

(578) y el juzgamiento en primera instancia por el Tribunal Superior Militar (580).

El Acto Legislativo 03 de 2002, establece en Colombia un modelo procesal de tendencia acusatoria, razón por la cual se expidió la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, que pretende unificar los modelos de enjuiciamiento ordinario, y militar. Se trata de un estatuto que cuenta con 628 artículos, dividido en tres libros, la parte general (1-92), la parte especial (93-171) y el procedimiento penal militar (172-628). En tanto que supone una modificación integral al procedimiento establecido, que demanda la creación de Jueces Penales Militares de Control de Garantías (214) y la Fiscalía Penal Militar (243, 274) se dispone que el Gobierno Nacional tomará las decisiones correspondientes para la implementación del sistema contemplado en este Código (623). En desarrollo de lo anterior, se expide la Ley 1765 *“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada”* declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-372 del 13 de julio de 2016.

En la parte general del estatuto, se mantienen (1-5) las disposiciones atinentes al fuero penal militar y la prohibición de investigación o juzgamiento de civiles por parte de la Justicia Penal Militar. Así como la Ley 522 de 1999 tomaba de manera acrítica la parte dogmática del Código Penal Ordinario contenido en el Decreto 100 de 1980, en este estatuto se trasplanta la parte teórica del Código Penal contenido en la Ley 599 del año 2000. Es así como el dolo, la culpa y la preterintención pasan a ser modalidades de la conducta (21), se reglamenta lo atinente a la posición de garante adoptando tanto las fuentes formales (16.2) como la de las fuentes materiales (27). Se mantiene la clasificación entre penas principales (36) y accesorias (37), disponiendo la pena máxima (39), en los casos de concurso a los 60 años (6.2).

En la parte especial, encontramos los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra los intereses de la fuerza pública, contra el honor, contra la seguridad de la fuerza pública, contra la población civil, contra la administración pública, y otros delitos.

El cambio más importante que trae este estatuto, no es solamente la adopción de un modelo finalista en la estructura del delito, aún cuando establece la necesidad de que concurra el desvalor de resultado, sino en el cambio sustancial que se da en el procedimiento penal militar, en el que se adopta un modelo de tendencia acusatoria. Se establecen como autoridades dentro del procedimiento la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, los Juzgados Penales Militares de comando, de división, fuerza naval, comando aéreo y de Policía, de ejecución de penas y medidas de seguridad, y de control de garantías. Se crea la Fiscalía Penal Militar, con competencia en todo el territorio nacional (217), integrada por el Fiscal General Penal Militar, los fiscales penales militares delegados, siendo esta la entidad responsable de investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito militar ante las instancias correspondientes (275.1). El procedimiento cuenta con una fase de indagación, (363), investigación y juicio corte marcial (479), permitiendo los preacuerdos y las negociaciones (491) entre la Fiscalía Penal Militar y el acusado, sin que se incluyera el principio de oportunidad.

Los Códigos de Procedimiento Penal colombianos

Las Constituciones Políticas de Colombia, históricamente, han sido generosas a la hora de establecer derechos y libertades dentro del proceso penal. Igualmente, han delimitado lo que podríamos considerar los dos grandes modelos de enjuiciamiento criminal, como son el inquisitivo presente hasta 2004, cuando se pasa a un modelo de tendencia acusatoria. En cualquier caso, en las diferentes codificaciones aparecen elementos de uno y otro modelo, sin que en ningún caso se admita de manera irrestricta alguno de los sistemas procesales.

En la Constitución Política de Colombia de 1821 –suscrita el 30 de agosto de este año–, se incorpora (art. 158) la presunción de inocencia estableciendo la excepcionalidad de la detención preventiva, señalando que en este evento “*no debe emplearse ningún rigor que no sea indispensable para asegurarse de su persona*”. Se establece (160) que todo delincuente sorprendido en flagrancia puede ser arrestado y todos los ciudadanos pueden arrestarle y conducirlo ante el Juez para que proceda a apresararlo. Se dispone, que para

que un ciudadano pueda estar preso se requiere (161) una orden de arresto firmada por autoridad competente, en la que se expresen los motivos para la prisión, y que esta sea conocida por el ciudadano. Señalando, (162) que el alcalde o carcelero no puede admitir ni detener en prisión al ciudadano sino después de haber recibido la orden de prisión o arresto, y que no podrá (163) prohibir al preso la comunicación, salvo que la orden disponga lo contrario, caso en el que no podrá estar incomunicado por más de tres días. Esta Constitución sancionaba como detención arbitraria (164) a quienes sin poder legal arrestan, o mandan arrestar a otro, los que abusan del poder de arrestar o los alcaldes o carceleros que contravengan lo establecido.

Indica esta misma Constitución que cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar al arresto, el arrestado será puesto en libertad, lo cual igualmente ocurre cuando otorgue una fianza. También señala que cuando se tome la confesión del procesado, se deberá realizar a más tardar al tercer día de los hechos, se le leerán los documentos y declaraciones de testigos, con sus nombres, y todas las noticias posibles para que comprenda de quienes provienen estas declaraciones (165). En lo que podría ser la primera redacción del derecho a un proceso debido, esta Constitución establece el principio del Juez Natural (166) y (167) el principio de legalidad en materia procesal penal; dispone que nadie podrá ser juzgado o castigado sin habersele oído o citado legalmente, y que nadie será obligado a declarar contra si mismo en las causas criminales. Tampoco estarán obligados a declarar los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad.

Dispone la inviolabilidad de domicilio (169) así como de la correspondencia (170), exigiendo orden judicial para levantar esta reserva legal. Refiere que en ningún juicio habrá más de tres instancias (172), e indica que la infamia que afecta algunos delitos no trasciende a la familia o descendencia del delincuente (173). Señala, que los civiles no se encuentran sujetos a las leyes militares o sanciones establecidas en estas disposiciones (174). Desde esta Constitución, se establece que el Congreso debe indicar los delitos por los que debe procederse con jurado de conciencia, para que posteriormente se extendiera a todas las causas militares y civiles.

En la Constitución Política de 1830, aparece (100) el Ministerio Público, señalando que será ejercido por el Procurador General de la Nación “*para*

defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes y promover ante cualesquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público”.

Esta misma Constitución, creo (106 y 107) el fuero militar. Así mismo, al establecer la Alta Corte de Justicia, se dispone que es la competente (110.7) para conocer de las causas criminales por delitos comunes que merezcan pena aflictiva o infamante contra el Presidente y Vicepresidente de la República, previa suspensión del Senado. Creó la estructura de la administración judicial cuando dispone que administran justicia la Alta Corte de Justicia (110), las Cortes de Apelación (112) y los Juzgados. Esta Constitución es la primera en referirse a los distritos judiciales, con los que se pretende “*facilitar a los pueblos la más pronta administración de justicia*”.

En la Constitución de 1830, aparece el deber de motivar las decisiones judiciales (116) y se mantiene el límite de las tres instancias para los procesos (117) estableciendo que las audiencias y las votaciones de los tribunales serán públicas pero los jueces deliberarán en secreto. Se fortalece la estructura básica del debido proceso, sosteniendo los principios del juez natural (138), el de libertad en virtud del cual nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, con la excepción de la flagrancia (139) y el de legalidad de la actuación (145). También se indica que dentro de las 12 horas de la detención, el Juez debe expedir una orden en la que se expresen los motivos de la misma y reitera la sanción por detención arbitraria (141). Mantiene el derecho a no declarar contra sí mismo, su consorte, ascendientes, descendientes y hermanos (142). Reitera igualmente que las sanciones no se transmiten al inocente (144). Se prohíbe la confiscación de bienes (148).

En la Constitución de 1832, el nivel superior de la administración judicial se define en la Corte Suprema de Justicia, (131), manteniéndose la demás estructura de organización del Poder Judicial y se conservan las disposiciones en asuntos de derechos y garantías del procesado (182 y ss.).

En la Constitución de 1843 no se realiza ninguna modificación en la estructura de la justicia y en el conjunto de deberes y garantías.

Es en la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853, cuando se crea una verdadera carta de garantías individuales de los ciudadanos, con

una generosa descripción de derechos (5°), entre los que se encuentran la libertad, el juez natural, el principio de legalidad en materia procesal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y se establece el derecho a un juicio por jurados *“en todos los casos en que se proceda judicialmente por delito o crimen que merezca pena corporal o la pérdida de la libertad del individuo por más de dos años, con la excepción que puede hacer la ley, de los casos de responsabilidad de los funcionarios públicos y de los procesos por delitos políticos”* (5.11).

Esta Constitución estableció un modelo federal en el que la facultad de regular sobre la ley penal y el procedimiento se reserva al Gobierno Central (10.4) .

El modelo federal se reafirma en la Constitución Política de la Confederación Granadina de 1858, momento en el que 8 Estados conformaban la Unión, a saber, Antioquia, Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander (1°), todos con facultades para expedir legislaciones estatales, salvo en asuntos reservados a la Unión (16). Esta constitución mantuvo (56) los derechos de los ciudadanos reconocidos en las anteriores, sin mayores novedades.

La Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 incorporó dos Estados adicionales: Boyacá, y Tolima y mantuvo el modelo de Estado Federal ya establecido en la anterior carta. En ella se reúnen en una sola disposición los derechos individuales (15), al que agregó el de tenencia de armas y municiones y hacer el comercio de las mismas en tiempos de paz (15.13).

En la Constitución de 1886 se regresa a un modelo centralista (1°) y se reiteran los derechos civiles y garantías sociales entre los que se encuentran la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia (23) y la prohibición de prisión por deudas (23.2). Frente a las garantías del procesado se crea la estructura moderna del debido proceso de ley previo a la sanción con los derechos consustanciales de juez natural, principio de legalidad, derecho penal de acto, debido proceso y de contradicción. (26), conforme al cual *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

Establece la posibilidad (27) de que se pueda castigar sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley. En efecto, indicó: *“Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto, en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo, los jefes militares, los cuales podrán imponer penas incontinenti, para contener una insubordinación o motín militar; o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo”* y, *los Capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo”*.

Dispone que *“aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose en pena correspondiente.”* Lo anterior, *“no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública”*(28).

Esta Constitución prohíbe la pena de muerte en los casos de delitos políticos (30) pero la permite (29) *“para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería, y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército.”* Prohíbe igualmente la confiscación (34).

Establece que el Ministerio Público es el encargado de defender los intereses de la nación (143) y promover la ejecución de las leyes, siendo función del Procurador General de la Nación (145.1) acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios cuyo juzgamiento le corresponde a esta corporación. En la estructura de la Administración de Justicia se indica que estará integrada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Juzgados. La Corte Suprema de Justicia estaría (146) integrada por siete magistrados vitalicios (147). Esta composición de la Corte Suprema de Justicia, sería modificad en el Acto

Legislativo 3 del 31 de octubre de 1910, mismo que eliminó de manera definitiva la pena de muerte en Colombia (3°). A partir de entonces, la Corte Suprema de Justicia tendría nueve magistrados, dividida en salas (35) con período de 5 años.

La Ley 105 de 1931 regulaba bajo un solo texto los dos procedimientos, civil y penal. En efecto, el llamado *Código Judicial*, regulaba la organización judicial, el procedimiento civil y el procedimiento penal (1°).

La norma anterior rigió hasta la expedición de la Ley 94 de 1938 que la derogó y que creó un nuevo Código de Procedimiento Penal. Se trata de un conjunto normativo de 724 artículos y que cuenta con un título preliminar (1-7), y cuatro libros, a saber: i) disposiciones generales (8-270), ii) el sumario (271-438), iii) el juicio (439-632) y iv.) la ejecución de las sentencias y relaciones con autoridades extranjeras (633-724).

Establece esta disposición la procedencia de la acción penal y la civil que puede ejercerse dentro del proceso penal (8°), señalando que la Administración de Justicia la ejercen la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito en lo Penal, los Jueces de Instrucción Criminal, los Jueces de Menores y los Jueces Municipales (32), disponiendo, además, que en casos especiales se ejerce por el Senado, los Tribunales Militares, algunas autoridades de policía y por los particulares en calidad de jurados (32.1). Establece que los Juzgados Superiores de Distrito Judicial conocen *con intervención de jurado* en los delitos de traición a la patria, aquellos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación, piratería, revelación, sedición, asonada, peculado, concusión, cohecho y prevaricato, falsificación de moneda, papeles de crédito público y otros valores, falsificación de sellos, papel sellado estampillas y otros efectos oficiales, falsedad en documentos, incendio, inundación y otros delitos que envuelven un peligro común, violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores, raptó, incesto, homicidio, aborto, duelo, abandono y exposición de niños, hurto, robo, extorsión, chantaje, estafa, abuso de confianza cuando la cuantía excediera de mil pesos (45).

Intervienen en el proceso penal el Ministerio Público (92) por conducto de los fiscales de los Tribunales Superiores, los fiscales de los Juzgados

Superiores y por los Personeros Municipales, el procesado, el apoderado, la parte civil (112). Dentro del modelo procesal contenido en este estatuto los diferentes Jueces son funcionarios de instrucción (60). El procedimiento consta de dos fases, el sumario (217-438) y el juicio (439-632). El sumario, a cargo del funcionario (juez) de instrucción y el juicio que se tramitaba por la vía de una audiencia pública con un juez llamado de conocimiento. Al efecto, la instrucción servía para que el Juez de instrucción realizara las diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir a los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción (271). Se inicia el sumario con el auto cabeza de proceso (284). Practicadas las diligencias, el sumario pasa al Juez del Circuito en lo Penal, quien puede dictar auto de proceder (439) o sobreseimiento (435). Ejecutoriado el auto de proceder, se da inicio al juicio (439) en el que se practica la audiencia pública, misma que, en los casos de competencia de los Jueces superiores, debía hacerse con la presencia del jurado de conciencia (480).

Posteriormente con la Ley 16 de 1968, (20.11) se inviste al presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de tres años para reorganizar el procedimiento penal sobre la base de, entre otras, “a) *Determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes compete la instrucción penal y disponer a quien o a quienes corresponde el nombramiento de estos funcionarios*” y, “b) *Señalar el número de los funcionarios de instrucción criminal, sus atribuciones, su organización, dotación y asignaciones, con la finalidad de hacer eficaz la administración de justicia*”.

En desarrollo de las facultades conferidas al presidente de la República el 4 de septiembre de 1970 se codifican las normas sobre Procedimiento Penal, mediante el Decreto 1345 de este año. Se trata de un estatuto que cuenta con 800 artículos, divididos en un título preliminar, y cuatro libros sobre: (i) disposiciones generales, (ii) la Policía Judicial y el sumario, (iii) el juicio, (iv) ejecución de sentencias y relaciones con autoridades extranjeras.

El extenso conjunto normativo establece que la acción penal se ejerce por el funcionario de instrucción y por el Juez competente (10), reiterando la procedencia de la acción civil dentro del proceso penal (25). Mantiene el que “*La administración de justicia en el ramo penal se ejerce de manera*

permanente por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Tribunal Superior de Aduanas, los jueces, superiores, los Jueces de circuito, de instrucción, municipales, territoriales, de menores, penales y promiscuos y los jueces de Distrito Penal Aduanero. En casos especiales se ejerce por el Senado, los tribunales militares, y aun por los particulares en calidad de jurados, que participan en las funciones judiciales” (31). Se modifica la competencia de los Jueces Superiores, al limitar los delitos en los que interviene el Jurado, que en adelante serían aquellos contra la existencia y seguridad del Estado, traición a la patria, aquellos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación, la piratería, rebelión, sedición y asonada, y el homicidio.

Establece que son funcionarios de instrucción los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que integran la Sala Penal, los Magistrados de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces superiores, los Jueces penales y promiscuos de circuito, los Jueces de distrito penal aduanero, y los de menores, los Jueces de instrucción, los Jueces penales y promiscuos municipales, las autoridades de policía en los asuntos de su competencia y el Senado de la República en los casos determinados por la Constitución (48). Se establece la Policía Judicial, señalando (279) que “*corresponde a la Procuraduría General de la Nación la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de la policía judicial*”. Se establece que el sumario corresponde al funcionario de instrucción (307), que inicia con el auto cabeza de proceso (308), y termina con la calificación del sumario, mediante archivo auto de proceder, o sobreseimiento (472). Cuando se dictare auto de proceder, se inicia el juicio (490) en el que se practican las pruebas en audiencia pública, y en algunos casos se hace necesaria la intervención de jurado (511).

Se desarrollan en esta disposición los juicios y procedimientos especiales, entre ellos los juicios ante el Senado (585), los juicios ante jueces de menores (620), las normas especiales en procesos contra la asistencia familiar (652), y el juicio por contravenciones (657).

El Decreto 409 de 1971 introduce reformas al Código de Procedimiento Penal y codifica todas las normas en esta materia. Se trata de una disposición de 770 artículos, que mantiene la misma estructura de su antecesor,

esto es, unas normas generales, seguidas de cuatro libros, así: (i) disposiciones generales, (ii) la Policía Judicial y el sumario, (iii) el juicio, y (iv) la ejecución de las sentencias y relaciones con las autoridades extranjeras. Mantiene los mismos órganos que administran justicia penal (31), así como los funcionarios de instrucción (48). Mantiene la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de policía judicial en cabeza de la Procuraduría General de la Nación (283). Mantiene (309) el sumario en cabeza del funcionario de instrucción, que inicia con el auto cabeza de proceso (319) y se califica con el auto de proceder (480) o el sobreseimiento (488).

Proferido el auto de proceder, (498) inicia la fase del juicio, en el que se celebra la audiencia pública, eventualmente con la intervención del jurado en los casos expresamente señalados (519), señalando *“que la sala de audiencia deberá tener espacio para un público no menor de cincuenta personas, con asientos numerados...cuando la afluencia de espectadores así lo requiera a juicio del Juez, la entrada se hará por medio de boletas, cuyo número debe corresponder al de los asientos...”* (559). Proferido el fallo, proceden los recursos ordinarios y extraordinarios.

Proferido el Código Penal sustancial de 1980 que reformó el de corte Positivista de 1936, el 29 de enero de 1981 se expide el Decreto 181, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal, mismo que fuera derogado (1º) por la Ley 2ª de 1982, normativa que restableció la vigencia del Decreto 409 de 1971.

En el año 1984, mediante la Ley 2ª, se crearon los cargos de jueces especializados, y se establece un procedimiento especial para la investigación y el juzgamiento de delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. Mediante la Ley 52 de 1984 se otorgan facultades al presidente de la República por el término de dos años para expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal cuyas bases se fijan en esta misma disposición.

En desarrollo de lo anterior, se expide el Decreto 050 del 13 de enero de 1987, contentivo del Nuevo Código de Procedimiento Penal. Esta disposición cuenta con 680 artículos, divididos en un título preliminar, y cinco libros, a saber (i) disposiciones generales, (ii) investigación, Cuerpo Técnico de Policía Judicial y Sumario, (iii) juicio, (iv) ejecución de la sentencia, y (v) relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras. Mantiene los

mismos órganos de administración de justicia, y a los jueces de instrucción como encargados de la investigación y calificación (73), contando como auxiliares con los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, el personal técnico del Instituto de Medicina Legal y las personas que por sus conocimientos sean llamadas a colaborar dentro de la investigación (312).

Se establece la fase de la indagación preliminar (341), que termina con el auto inhibitorio (352) o el auto cabeza de proceso (354), que da inicio a la investigación, que termina con la cesación de procedimiento, o la resolución de acusación (469). En los eventos de flagrancia o de confesión simple por el imputado, se dispone un procedimiento abreviado (474).

Recibida la resolución de acusación, se da inicio a la fase del juicio en el que el juez revisa la actuación procesal, fija la competencia, abre el proceso a pruebas y decreta las que considere (492). Se evacúa la audiencia pública respectiva, y se profiere la sentencia a que haya lugar (494). En esta codificación, se mantienen los Jurados de Conciencia (505) cuando se tratare de los delitos de homicidio, rebelión o sedición y los conexos con los anteriores, señalando que el jurado se compone de tres personas (514). El Decreto 1861 de 1989, eliminó de manera definitiva los Jurados de Conciencia en Colombia (37).

La Constitución de 1991 contiene, al igual que sus antecesoras, un importante catálogo de derechos en el marco del proceso penal, establece una clara diferenciación entre las funciones de acusación y juzgamiento (252), prohíbe la investigación o juzgamiento de civiles por la Justicia Penal Militar (213.5), y crea la Fiscalía General de la Nación (24) como la entidad que, siendo parte de la Rama Judicial, es la encargada de la investigación y acusación de los delitos (250). Establece, que es el Congreso de la República el encargado de la expedición de los Códigos (150.2).

En cuanto al catálogo de derechos, la Constitución de 1991 establece la primacía de la dignidad humana (1), prohíbe la pena de muerte (11), y establece los derechos a la intimidad del domicilio y de la correspondencia (15), a la libertad personal (28), al debido proceso (29), a la doble instancia (31), y crea la figura de la extinción de dominio (34.2). La creación de la Fiscalía General de la Nación requería de un nuevo Código de Procedimiento Penal, y es por ello que el artículo transitorio 5 reviste al presidente

de la República para expedir las normas que organicen al ente acusador y las normas de procedimiento penal.

En desarrollo de estas facultades mediante los decretos 2699 y 2700 del 30 de noviembre de 1991, se expiden el estatuto orgánico de la Fiscalía y un nuevo Código de Procedimiento Penal.

El nacimiento de la Fiscalía General de la Nación se produce como consecuencia de las dificultades advertidas hasta ese momento de la ausencia de un esquema ágil de investigación, la dispersión en el ejercicio de la función de policía judicial, la competencia limitada por razón del territorio para la función de instrucción, la demora en el trámite de los expedientes y el altísimo índice de congestión judicial que se advertía, así como la inexistencia de instrumentos de control sobre la gestión de los funcionarios encargados de la investigación y de un mecanismo de protección a las víctimas, los testigos y los intervinientes en el proceso penal.

El Gobierno proponía efectuar una introducción gradual del sistema acusatorio que empezaría a regir únicamente para eventos de crimen organizado. No obstante, la Asamblea Constitucional que modificó la Constitución del 91 introdujo modificaciones sustanciales a la propuesta y de allí surgió un modelo de enjuiciamiento criminal con muchas particularidades y rezagos del antiguo sistema inquisitivo. Se integró la Fiscalía a la Rama Judicial, en consecuencia, se introdujo en la entidad una segunda instancia y se entregaron atribuciones a los fiscales para intervenir derechos fundamentales como la libertad y la intimidad sin ningún control judicial. Es decir, se facultaba a los fiscales para detener personas, dictar medidas de cautela sobre sus bienes, allanar, interceptar comunicaciones y correspondencia y precluir las investigaciones con efectos de cosa juzgada material. Y el sistema se extendió a todos los delitos y no únicamente a los de terrorismo y crimen organizado.

A la Fiscalía se le concedió autonomía administrativa y presupuestal tanto del ejecutivo como de la rama judicial, no obstante pertenece a ésta última. Esa autonomía se reflejaría en la posibilidad de contar con su propio régimen de carrera judicial, un ordenamiento interno propio con facultades reglamentarias para desarrollar instituciones procesales en cabeza del Fiscal General para mejor orientar la actividad investigativa, sin que por ello se violentara la independencia “judicial” de los fiscales.

A los Fiscales Delegados del Fiscal General se les atribuyó la competencia para investigar y acusar a los responsables de conductas transgresoras de la ley penal, con facultades de recaudo de la prueba y de intervención directa sin control judicial en los derechos fundamentales de los investigados, el fiscal era *parte* en la actividad de indagar e investigar y también *juez*.

Se entregó igualmente al Fiscal General la atribución de dirigir, coordinar y supervisar el ejercicio de la función de Policía judicial y de controlar al Instituto de Medicina Legal que quedó bajo su orientación.

Para desarrollar este esquema mixto de tendencia acusatoria se expidió el decreto 2700 de 1991 que incorporó el nuevo código de procedimiento penal que entró a regir de manera gradual entre 1992 y 1996 en el territorio nacional.

El código se estructuró con 573 artículos y 15 normas transitorias, divididos en cinco libros, a saber, (i) disposiciones generales, (ii) investigación, (iii) juicio, (iv) ejecución de sentencias, y relaciones con autoridades extranjeras. Creada la Fiscalía General de la Nación, se establece que será la encargada de adelantar la acción penal (24) y actúa por medio de sus delegados ante los diferentes encargados de administrar justicia (67), siendo la responsable de dirigir y coordinar la Policía Judicial (309).

El proceso penal cuenta con una fase de investigación previa (319) que termina con la resolución inhibitoria (327) o la apertura de instrucción (329), fase que a su vez culmina con el cierre de la investigación (438) y en la que el fiscal puede, o dictar la preclusión o proferir resolución de acusación (439). Si fuere esta la situación, se da inicio a la fase del Juzgamiento, que se tramita ante los Jueces de la República, y que cuenta con un traslado para la preparación de la audiencia (446) y la audiencia pública (449), que culmina con el fallo respectivo, dando lugar a las instancias correspondientes. En este Código aparecen los mecanismos anticipados de terminación del proceso penal, como son la audiencia especial, la sentencia anticipada y la indemnización integral (37).

Como se advierte hasta este momento, lamentablemente la inflación legislativa en materias penales sustanciales y de procedimiento es evidente sin que se dé un espacio razonable para que se consoliden las instituciones creadas y se decante la jurisprudencia de las altas cortes. Históricamente,

las funciones de instrucción o investigación de los delitos han estado un muy diversas instituciones, al igual que ocurre con las de policía judicial. Es pues clara la ausencia de una política antricriminal del Estado científicamente construida y no al vaivén de las coyunturas de orden público.

El ejercicio abusivo de las facultades para intervenir derechos fundamentales y, sobre todo, de la atribución autónoma en cabeza de los fiscales para detener al investigado, advertidas desde la propia Fiscalía, derivaron en una reforma introducida por la Ley 81 de 1993, por medio de la cual se estableció un control de legalidad formal y posterior de las medidas de aseguramiento de detención preventiva, instituto que dio paso a un sistema de mayor tendencia acusatoria, aun cuando incipiente, pero que quedó más consolidado en la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002.

A esa reforma constitucional de 2002 antecedió un nuevo código de procedimiento penal que venía tramitándose desde 1998 y que constituyó una reforma apenas parcial del modelo de 1991, que quedó contenido en la ley 600 de 2000, la que tampoco contribuyó a simplificar los procedimientos ni mucho menos a hacer más eficiente el sistema de enjuiciamiento penal. Mantuvo las facultades jurisdiccionales en cabeza de los fiscales y por ende la doble instancia en la Fiscalía. Continuó con un modelo escrito con algunas tímidas reformas para avanzar hacia la oralidad y un modelo de rebajas de pena muy discutible.

El 26 de abril de 2002 el Gobierno, a instancias del Fiscal General de turno, radicó en el Congreso un nuevo proyecto de reforma constitucional que finalmente se convirtió en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, en desarrollo del cual se adoptó el actual sistema de tendencia acusatoria, como expresamente lo indicó el artículo 4 de la reforma.

Este estatuto cuenta con 536 artículos, Y se encuentra dividido en un título preliminar, y cinco libros, a saber (i) disposiciones generales, (ii) investigación, (iii) juicio, (iv) ejecución de sentencias y (v) relaciones con autoridades extranjeras y disposiciones finales. En términos generales, no representa una ruptura significativa respecto de su antecesor, manteniendo la titularidad de la acción penal en la Fiscalía General de la Nación (26), la sentencia anticipada (40) y la indemnización integral, (42), eliminando la audiencia especial.

La Fiscalía General de la Nación tiene bajo su coordinación y dirección las funciones de Policía Judicial (311) y el proceso cuenta con una investigación previa (322) que termina con una resolución inhibitoria o la apertura de la instrucción (329). El Fiscal Delegado será el encargado de adelantar la instrucción, decretando el cierre de la misma (393) con miras a calificarlo, recluyendo la investigación, o profiriendo resolución de acusación (395). Con la resolución de acusación el proceso pasa a la fase del juicio, en el que, se mantiene el traslado a los sujetos procesales para la preparación de las audiencias y solicitar las nulidades a que haya lugar (400). Aparece la audiencia preparatoria, para resolver sobre nulidades y pruebas (401) y termina esta fase con la audiencia, misma que culmina con el fallo respectivo, frente al cual proceden los recursos ordinarios y extraordinarios.

El Acto Legislativo 03 de 2002 modifica integralmente el enfoque del procedimiento penal colombiano, al introducir (2) la figura del principio de oportunidad, el Juez de Control de Garantías, los principios de publicidad, inmediación concentración que rigen el juicio oral, los derechos de las víctimas, entre otros. En desarrollo de este Acto Legislativo, se expide la Ley 906 de 2004, que no rige en los procesos que se adelanten contra los aforados constitucionales (533) y que cuenta con una entrada en vigencia escalonada en los diferentes distritos judiciales, entre los años 2005 y 2008.

Se trata de un estatuto que cuenta con 533 artículos, divididos en un título preliminar, contentivo de los principios rectores y las garantías procesales, y 7 libros, a saber (i) disposiciones generales, (ii) técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio, (iii) juicio, (iv) ejecución de sentencias, (v) cooperación internacional, (vi) justicia restaurativa, y (vii) régimen de implementación. En esta codificación se mantiene el monopolio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación (66) –asunto que sería modificado en el Acto Legislativo 06 de 2011 que (2º) permite el ejercicio de la acción privada, reglamentado mediante la Ley 1826 de 2017–, y se crea la función de control de garantías, que será ejercida por el Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías, y, eventualmente, por un Magistrado de la Sala de Decisión Penal (39), siendo este el funcionario encargado de tomar las decisiones que pudieren afectar los derechos fundamentales del procesado.

Se mantienen las tres fases del proceso penal, como son la investigación preliminar que termina con la formulación de imputación (286) o el archivo de las diligencias, (79), la indagación que termina con la radicación del escrito de acusación (336) y el juicio, fase que abarca, las audiencias de acusación (338), preparatoria (355) y de juicio oral (366), en la que se practican las pruebas que sustentan la sentencia respectiva, de conformidad con los precitados principios de inmediación y concentración. En este modelo procesal, si bien la Fiscalía General de la Nación se mantiene dentro del Poder Judicial, las decisiones respecto de los derechos del denunciado, imputado o acusado son del resorte del juez.

El nuevo modelo se fundamenta entonces en el principio dispositivo típico de los sistemas de tendencia acusatoria, por medio del cual son las partes las que mueven la actuación, con capacidad de renunciar a los actos del proceso y fuerte culto al principio de concentración para que solamente se admita como prueba aquella que ha sido admitida, presenciada, controlada, discutida y controvertida ante el juez.

En este modelo, la fase de investigación es eminentemente requirente en cuanto el fiscal debe acudir al juez de garantías a pedir su autorización para intervenir derechos fundamentales, sobre todo los del procesado en cuanto a su persona o bienes. Así mismo, en los fiscales quienes se apoyan en la policía judicial de investigación se concentra la actividad de recolección de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información por obtener. Se elimina la segunda instancia.

En sede de investigación no habrá controversia probatoria la que se cumplirá, por regla general, una vez inicie la fase de controversia probatoria en el juicio y una vez el juez hubiere admitido los elementos de prueba a desfilas.

En el nuevo sistema rige el principio de necesidad de la acusación, la que además debe surtir un control ante el juez de conocimiento en relación con la claridad de los hechos jurídicamente relevantes y su congruencia con la imputación de los cargos. Así mismo, en caso de considerar el fiscal que no tiene prueba suficiente para acusar, la preclusión que solicite deberá tener el aval jurisdiccional para que la decisión adquiera el carácter de cosa juzgada material.

La actividad probatoria la desarrollan las partes y rige el principio de solidaridad, de suerte tal que es mínima y excepcional la intervención del juez para ordenar prueba oficiosa. Como el proceso es esencialmente oral y público, se asegura que el desfile probatorio se realice en la presencia del juez en forma permanente, de forma tal que el funcionario escucha, observa y controla el desarrollo probatorio.

El estándar de prueba necesario para condenar será el de la convicción del juez más allá de duda razonable, estándar discutible en la actual evolución del derecho probatorio penal.

Se establece un modelo de justicia consensuada o negociada que ha recibido diversas críticas, pero que permite ejercer un criterio de discrecionalidad regulada, por parte del Fiscal General y sus delegados, con control judicial. Por virtud del llamado principio de oportunidad reglado, la Fiscalía General de la Nación puede renunciar o suspender el ejercicio de la acción penal, y con los preacuerdos, se permite que el ente acusador y el procesado lleguen a convenios o transacciones extraprocesales sobre la decisión que habrá de tomar el juez. Se mantiene, igualmente, la posibilidad de acceder a una rebaja punitiva a través de la aceptación de cargos, variando el descuento a aplicar en razón a la etapa procesal en que ello se produzca.

Finalmente, se establece un modelo de justicia restaurativa a partir del fallo de condena, oportunidad que abre la opción para el trámite de un incidente de reparación de perjuicios.

Así pues, en el nuevo modelo, el fiscal es un coordinador jurídico de la actividad de indagación e investigación, las que adelanta con el apoyo de la policía judicial y bajo un programa metodológico elaborado conjuntamente con base en el cual se reunirán los elementos de prueba y evidencia física que lo lleva a consolidar una acusación que presentará y sustentará ante el juez de conocimiento. Iniciado el juicio, el fiscal será sola la parte acusadora enfrentada a un defensor, quien a su vez la ley le ha permitido adelantar privadamente su propia actividad probatoria y de defensa en desarrollo de un supuesto de igualdad de armas. Ambas partes procurarán entonces convencer al juez de sus teorías argumentativas y probatorias más allá de duda razonable.

EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Hernando A. Hernández Quintero*

Académico correspondiente - Capítulo seccional (Ibagué)

Resumen: En el presente artículo se pretende analizar la forma como el derecho penal ha venido aumentando su participación en la lucha contra la corrupción en Colombia, desvirtuando el concepto tradicional que esa rama del derecho debe intervenir, únicamente, cuando se han agotado todas las instancias posibles para enfrentar los problemas sociales y creando la convicción que es la primera y única herramienta para combatir este flagelo, de tan nefastas consecuencias para el país y sus gentes.

Palabras clave: Corrupción, derecho penal, estatuto anticorrupción, pena.

CRIMINAL LAW AS A TOOL AGAINST CORRUPTION IN COLOMBIA

Abstract: This article intends to analyze the ways in which criminal law in Colombia has increased its participation in the

* Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma Universidad, de la cual es también especialista en Ciencias Penales y en Criminología. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Ciencia Política de la Universidad de Ibagué. Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Profesor Titular de la Universidad de Ibagué y de posgrado en las Universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), Medellín, Simón Bolívar de Barranquilla y Pontificia Bolivariana de Medellín. Miembro del Grupo de Investigación ZOOM POLITIKON, de la Universidad de Ibagué. Investigador Emérito por Colciencias. hahernandezq@hotmail.com.

fight against corruption, undermining the traditional concept that this branch of law must intervene, exclusively, only when all other possible instances of recourse to deal with social problems have been exhausted; this has spurred the conviction that it is the first and only recourse available to attack this scourge, presenting dire consequences for the country and its people.

Key words: Corruption, criminal law, anticorruption statute, penalty.

Presentación

Desde antiguo se ha sostenido que el derecho penal solo debe ser utilizado cuando los demás mecanismos de control social han fracasado. Empero, la estigmatización que el derecho criminal genera en los asociados, unido a la ineficacia de las sanciones de derecho administrativo, han propiciado que se convierta en la herramienta de mayor uso por el legislador en procura de combatir la delincuencia, en especial la que se relaciona con la corrupción en el sector público y privado. Como lo advierten los doctrinantes, la realidad colombiana muestra su inflada criminalización sustantiva, abatida por una desbordante descriminalización de hecho¹ y hoy, el derecho penal se utiliza como instrumento de “*pedagogía social*” que lleva a considerarlo no como última ratio sino como la primera o “sola” solución de los problemas sociales².

El ensanchamiento del derecho penal para castigar conductas antes del resorte del derecho administrativo sancionador es evidente en los diversos estatutos penales que han regido en Colombia, especialmente en los Códigos de 1936, 1980 y 2000, con las importantes reformas de los Estatutos Anticorrupción expedidos en 1995 y 2011. A continuación, efectuamos un recuento de dicha normatividad.

¹ PINILLA PINILLA, Nilson. *Fundamentos de derecho Administrativo Sancionatorio. Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. XI, No. 39, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 81.

² MURILLO GRANADOS, Adolfo. Hacia dónde va el Derecho Penal Colombiano a propósito de las reformas recientes. En libro: *Aproximaciones al derecho Colombiano actual*. Cali, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali, 2017, p. 67.

Código Penal de 1936

Por medio del Decreto 2300 de septiembre 14 de 1936, se expidió el Código Penal que reemplazó al Estatuto de 1890. En el Título III se incorporaron los delitos contra la administración pública, sancionando las conductas que se consideraban que lesionaban, entonces en forma más grave, la infidelidad del deber de transparencia de los servidores públicos. Así, se incluyeron, en siete capítulos, los siguientes comportamientos: peculado; concusión; cohecho; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; prevaricato; abuso de autoridad y otras infracciones; usurpación de funciones públicas y los delitos contra los funcionarios públicos. Las penas a imponer generalmente eran la privación del cargo, la interdicción para ejercer empleo o cargo público, el arresto y, con contadas excepciones, la prisión, que en ningún caso excedía de seis años, por ejemplo para la concusión.

Código Penal de 1980

Luego de un amplio y enjundioso debate en las Comisiones de 1974, 1976, 1978 y la de Revisión de 1979, con la participación de los más destacados juristas de la época³, se aprobó un nuevo Código Penal, contenido en la Ley 100 de dicho año, el cual entró a regir en enero de 1981. En este Estatuto, los delitos contra la administración pública se ubicaron en el Título III, en diez capítulos que contemplan los siguientes ilícitos: peculado; concusión; cohecho; celebración indebida de contratos; tráfico de influencias; enriquecimiento ilícito; prevaricato; abuso de autoridad y otras infracciones; usurpación y abuso de funciones públicas y delitos contra los empleados oficiales.

³ Integraron estas comisiones los juristas: Hernando Baquero Borda, Federico Estrada Vélez, Bernardo Gaitán Mahecha, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Hernando Londoño Jiménez, Luis E. Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Rafael Poveda Alfonso, Alfonso Reyes Echandía, Luis E. Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Darío Velásquez Gaviria, Luis E. Aldana Rozo, Parmenio Cárdenas, Luis Carlos Giraldo Marín, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez.

Se observa, en esta oportunidad, un importante incremento de las penas que oscilan entre 1 y 5 años de prisión, y para el peculado puede llegar hasta diez años y multa de un mil a un millón de pesos.

Asimismo, se traslada del título de los delitos contra la administración de justicia, el punible de tráfico de influencias, el cual se ubica como artículo 147. Este comportamiento fue luego modificado por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995. Por la forma como estaba redactado, específicamente porque el mismo podía ser actualizado por un particular, en el Código Penal del año 2000, se recoge como un modelo de estafa agravada⁴ y se regula como artículo 411 el tráfico de influencias, pero del servidor público.

De otra parte, el Capítulo IV (Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), que contenía únicamente el punible de interés indebido en la celebración de contrato, se rebautiza con el nombre de “Celebración indebida de contratos” y se incluyen dos nuevos comportamientos: *la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades* (art. 144) y el de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales* (art. 146). Este último fue modificado por el Decreto 141 de 1980.

La razón de ser de esta ampliación se encuentra en el incremento cuantitativo y cualitativo de la contratación del Estado. La Comisión redactora de 1976 lo justificó en los siguientes términos:

“Dada la especial importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta que esa actividad se traduce en la prestación de servicios previa la celebración de contratos que en ocasiones demanda la inversión de grandes cantidades de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como otras ramas del derecho se han ocupado en señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que al actuar en la celebración de contratos viola unas pautas mínimas pero

⁴ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*. Segunda edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 377.

esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la administración”⁵.

Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 190 de 1995⁶

El Estatuto Anticorrupción expedido por medio de la Ley 190 de 1995 (6 de junio), “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”, modificó en forma sustancial el Código Penal de 1980 (Decreto 100), para crear nuevos tipos penales, modificar algunos y endurecer las penas. Resaltamos a continuación los aspectos más importantes de esa normatividad:

1. El artículo 17 crea un nuevo artículo en el Estatuto Penal, el 59 A, para inhabilitar a los servidores públicos para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado. Se advierte que se mantenía la posibilidad de rehabilitación consagrada en el Código de Procedimiento penal, la cual desapareció con los Actos Legislativos No. 1 de 2004 y 1 de 2009, que modificaron el artículo 122 de la Constitución Política. Curiosamente, esta inhabilitación, por expresa disposición del artículo 2º., del Acto Legislativo No. 1 de 2017, no se aplica a los miembros de grupos organizados al margen de la ley condenados por delitos cometidos por causa o con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado que hayan suscrito un acuerdo de paz con el gobierno o se hayan desmovilizado individualmente, siempre que hayan dejado las armas, se hayan acogido al marco de justicia transicional aplicable a cada caso, entre estos, la Jurisdicción Especial para la Paz, JEP, en los términos del acto legislativo y no hayan sido condenados por delitos dolosos posteriores al Acuerdo

⁵ GIRALDO MARÍN, Gustavo y GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. *Actas del nuevo Código Penal Colombiano. Parte especial*. Volumen III. Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1986, p. 499.

⁶ Un análisis detenido de este Estatuto puede encontrarse en el artículo de nuestra autoría “El Estatuto Anticorrupción Ley 190 de 1995”, publicado en la Revista Carta del Tolima No. 121, septiembre-octubre de 1995, de la Asociación para el Desarrollo del Tolima.

de Paz o a su desmovilización. Este beneficio se extiende a los miembros de las Fuerza Pública que se sometían a la JEP. Se modificó el artículo 63 del Código Penal de 1980 para aclarar las personas que, para efectos penales, deben ser consideradas como servidores públicos, con el fin de unificar un criterio bastante difuso en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Este mandato fue recogido luego en el artículo 20 del Código Penal del año 2000 (Ley 599), el cual se encuentra vigente.

2. Se aumenta considerablemente la pena para los delitos contra la administración pública tales como: peculado por apropiación, peculado por extensión, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, tráfico de influencias para obtener favor de servidor público, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y por asesoramiento ilegal.
3. La gran novedad de este estatuto está en la creación de dos figuras: la utilización indebida de información privilegiada⁷ y el lavado de activos. En cuanto a la primera, busca sancionar al servidor público o al particular que, como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea esta persona natural o jurídica.
4. Se procura, entonces, con esta disposición evitar que quienes accedan a cierta información concreta y que aún no es pública, la utilicen indebidamente, por ejemplo, para adquirir tierras en lugares por donde debe cruzar una avenida, con evidente incremento del valor de los terrenos o adquiriendo o vendiendo acciones de instituciones que sabe cobrarán un mayor valor o se postrarán en su precio.

Esta disposición fue desmembrada en el Código Penal del año 2000, donde aparece como un delito contra la administración pública (arts. 420 y 431),

⁷ El artículo 75 de La Ley 45 de 1990 establece que se entiende por información privilegiada: "...aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores.

eliminando a los particulares como posibles autores del ilícito y también como una defraudación en el título de los delitos contra el patrimonio económico (art. 258). Allí, en su inciso segundo se castiga a “quien utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público”.

Siempre hemos sugerido que este último comportamiento sea trasladado a los delitos contra el sistema financiero, como un delito contra el orden económico social. Curiosamente, a pesar del esfuerzo para crear esta nueva figura, en el Código Penal se sancionaba con multa. El nuevo Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) corrige este error al asignarle una pena de prisión de uno a tres años, quizás por la trascendencia que le adjudica la OCDE, a este comportamiento. Luego, la Ley 1709 de 2014 excluye a los condenados por este delito de los subrogados penales (art. 68 A. C.P). Esa es la muestra más clara de nuestro sistema pendular en materia punitiva, lo que ayer parece muy leve, hoy es de extrema gravedad.

La otra importante creación del Estatuto de 1995 fue la figura del lavado de activos. Colombia suscribió en Viena, el 20 de diciembre de 1988, la *Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, en cuyo texto aparece la obligación de los Estados Partes de incluir en sus Códigos Penales la figura conocida como el lavado de activos, que consiste en el proceso por el cual se busca dar apariencia de legalidad a los bienes provenientes de actividades ilegales. Con la Ley 67 del 23 de agosto de 1993 se aprobó esta convención por el Congreso de la República.

Ante la dificultad de estructurar un tipo penal del cual no se tenía antecedentes, nuestro país, al igual que la mayoría de Estados, optó por ampliar el delito de receptación, entonces consagrado en el artículo 177 del Código Penal (hoy 447), con lo cual honraba el compromiso internacional. Más tarde, se detectaron dificultades para su aplicación, lo que impulsó a la expedición de la Ley 365 de 1997 en la que se estructuró como un delito autónomo, figura que fue recogida en los mismos términos por el Código Penal en vigencia, en su artículo 323 (Ley 599 de 2000). Hoy, ha sufrido numerosas modificaciones para incorporar nuevos verbos rectores

o nuevos delitos fuente y aumentar la pena (Leyes 742 de 2002; 1121 de 2006; 1453 de 2011 y 1762 de 2015)⁸.

Por último, sobre el Estatuto de 1995, es conveniente resaltar su artículo 44 que faculta a las autoridades judiciales para levantar el velo corporativo de la persona jurídica cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta. Fue, en mi criterio, el primer pequeño paso para establecer en Colombia, algún día, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De ahí en adelante se conocen los mandatos del artículo 91 de la Ley 906 de 2004, que permiten la suspensión y cancelación de la personería jurídica de las entidades cuando existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictuales, y el mandato del artículo 34 del nuevo estatuto anticorrupción (L. 1474/11), que autoriza a aplicar estas medidas a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra el patrimonio público, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizado por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. Sin lugar a dudas, estamos a muy poco de aceptar la responsabilidad penal de la persona moral en Colombia, criterio con el cual estamos totalmente de acuerdo, no solo en los punibles que afectan los recursos públicos sino, también, de conductas contra el orden económico social, entre otros.

El Código Penal del año 2000

Por medio de la Ley 599 de julio 24 de 2000, se aprobó un nuevo Código Penal que sustituyó al de 1980. Su vigencia inició el 25 de julio del año 2001. En él, se incorporaron en forma coherente las disposiciones del Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) y otras que se dictaron con posterioridad para enfrentar la corrupción en el país.

Se destaca el aumento considerable de las penas para los delitos contra la administración pública. Por ejemplo, el peculado amenaza sanción de 6 a

⁸ Un detenido análisis sobre el tema puede encontrarse en el libro de nuestra autoría: *El lavado de activos*. Bogotá, 2017, Grupo Editorial Ibáñez, pp. 104 a 162.

15 años; la concusión, de 6 a 10 años: el cohecho propio, de 5 a 8 años; el cohecho por dar u ofrecer, de 5 a 8 años; la violación del régimen legal o constitucional, de 5 a 12 años; el interés indebido en la celebración de contratos, de 5 a 12 años; el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de 4 a 12 años; el tráfico de influencias, de 4 a 8 años; el enriquecimiento ilícito, de 6 a 10 años; el prevaricato por acción, de 5 a 8 años.

Como novedad, se crea el capítulo once al que se le bautiza como *Utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de función pública*. En él se incluyen los nuevos delitos de: utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (art. 431); utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (art. 432); soborno transnacional (art. 433) y la asociación para la comisión de un delito contra la administración pública. Otros nuevos punibles que se incluyen en esta normatividad son: la omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402)⁹; el destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos (art. 403)¹⁰ y el tráfico de influencias de servidor público (art. 411)¹¹.

Ahora bien, para equilibrar las penas en materia de justicia premial, introducida en el país con la Ley 906 de 2004, se autorizó, por medio de la Ley 890 de 2004, el aumento de las penas para todos los delitos del Código Penal en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2011

Una vez más, las convenciones internacionales impulsan una reforma de las normas en Colombia, particularmente en el campo administrativo, disciplinario, institucional, pedagógico y penal. En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)¹² y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2003)¹³ obligan a nuestro país a

⁹ Modificado por la Ley 1819 de 2016.

¹⁰ Esta norma había sido aprobada en la Ley 366 de 1997.

¹¹ En la Ley 190 de 1995, se castigaba este comportamiento pero con un sujeto activo indeterminado.

¹² Aprobada por la Ley 412 de 1997.

¹³ Aprobada por la Ley 970 de 2005.

sancionar conductas relacionadas con la corrupción en la función pública, al igual que comportamientos corruptos de particulares¹⁴.

En la Ley 1474, conocida como El Estatuto Anticorrupción, se reserva el capítulo segundo para las normas de contenido penal. Los artículos 13 y 14 modifican la parte general cuando se excluye de beneficios o subrogados a los delitos contra la administración pública (art. 68 A) y se aumenta en la mitad los términos de prescripción penal para los punibles ejecutados por el servidor público en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Esta situación se extiende a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

Al igual que en el primer estatuto anticorrupción, en la nueva normativa se agrava la pena para varios delitos y se modifican algunos. Asimismo, se crean nuevos comportamientos delictuales. A continuación, efectuamos un rápido recorrido por la nueva normatividad.

1. Tipos penales en los que se agrava la pena

- 1) Como se había advertido, en la utilización indebida de información privilegiada, la pena de multa se convierte, por mandato del artículo 18 del Estatuto, en prisión de uno a tres años.
- 2) En la evasión fiscal del artículo 313, se pasa de una pena de 2 a 6 años, a 5 a 10 años, y la multa de 50 000 salarios mínimos legales pasa a 1 020 000 Unidades de Valor Tributario.
- 3) El enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 412) que es un tipo penal subsidiario, es decir que se utiliza cuando no exista otra disposición penal aplicable, sufre un nuevo aumento de pena, pues en la Ley 190 de 1995 se había aumentado, de 2 a 8 años, a 6 a 10 años y ahora se pasa a una sanción de 9 a 15 años.
- 4) El punible de soborno (art. 444), que sanciona al que entregue o prometa dinero u otra utilidad al testigo falaz, sufre incremento punitivo al pasar de 1 a 5 años a 6 a 12 años.

¹⁴ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción. *En libro XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 9.

- 5) El soborno en la actuación penal (art. 444^a), figura creada por la Ley 890 de 2004, que busca castigar a quien entregue o prometa dinero u otra utilidad a persona que fue testigo de un hecho delictivo para que no concurra a declarar o calle total o parcialmente la verdad, era sancionado con pena de 4 a 8 años, y ahora con prisión de 6 a 12 años.
- 6) Por mandato del artículo 33 del Estatuto se aumenta la pena de una sexta parte a la mitad en los delitos que a continuación se reseñan, cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado: estafa (246); abuso de confianza calificada (250); lavado de activos (323); peculado por apropiación (397); concusión (404); cohecho propio (405); cohecho impropio (406); violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408); interés indebido en la celebración de contratos (409); contratos sin cumplimiento de requisitos legales (410); tráfico de influencias de servidor público (411); enriquecimiento ilícito (412); prevaricato por acción (413); prevaricato por omisión (414) y soborno transnacional (433).

2. Tipos penales que se modifican

- 1) El delito de estafa (art. 247) que se caracteriza por la obtención de un provecho ilícito ajeno induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios y engaños, tenía en el Código del año 2000, tres agravantes; ahora, se le agregan dos más: cuando la conducta está relacionada con bienes pertenecientes a empresas e instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o sean recibidos a cualquier título de este y cuando el comportamiento tengan relación con el Sistema General de Seguridad Social Integral.
- 2) En el artículo 298 el Código Penal del año 2000 se consagró la figura de la especulación para sancionar a quien, en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad, anunciando una pena de 3 a 6 años. En la nueva normatividad se adiciona un inciso

a este artículo para amenazar pena de 5 a 10 años, cuando la especulación se relacione con medicamento o dispositivo médico.

- 3) El delito de agiotaje (art. 301) con el que se busca sancionar al sujeto que, a través de maniobras fraudulentas, procure la alteración del valor de productos de artículos de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles e inmuebles o servicios que sean objeto de contratación, amenaza una pena de 2 a 8 años. Es un tipo penal de peligro que se agrava cuando se consigue el resultado perseguido. El estatuto adiciona el inciso tercero para señalar que, cuando el agiotaje se realiza sobre medicamento o dispositivo médico, la pena será de 5 a 10 años.

La historia de esta modificación se remonta al Decreto 4975 de 2009, cuando el Gobierno Uribe declaró el estado de emergencia económica, con el propósito de conjurar la grave crisis que afectaba la viabilidad del sistema general de seguridad social salud. En desarrollo de las facultades que le otorga este estado de excepción, dictó el Decreto 126 de 2010 y en el artículo 31 creó el artículo 301 A, para contemplar una nueva modalidad de agiotaje cuando afectara medicamentos o dispositivos médicos.

Como quiera que el decreto madre de la Emergencia Social fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-252 del 11 de abril de 2010, la misma corporación declaró la inconstitucionalidad por consecuencia del decreto 126 de 2010, en decisión C-302 de 2010.

Con todo, en el Estatuto Anticorrupción, siguiendo la nueva estrategia legislativa, en su artículo 18 revivió esta norma pero no como un nuevo artículo, si no como un agravante del artículo 301 (agiotaje)¹⁵.

- 4) El artículo 25 del nuevo estatuto modifica el artículo 401 del Código Penal, en el sentido de aclarar las circunstancias de atenuación para el delito de peculado en sus diversas manifestaciones. Así, en la norma original, en su primer inciso, la pena se disminuía en la mitad cuando el agente por sí mismo o por tercera persona, hiciera cesar el mal uso, reparare el daño o reintegrare lo apropiado,

¹⁵ Un estudio más amplio de este delito puede encontrarse en el libro de nuestra autoría “Delitos Económicos en la actividad financiera”, 7ª. Edición. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 201, pp. 159 a 202.

perdido o extraviado o su valor. Ahora, se agrega la posibilidad de corregir lo relacionado con la aplicación oficial diferente, criterio que se había quedado por fuera en la genuina disposición. También se agrega la exigencia de que el valor que se reintegre debe estar actualizado con los correspondientes intereses.

- 5) Como un delito contra la administración pública, el Código Penal del año 2000 reguló el soborno transnacional en su artículo 433, para sancionar al nacional o a quien, con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones relacionado con una transacción económica o comercial.

En el artículo 30 del Estatuto Anticorrupción se modifica esta disposición para señalar que no se requiere la cualificación de ser nacional colombiano o tener residencia habitual en el país, sino que se trata de un sujeto indeterminado, “el que”. Asimismo, se agrega el verbo dar. También se incluye la posibilidad de retardar cualquier acto que ya no será el propio de sus funciones sino un acto relacionado con transacción económica o comercial. Por último, se aumenta la pena, de 6 a 10 años, a 9 a 15 años y la multa se eleva, de 50 a 100 salarios mínimos legales vigentes, a 100 a 200 salarios legales mensuales vigentes.

En el párrafo se define que se entiende por servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. Se incluye en este concepto cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

En el 2016, por medio de la Ley 1778, nuevamente se modifica esta disposición para efectuar los siguientes cambios: incluir un nuevo verbo rector; prometer; modificar la expresión “cualquier dinero”, por “sumas de dinero”; incluir nuevamente que el acto que se realiza, omite, o retarde, debe estar relacionado con el *ejercicio de sus funciones*, y en relación con un negocio o transacción internacional y no una transacción económica o

comercial; se agrega la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal y la multa pasa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a 650 mil a 50 000 salarios mínimos legales.

En el concepto de servidor público extranjero se cambia el criterio de país extranjero por el de Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera. Se agrega que, para los efectos de la norma, también se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. Compartimos la posición de la doctrina mayoritaria, en el sentido que la ubicación de este comportamiento no es como un punible contra la administración pública si no como una conducta que le lesiona o pone en peligro el orden económicos social¹⁶.

3. Nuevos tipos penales en el estatuto anticorrupción

La Ley 1474 de 2011 creó seis nuevos tipos penales: corrupción privada, administración desleal, omisión de control en el sector salud, fraude a subvenciones, acuerdos restrictivos de la competencia y tráfico de influencias de particulares. A continuación, efectuamos un breve análisis de cada uno de ellos.

1) Corrupción privada

El país desde siempre ha combatido la corrupción en el sector público, pero ha sido permisivo frente al sector privado, el cual –en no pocas ocasiones– es el culpable de ofrecer dádivas a los funcionarios estatales para que falten a sus deberes y en otras oportunidades en el giro de los negocios realiza comportamientos que riñen con la ética y los códigos de buen gobierno, perjudicando a sus competidores y atacando la lealtad en los negocios. Bas-

¹⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y ESCOBAR OSORIO, Ricardo, “Antecedentes y bien jurídico del soborno transnacional en Colombia, en Revista *Derecho penal contemporáneo*, No. 56, julio-septiembre 2016, Bogotá, Editorial Legis, 2016, p. 256.

taría recordar aquí la investigación que adelantó, en los Estados Unidos, Edwin Sutherland, en 75 empresas, donde detectó innumerables actos de corrupción, lo que lo llevó a proponer la tesis del delito de cuello blanco contenida en su texto publicado en 1939 y que hoy cobra especial vigencia.

La norma aprobada en el estatuto es del siguiente tenor:

Artículo 250 A. El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, y multa de diez (10) hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.

Se busca con esta disposición proteger el patrimonio de las empresas privadas pues es claro que se sanciona al particular que prometa, ofrezca o conceda dádivas no justificadas para obtener un beneficio que a su turno afecte a la empresa a la que presta sus servicios o cuando éste reciba, solicite o acepte tal reconocimiento indebido en perjuicio de la entidad. Con esta consideración, es claro que se ubique el comportamiento en el capítulo del abuso de confianza dentro de los delitos contra el patrimonio económico, como lo efectuó el Estatuto en estudio. Empero, si el propósito del legislador era sancionar a quienes con su conducta alteran la competencia leal de las empresas, nos parece que la ubicación de la nueva figura tendría que ser el orden económico social, como lo realizó el Código Penal Español en su reforma del año 2015, que tipificó el comportamiento en su artículo 286 bis, como un delito de corrupción en los negocios, en el Título XIII, que tutela el patrimonio y el orden socioeconómico y donde no se menciona que el perjuicio sea para la propia empresa.

En la forma como está redactado este punible se trata de un tipo penal de mera conducta y ejecución instantánea pues basta, en lo que tiene que ver con la primera parte de la norma, que se prometa, ofrezca o conceda

la dádiva o el beneficio sin que sea necesario que en efecto se conceda o acceda a lo solicitado. Lo que si resulta indispensable es que la conducta la realice la persona con el fin de favorecerse directamente o beneficiar a un tercero, con lo que se señala la norma cuenta con un ingrediente subjetivo que demanda un propósito específico, independiente del dolo común de la conducta.

Tampoco es indispensable que se produzca el daño a la empresa pues se trata, como ya se dijo, de un tipo de ejecución instantánea que se puede agotar con la promesa el ofrecimiento o la concesión de la dádiva o el beneficio y que la conducta potencialmente pueda producir un perjuicio a la entidad.

En cuanto a la segunda parte de la norma, se exige del sujeto activo una calidad especial, la de ser directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación, con lo que se concluye que se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado. Los verbos rectores que utiliza el tipo penal en esta parte son los de recibir, solicitar y aceptar. En este caso también estamos frente a un tipo penal de ejecución instantánea que se agota cuando el sujeto recibe, solicita o acepta la dádiva o el beneficio no justificado, en forma independiente a que se obtenga el resultado propuesto¹⁷.

Ahora bien, es necesario que al sancionar este comportamiento se tenga especial cuidado en no vincular conductas socialmente aceptadas como la del envío de anchetas en navidad a los empleados de entidades bancarias o comercializadoras, pues debe entenderse que ellas no se obsequian para torcer el actuar de los funcionarios o que el empleado no procederá ilícitamente movido por ese halago, que, se repite, es costumbre aceptada en nuestro país.

2) *Administración desleal*

Ante la ausencia de delitos societarios en nuestro estatuto penal, el legislador, con el fin de cumplir los compromisos adquiridos en las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción, se ha visto precisado a crear tipos penales como el objeto de estudio. Así, como se afirma en la exposición de motivos, siguiendo de cerca los parámetros del artículo 295

¹⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Delitos contra el patrimonio económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 385.

del Código Penal Español, se creó en el Estatuto Anticorrupción, el artículo 250 B, bautizado como Administración Desleal, el cual fue ubicado como un punible contra el patrimonio económico¹⁸. Es importante anotar que en la reforma efectuada al Código Penal Español, en el año 2015, la figura se reubicó, con algunas modificaciones como artículo 252 de dicha normatividad¹⁹, como un delito contra el patrimonio y el orden económico social.

La redacción de la conducta es del siguiente tenor:

El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económico evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado pues el comportamiento solo puede actualizarse por el administrador de hecho o derecho, socio, directivo, empleado o asesor, ingredientes normativos que requieren una interpretación a partir del Código del Comercio (Ley 222 de 1995) y en cuanto al administrador de hecho, siguiendo la doctrina, ha de considerarse cualquier persona que, fácticamente y de forma continua, desempeñe funciones de administrador de la sociedad mercantil²⁰. Consideramos que el término directivo está mal utilizado y que debe hablarse de director, que significa el miembro de junta directiva (Ley 45 de 1923).

El tipo penal es de conducta alternativa pues presenta dos posibilidades. La primera, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y, la segunda, contraer obligaciones económicamente perjudiciales a cargo de la sociedad. En la primera hipótesis contemplada en la figura se requiere, como lo sugiere Alberto Suárez: el abuso de las funciones propias del cargo; la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad;

¹⁸ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*. Op. cit., p. 14.

¹⁹ LO 1/2015, de 30 de marzo. (BOE No, 77 de 31 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015).

²⁰ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*. Op. cit., p. 17.

el provecho para el autor o un tercero y causar un perjuicio económico a los socios²¹. Ejemplos de esta situación los señala con claridad Jason Alexander Andrade: descapitalizar la sociedad; conceder créditos sin garantía a cargo del patrimonio social; ordenar injustificadamente el giro de dineros a una persona; ordenar girar dineros para pagos de obligaciones personales²².

En la segunda variante, esto es, la adquisición de obligaciones perjudiciales, en palabras de Alberto Suárez, se requiere: a) el abuso de las funciones propias del cargo, b) la adquisición de obligaciones que la sociedad no podrá satisfacer, c) el provecho para el autor o un tercero, y d) causar un perjuicio a los socios. Son ejemplos de esta conducta: celebrar contratos civiles o comerciales en situaciones desventajosas para la empresa y adquirir créditos cuantiosos con intereses elevados que aquella no podrá sufragar²³.

Ahora bien, el artículo 23 del Código del Comercio establece que “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados...”.

Por lo anterior, la doctrina más autorizada ha afirmado que, con la creación del delito de administración desleal, el estatuto anticorrupción convirtió en delito la regulación comercial que fija la responsabilidad de los administradores²⁴. Debe advertirse que si el administrador adopta una decisión equivocada de negocio, o pone en marcha negocios de riesgo, sin abuso de funciones, el tipo penal no se estructura²⁵. En nuestro criterio estaría actuando dentro del riesgo permitido.

En las dos modalidades estudiadas, estamos frente a un tipo penal de resultado, toda vez que se requiere que se produzca un beneficio para el autor o un tercero y un perjuicio económico a los socios²⁶. Es posible por tanto la tentativa. El objeto material lo constituyen los bienes muebles e inmuebles

²¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Delitos contra el patrimonio económico*. Op. Cit., p. 397.

²² ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*, op. Cit., p. 22.

²³ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Delitos contra el patrimonio económico*. Op. Cit., p.399.

²⁴ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*, op. Cit., p. 24

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

²⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Delitos contra el patrimonio económico*. Op. Cit., p. 400.

de la sociedad, al igual que los derechos de crédito y las obligaciones, esto es, los compromisos económicos adquiridos por la empresa.

Finalmente, puede presentarse un concurso aparente de tipos penales con el punible de abuso de confianza y hurto, que se resuelve por el principio de especialidad²⁷.

3) *Omisión de control en el sector salud*

Como un delito contra el orden económico social, se ubicó en el artículo 325 B, la omisión de control en el sector de la salud, con la siguiente descripción:

El empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud, que con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud, incurrirá, por esa sola conducta, en la pena prevista para el artículo 325 de la Ley 599 de 2000.

De nuevo, estamos frente a un tipo penal de sujeto activo calificado, en el que se requiere que quien realice el comportamiento delictual, sea un empleado o director (miembro de la junta directiva), de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud. Estas entidades se encuentran mencionadas en el Decreto 1018 de 2007.

Se trata de un tipo penal de omisión propia y de mera conducta donde basta incumplir el mandato de la norma, esto es, omitir el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector salud. Algunos mecanismos se encuentran en el propio Estatuto Anticorrupción (art. 11) y otros habrá que buscarlos en toda la legislación nacional. Desde luego, para que se perfeccione el ilícito, se requiere que la conducta omisiva del sujeto activo tenga por fin ocultar o encubrir un acto de corrupción (ingrediente subjetivo).

El término acto de corrupción se convierte en un ingrediente normativo que requiere una interpretación; para algunos doctrinantes por lo menos debe corresponder a un ilícito administrativo emparentado con una defrau-

²⁷ *Ibidem*, p. 405.

dación a la salud, por ejemplo cobrar por un procedimiento que no se ha realizado²⁸.

Si bien aceptamos que el comportamiento en estudio encuentra una adecuada ubicación en los delitos contra el orden económico social, nos parece equivocado haberlo integrado al capítulo que sanciona el lavado de activos, al igual que remitir, para efectos de la pena, a la omisión de control, figura vinculada al lavado de activos.

4) Dos nuevos tipos penales para agravar el delito de peculado

Utilizando una extraña técnica legislativa, el Estatuto anticorrupción crea dos nuevos tipos penales con los cuales se agrava el delito de peculado por aplicación oficial diferente y el culposo. En efecto, con el artículo 23 se crea el artículo 399 A del Estatuto de Penas, para sancionar el delito de aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, advirtiendo que la pena prevista en el artículo 399 (peculado por aplicación oficial diferente), se agravará de una tercera parte a la mitad cuando a los recursos dedicados a la seguridad social se les dé una aplicación diferente o se comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o se inviertan o utilicen en forma no prevista en éste, con perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

Por su parte, con el artículo 24 se crea el artículo 400 A, de la Cartilla de Penas, para agravar, de una tercera parte a la mitad, el delito de peculado culposo cuando se trate de recursos destinados a la seguridad social integral y equivocadamente, se repite los términos del artículo 399 A, comentado en precedencia, es decir, se refiere a dar aplicación oficial diferente a los recursos, conducta que no pertenece a la descripción del peculado culposo.

Las dos normas estaban contempladas en los decretos expedidos como consecuencia de la emergencia económica decretada en 2009 que fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional²⁹ y se replicaron en la Ley 1474 de 2011. Con todo, consideramos que no era necesario crear un nuevo tipo penal sino un inciso en cada una de las disposiciones que se agravan.

²⁸ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*, op. Cit., p. 32.

²⁹ Decreto 126 de 2010, declarado inexecutable por sentencia C-302 de abril 28 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

5) *Acuerdos restrictivos de la competencia*

El artículo 27 del Estatuto adiciona un nuevo delito al Código Penal, el 410 A, denominado acuerdo restrictivo de la competencia, en los siguientes términos:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios; reducción de la pena en una tercera parte, un 40 % de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

Como lo afirma con razón Andrade “Este tipo penal comporta una forma de protección reforzada del principio de transparencia en la actividad contractual del Estado, cuya vulneración se produce mediante las prácticas que restringen la competencia”³⁰.

Se procura con esta figura combatir lo que se ha llamado la cartelización en los procesos de contratación pública, en la cual los proponentes se ponen de acuerdo para lograr que el contrato le sea asignado a un sujeto en particular y para ello realizan una serie de operaciones fraudulentas como ofrecer precios mayores de los que sugiere el contratista que se quiere favorecer o calidades menores a las que este indica en su propuesta.

El delito es de sujeto activo indeterminado, es decir que lo puede realizar cualquier persona y consiste en concertarse que implica que por lo menos dos personas acuerden o convengan en desarrollar cualquier clase de conducta –activa u omisiva– generar determinadas condiciones, coordinar o articular fines o procedimientos con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual. Se deduce de lo afirmado que el tipo penal contiene un ingrediente subjetivo, el propósito específico de alterar el procedimien-

³⁰ ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción*, op. Cit., p. 47.

to contractual. Asimismo, se advierte que estamos frente a un tipo penal de mera conducta que se agota con la concertación, independientemente de obtener o no el resultado querido³¹.

En cuanto al inciso de la norma, debe consultarse la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 14 establece el sistema de beneficios por colaboración en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

6) *Tráfico de influencias de particulares*

El artículo 28 del Estatuto adiciona al Código Penal el artículo 411 A, al que denominó tráfico de influencias de particulares, el cual se ubicó en el capítulo quinto (tráfico de influencias), en el Título XV (delitos contra la administración pública). La redacción es del siguiente tenor:

El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Conforme a lo presentado en la exposición de motivos se procura evitar que el particular que interponga sus influencias ante el funcionario público en forma indebida se quede sin sanción, pues hasta la aprobación de la disposición solo era objeto de esta sanción el servidor público que utilizaba las influencias derivadas del cargo (art. 411 C.P.).

La norma contiene un ingrediente subjetivo consistente en que la influencia se utilice *con el fin* de obtener cualquier beneficio económico. La influencia debe ser real y no simulada³². No es suficiente la simple recomendación o consejo³³.

Las influencias que utiliza el ciudadano pueden provenir de factores sociales, económicos, personales, gremiales o profesionales³⁴. La misma no puede consistir en ofrecimiento u entrega de dinero pues es ese evento estaríamos frente a un delito de cohecho por dar u ofrecer³⁵. Se trata de un

³¹ *Ibidem*, p. 47.

³² *Ibidem*, p. 61.

³³ *Ibidem*, p. 64.

³⁴ *Ibidem*, p. 62.

³⁵ *Ibidem*, p. 64.

tipo penal de mera conducta, pues basta que se utilice la influencia con el propósito de obtener el provecho ilícito, sin importar el resultado.

7) *Fraude a subvenciones*

En razón al proceso conocido como Agro Ingreso Seguro³⁶, los legisladores aprovecharon la expedición del Estatuto Anticorrupción para incluir en el Código Penal el artículo 403 A, que sanciona el fraude a subvenciones³⁷. El tipo penal, siguiendo de cerca lo reglado por el artículo 308 del Código Penal Español³⁸, contiene dos incisos que guardan estrecha relación con la redacción de los artículos 310 y 311 del Estatuto punitivo colombiano, conocidos como exportación ficticia e importación ficticia³⁹. La norma tiene la siguiente redacción:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

³⁶ En razón a la firma del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, el Gobierno impulsó la Ley 1133 de 2007 conocida como Agro Ingreso Seguro (AIS), cuyo objeto era proteger los ingresos de productores agropecuarios que lo requerían y se veían afectados ante las distorsiones de los mercados externos; contribuir con el ordenamiento productivo del territorio y mejorar la competitividad y los niveles de productividad y empresarización de todo el sector agropecuario nacional, preparando su aparato productivo ante los nuevos retos que implica la inserción de los mercados internacionales y disminuyendo los niveles de desigualdad y pobreza en el campo. Desafortunadamente este loable proyecto fue mal utilizado por algunos ciudadanos por lo cual fueron condenados, al igual que el Ministro de Agricultura de la época.

³⁷ Esta figura se encuentra consagrada en la legislación alemana como artículo 264 *Estafa a subvención*; en el Código Italiano en su artículo 640 Bis, como *Estafa agravada por la obtención de erogaciones públicas* y en España como un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en el artículo 308.

³⁸ LO 7/2012, de 27 de diciembre (BOE No. 312 de 28 de diciembre) por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

³⁹ Un análisis sobre esta situación se encuentra en el artículo de nuestra autoría “El nuevo delito de fraude a subvenciones”, publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, volumen XXXIV, número 96, enero/junio 2013, pp. 31 a 55.

En la primera parte de la norma se sanciona a quien obtenga una subvención⁴⁰, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos, mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión, o callando total o parcialmente la verdad.

Se trata de un tipo penal de resultado en el que se sanciona a quien obtiene, mediante engaño, una subvención que es un aporte a fondo perdido para una actividad en la cual está interesado el Estado, por ejemplo, en las exportaciones o en la actividad agropecuaria. La diferencia con la exportación ficticia está en que este comportamiento es de mera conducta y desde luego no acepta la tentativa. Así, quien obtenga hoy la devolución del IVA, por una exportación pero aporte pruebas falsas sobre la operación, puede ser cobijado por este nuevo tipo penal, y se presenta un concurso aparente de tipos penales que a nuestro juicio debe resolverse utilizando el criterio de la especialidad.

La forma amplia como se redactó la norma puede generar grandes dificultades al aparato judicial; por ejemplo, una vez se concedió el subsidio a los cafeteros para superar la crisis generada por los bajos precios del grano, a los pocos días la Federación Nacional de Cafeteros denunció 25 200 operaciones sospechosas de fraude por un valor aproximado de 8700 millones de pesos⁴¹. Lo anterior, sugiere que se estipule un valor a partir del cual se estructure el delito dejando los que se encuentren por debajo de dicha cuantía como una conducta que debe castigarse por el derecho administrativo sancionador, como una contravención administrativa.

La segunda parte de la norma amenaza pena a la persona que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados. Se trata, por ejemplo, de un ciudadano a quien le entregan un subsidio para la vivienda de interés social y los utiliza en un viaje o un negocio. No obstante, también puede entenderse que se agota el comportamiento delictual cuando sencillamente no se utilizan los recursos para el fin determinado en el acto

⁴⁰ Por subvención para fines penales debe entenderse como una contribución patrimonial, en dinero o en especie, que beneficie económicamente al adjudicatario sin que tenga carácter devolutivo, y que haya sido concedido por la Administración Pública. Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, *Fraude a subvenciones*, en VV. AA. *Diccionario de derecho penal económico*, Boix Reig, Javier (Director) y Lloria García, Paz (Coordinadora). Madrid, Iustel, 2008, p. 499.

⁴¹ Revista Semana, “¡Avivatos!”, No. 1617, abril 29 de 2013, pp. 66 a 67.

administrativo que los concede, como quien los guarda en su caja fuerte o los deposita en un banco⁴².

Esta figura se diferencia de la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado del artículo 311 del Código Penal, en que este tipo penal se refiere al *crédito*, mientras la nueva disposición tiene que ver con recursos públicos por una subvención, subsidio o ayuda. Es de advertir que estamos frente a un tipo penal en blanco, pues para su concreción debemos acudir a la ley, decreto, resolución, acto administrativo o directiva que crea o reglamenta la subvención, ayuda o auxilio, con el fin de conocer sus fines, propósitos, requisitos, condiciones, alcances o restricciones⁴³.

Hemos criticado que esta norma se ubique como un delito contra la administración pública, pues estimamos que, cuando el Estado destina recursos para las operaciones comentadas lo hace a fondo perdido, es decir no está esperando el reintegro del dinero, y cuando el ciudadano los obtiene en forma irregular o los desvía, lo que resulta afectado es el orden económico social, pues se priva del derecho a quienes seguramente si le darían una utilización adecuada en favor del desarrollo económico del país, cumpliendo así adecuadamente el Estado con su función de intervención que le asigna el artículo 334 de la Constitución Política. Así lo entendió el legislador español que en el Código de 1995 lo ubicó en el Título XIV, como un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Las reformas tributarias y la creación de nuevos tipos penales

En la Ley 1819 de 2016, por medio de la cual se aprobó una nueva reforma tributaria en el país, se crea un nuevo capítulo del Título XV (delitos contra la administración pública) el cual se denominó “Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes”. En este acápite se adiciona al Código Penal el artículo 434 A, para incluir allí el punible de “omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes. Se trata de sancionar con esta conducta a quienes evadan impuestos a través de la omisión de la declaración de los activos que se poseen o por declarar pasivos que no se tienen. En puridad

⁴² HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *El nuevo delito de fraude a subvenciones*. En: *Revista derecho penal y criminología*. Volumen XXXIV, número 96. Bogotá, Universidad Externado de Colombia., 2013, p. 34.

⁴³ *Ibidem*, p. 44.

de verdad, se trata de un mecanismo para presionar la buena fe en la carga impositiva, pues debe advertirse que cuando la persona corrige la declaración o cancela el valor que originalmente le correspondería, la acción penal se extingue.

La norma comentada fue modificada por el artículo 63 de la Ley 1943 de 2018 (ley de financiamiento). Empero, la Corte Constitucional, en decisión C-481 del 16 de octubre de 2019, declaró la inexecutableidad de esta ley, en su integridad, con efectos a partir del 1 de enero de 2020. La Corporación hace un llamado al Congreso para que expida el régimen que ratifique, derogue, modifique o subrogue los contenidos de la Ley 1943. Si las nuevas disposiciones no se expiden, revivirá el contenido original del artículo 434 A.

De otra parte, la mencionada Ley 1943 de 2018, en su artículo 63, adicionó al Código Penal el artículo 434 B, que sanciona, en forma subsidiaria, la defraudación o evasión tributaria. En este nuevo comportamiento se amenaza pena para el contribuyente que dolosamente, estando obligado a declarar no declare, o que en una declaración tributaria omita ingresos, o incluya costos o gastos inexistentes, o reclame créditos fiscales, retenciones o anticipos improcedentes, y se liquide oficialmente por la autoridad tributaria un mayor valor del impuesto a cargo por un valor igual o superior a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inferior a 2500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se trata, como lo advierte la mejor doctrina, “de una norma en blanco, con múltiples ingredientes normativos extrapenales cuya concreción será necesario remitirla al Estatuto Tributario”⁴⁴. Como ya se anotó, la Corte Constitucional declaró la inexecutableidad del artículo comentado, con efectos a partir del 1 de enero de 2020, exhortando al Congreso para que expida un nuevo régimen que ratifique, derogue, modifique o subrogue los contenidos de la Ley 1943.

Por último, el legislador expidió la Ley 2010 de 27 de diciembre de 2019 (ley de crecimiento económico) que en su artículo 71, modifica los artícu-

⁴⁴ CADAVID LONDOÑO, Paula, & PRÍAS BERNAL, Juan Carlos y SINTURA VARELA, Francisco José. *Aproximación a los delitos tributarios y aduaneros en el Derecho Penal Colombiano*, En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 67, Bogotá, Editorial Legis, 2019, p. 55.

los 434 A y 434 B, reiterando que se trata de delitos contra la administración pública.

Reflexión final

A nuestro juicio, la lucha contra la corrupción no puede quedarse en la expedición de normas penales generalmente de difícil aplicación, propias de un extendido populismo punitivo, sino que tiene que ir acompañadas de un cambio de actitud de los colombianos y el reforzamiento de los valores éticos en las nuevas generaciones, que tiene en sus manos el futuro de una patria digna de un mejor destino.

Continuar en esta inflación criminalizante conduciría a un resultado desalentador como lo afirma Silva Sánchez “por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía política social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además tal expansión es inútil en buena medida porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar...”⁴⁵.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y ESCOBAR OSORIO, Ricardo. *Antecedentes y bien jurídico del soborno transnacional en Colombia*. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 56, Bogotá, Editorial Legis, 2016.
- ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *Aproximación a los nuevos tipos penales Internacionales de Derecho Penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- BOIX REIG, Javier (Director) y LLORIA GARCÍA, Paz. *Diccionario de derecho penal económico*, (Coordinadora). Madrid, Iustel, 2008,
- CADAVID LONDOÑO, P. & PRÍAS BERNAL, J.C. y SINTURA VARELA, F. J. *Aproximación a los delitos tributarios y aduaneros en el Derecho Penal Colombiano*, En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 67, Bogotá, Editorial Legis, 2019.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid, Civitas, 1999, p. 45.

- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Edición actualizada 2016, Biblioteca textos legales, 2016, vigésima tercera edición, Madrid, Tecnos, 2016.
- GIRALDO MARÍN, Gustavo y GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. Actas del nuevo Código Penal Colombiano, Parte Especial. Volumen III. Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1986.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen (2008), *Fraude a subvenciones*. En: *VV. AA. Diccionario de derecho penal económico*. Boix Reig, Javier (director) y Lloria García, Paz (coordinadora), Madrid, Iustel, 2008.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Séptima edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H. A. *El nuevo delito de fraude a subvenciones*. En: *Revista derecho penal y criminología*. Volumen XXXIV, número 96. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *El lavado de activos*. Cuarta edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995*, En: *Revista Carta del Tolima, No. 121*. Ibagué, El Poirá S.A, 1995.
- MURILLO GRANADOS, Adolfo. Hacia dónde va el Derecho Penal Colombiano a propósito de las reformas recientes. En libro: *Aproximaciones al derecho Colombiano actual*. Cali, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali, 2017.
- PINILLA PINILLA, Nilson. Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XI, No. 39, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990.
- REVISTA SEMANA. “¡Avivatos!, No. 1617, abril 29 de 2013, p. 66 a 67.
- RODRÍGUEZ, PAZ, Germán. *El uso de información privilegiada en el mercado de valores colombiano*, Ibagué, editorial León Gráficas, Ltda, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid, Civitas, 1999.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Delitos contra el patrimonio económico*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

LA ÉTICA EN LA PRÁCTICA DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Luis Javier Moreno Ortiz*
Académico correspondiente

In memoriam del Doctor Jorge Vélez García, el maestro magnífico que supo educar con la ciencia, con la técnica, con el arte y con el ejemplo.

Resumen: Este documento recoge la exposición hecha por el autor dentro de las *jornadas de reflexión y propuesta sobre prioridades de Reforma a la Justicia*, realizadas en la ciudad de Bogotá, el 31 de agosto de 2018, en la sede de la Universidad Sergio Arboleda. En concreto, se refiere al segundo panel del evento *Educación, formación de abogados, jueces y ética*, que tuvo como sujeta materia la *Ética en la práctica de los abogados*. Pretende reflexionar en torno a la posibilidad de enseñar ética en los tiempos actuales y hacer una aproximación a la ética profesional del abogado, a partir de su necesidad, su sentido y alcance y tres de sus rasgos principales: el ejemplo, el mérito y la *sophrosyne*.

Palabras clave: Ética, Deontología jurídica, Práctica profesional de los abogados, Inteligencia artificial, *Sophrosyne*.

* Abogado, Licenciado en Filosofía y Humanidades, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho y Doctor en Derecho. Profesor universitario en pregrado y postgrado. En pregrado de las asignaturas de Derecho Constitucional y Deontología Jurídica en la Universidad Sergio Arboleda. En postgrado, de asignaturas propias del derecho constitucional, en la especialización y en la maestría de la Universidad Javeriana, en la maestría de la Universidad de La Sabana y en la especialización, maestría y doctorado de la Universidad Sergio Arboleda. Investigador universitario, miembro del grupo de investigación científica CREAR de la Universidad Sergio Arboleda. Director del

ETHICS IN THE PRACTICE OF THE LAW

Abstract: This document reflects the presentation made by the author at the Conference on Reflection and Proposals for Justice Reform Priorities, held in Bogotá on August 31st, 2018, at the main campus of the Sergio Arboleda University. Specifically, it refers to the second panel of the event: Education, the training of lawyers and judges and Ethics, where the subject was Ethics in an Attorney's Practice. It aims to reflect on the possibility of teaching ethics in current time by formulating an approximation to the professional ethics of an attorney. For this it builds on the professional lawyer's need, sense, and reach as starting points, together with three of his principal characteristics: being an example, merits and sophrosyne.

Key words: Ethics, Legal ethics, Professional practice of lawyers, Artificial intelligence, Sophrosyne.

Introducción

El texto que ahora se presenta se elaboró sobre la base de ponencia presentada por el autor en las jornadas de reflexión y propuesta sobre prioridades

Instituto de Estudios Constitucionales, del Boletín de este instituto y de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma universidad. Se ha desempeñado como Asistente de Presidencia en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales y como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional.

Libros publicados:

–*Acceso a la justicia*. –*Decantando lo pensado*. –*Tutela contra providencias judiciales*. –*Recopilación de Leyes de la Nueva Granada revisada y anotada*. –*Coautor del libro Fuego y desafueros*.

Capítulos de libros publicados:

La omisión legislativa y sus consecuencias en el Liber Amicorum Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra. –*La doctrina de la sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1910-1991) en La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. –*El Estatuto del Trabajo: una tarea pendiente del legislador en Estatuto del Trabajo Homenaje a Ernesto Jiménez Díaz*. –*La Constitución flexible o la pérdida de identidad de la Constitución en Jurisdicción Especial para la Paz. Desafíos y oportunidades*. –*La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana en Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. –*La Constitución de 1853 de la República de la Nueva Granada en Historia Constitucional de Colombia*. –*La Constitución de 1886 y la República de Colombia en Historia Constitucional de Colombia*. –*Las reformas inconstitucionales a la Carta de 1886 en Historia Constitucional de Colombia*. –*El sentido constitucional de lo popular y la cláusula republicana en nuestra tradición constitucional en Historia Constitucional de Colombia*. –*Coautor del Transmutación constitucional, activismo judicial y la Constitución viviente en Socialismo Latinoamericano*.

de Reforma a la Justicia, realizadas en la ciudad de Bogotá, el 31 de agosto de 2018, en la sede de la Universidad Sergio Arboleda. Como es obvio, a dicha ponencia se le ha hecho los ajustes necesarios para pasar del lenguaje hablado al lenguaje escrito y, además, se le ha incorporado una serie de referencias a fuentes relativas a la inteligencia artificial que, en la dinámica del panel, habría sido demasiado extenso y poco fluido mencionar con prolijidad. Por último, se hacen explícitas, en la parte final del texto, las conclusiones que se hicieron en cada fase del análisis.

Debo empezar por agradecer a la Procuraduría General de la Nación, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a la Universidad Sergio Arboleda, entidades con las cuales siempre tendré especiales vínculos de afecto, por preocuparse de organizar estas jornadas, en las cuales se dio un rol muy importante a la educación y a la formación de los abogados y, dentro de esta materia, trabajada a modo de panel, a la ética en la práctica de los abogados. Esta iniciativa, tan necesaria, es imprescindible en momentos en los que la principal crisis de nuestra profesión y de nuestra sociedad, es una crisis ética. Quiero también dar la bienvenida a todos a esta casa de estudios, que ha sido siempre la mía, primero como estudiante y ahora como profesor, de manera especial, a los estudiantes asistentes, que son quienes dan sentido a la Universidad y en quienes reside la esperanza de revertir el actual estado de cosas.

En vista de que en las exposiciones anteriores se ocuparon de muchos temas relevantes, para evitar el riesgo de repetir lo ya dicho y de cansar al auditorio, considero necesario proponer un análisis diferente al que ya hemos oído. Este análisis se divide en tres grandes cuestiones, a saber: la cuestión de la posibilidad de la enseñanza de la ética, la cuestión de cómo hacer hoy en día una aproximación a la ética profesional del abogado en el contexto colombiano y las conclusiones que se siguen de las dos cuestiones anteriores.

¿Es posible la enseñanza de la ética en el ejercicio de la profesión de abogado?

La posibilidad de la enseñanza de la ética es el punto de enlace con el panel anterior, pues resulta obvio que la respuesta a la pregunta ¿cómo formar a los abogados?, que fue el objeto del primer panel, es relevante para la cuestión de ¿cómo tener ética en la práctica de la profesión?, que

es la sujeta materia del segundo panel. Se trata de un asunto complejo, que además de inevitable, es fundamental. Dado que en la actualidad soy profesor de Deontología Jurídica, la cátedra que pretende ocuparse de ambas tareas, considero ineludible la cuestión de la posibilidad de enseñar la ética profesional a los abogados, y encuentro en ella un desafío comprometedor.

No resulta fácil habérselas con el problema filosófico que subyace bajo la cuestión de si la ética se puede enseñar. Como ocurre con muchos problemas filosóficos, de él ya se ocuparon los clásicos, fieles a su preocupación humanista. En efecto, en la antigüedad clásica, en la ciudad de Atenas, se llegaron a plantear dos hipótesis de respuesta al problema: ¿se puede enseñar la virtud? La primera es la de los sofistas, que se presentan como maestros de la virtud, lo que implica, de manera necesaria, que la virtud sí se puede enseñar. Esta hipótesis será criticada con dureza por Platón en *Protágoras o los sofistas*, y en *El Menón o de la virtud*, e incluso será objeto de escarnio por el comediante Aristófanes en *Las Nubes*. La segunda hipótesis de respuesta, dada por Platón en el referido Menón es que la virtud no se puede enseñar.

Si la virtud no se puede enseñar no hay dificultad para comprender la terrible situación de que una madre virtuosa, que ama profundamente a su hijo, no pueda lograr que él también lo sea. Esto también les ocurre a las universidades, a pesar de preocuparse y de ocuparse por la ética, e incluso de impartir la asignatura de deontología jurídica u otra semejante, pueden sufrir la desgracia de que sus egresados y graduados se comporten de un modo alejado a la ética.

Ante la conducta no virtuosa de los abogados, cuya evidencia es innegable, en las universidades que se preocupan y ocupan por la ética, la sensación es de perplejidad y de decepción. La evidencia empírica parece demostrar que o bien la ética profesional no es enseñable a todos, o bien que el modo en el cual se enseña no es el adecuado. Ante la perplejidad, creo que es necesario hacer dos propuestas: la primera en torno a la enseñanza misma y la segunda respecto de su método.

Aún si la ética profesional no se puede enseñar, con el método de la cátedra magistral, de ello no se sigue que la cátedra de deontología jurídica no sea necesaria. Más que un escenario de transmisión de conocimientos,

la cátedra es, y no puede ser de otro modo en la universidad, un escenario para ejercer el pensamiento crítico, para cuestionar y para cuestionarse. Si bien no se puede enseñar a otro a comportarse bien, sí se puede enseñar a obrar de manera crítica, a comprender las opciones vitales y a valorarlas, para obrar de manera consciente y libre. La teoría de los valores, puesta en valor por Scheller y, en castellano, por García-Máynez, además de poderse enseñar y aprender, es un insumo insustituible al momento de decidir la conducta a realizar. Como ya lo han dicho varios expositores antes, la ética no puede confinarse solo a una clase, sino que tiene que ser un asunto central en todas las clases e incluso fuera de ellas, porque se trata de un modo de vivir o, como sostiene Singer, un modo de vivir mejor. Vista así la cuestión, existen algunos elementos, que se tratarán en la sección siguiente, en la parte dedicada a la ética profesional, que trascienden al método tradicional de enseñanza de la ética para incidir en la práctica de los abogados. Me refiero al ejemplo, al mérito y a la *sophrosyne*.

Aproximación a la ética profesional del abogado en el contexto colombiano

La tradicional aproximación a la ética profesional del abogado en nuestro contexto, tiene tres rasgos que merecen repensarse de manera crítica. El primero es el dar por sentado que la ética es necesaria, porque el ser humano es necesario en el ejercicio de la profesión de abogado, lo cual no es hoy en día algo obvio, sino algo que amerita una justificación especial. El segundo es asumir que la ética profesional es una parcela independiente de la ética y que los abogados, un grupo social distinguible, en términos éticos de la sociedad, lo cual en realidad carece de fundamento y de sentido. Lo tercero es pensar que la ética profesional es un asunto de una ley disciplinaria y que se trata de evitar castigos o de imponerlos, lo que invisibiliza asuntos que son relevantes para la ética, pero que no están contenidos en leyes, así sean estas disciplinarias.

Necesidad de la ética

¿Por qué es necesaria la ética? Para responder la pregunta quiero hacer una acotación, para ponernos en las circunstancias del mundo de hoy. Hay

un desafío sobre el que se habla poco y creo que puede ser considerado como una vía de solución, me refiero a la tecnología. La tecnología actual cuenta con inteligencia artificial, que según libros recientes, como el de Rodríguez, tendrá un impacto que será mayor al que en su tiempo tuvo la electricidad o el fuego. La inteligencia artificial estará en el centro de los grandes temas de la humanidad, entre ellos de la justicia, e incluso ya lo está, pues de hecho hay muchos oficios humanos que los hacen más eficientemente, mejor, las máquinas. Y hasta donde sé, todavía es incipiente la discusión, cuando se trata de robots y de máquinas, sobre problemas éticos en sus ejercicios prácticos. En esta materia vale la pena destacar una obra muy reciente, pionera en la materia: *Ética para máquinas* de Latorre.

Los estudios sobre inteligencia artificial, cada vez más numerosos, tienen diverso grado de profundidad. Entre ellos, además del libro de Rodríguez, se pueden encontrar ya revistas enteras dedicadas a la inteligencia artificial, como *El correo* de la Unesco y, a la par, estudios centrados en la relación entre la inteligencia artificial y la disciplina jurídica, como los de Caro, Torres, Díaz-Limón, Samacá, Coddou y Lancho.

También son numerosos los desarrollos de la inteligencia artificial en materia jurídica y, en especial, en cuanto atañe a la actividad judicial. Entre estos últimos merecen destacarse dos puntuales: (i) el algoritmo *COMPAS* creado por Equivant, que según la noticia publicada por el *New York Times* el 1 de mayo de 2017, y comentada por Dans, fue usado para calcular la probabilidad de reincidencia de un acusado; y (ii) el proyecto *CONACYT*, desarrollado en por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, para diseñar un sistema experto que apoye a los jueces en la toma de decisiones, como refiere el portal *Universia* y como explica más en detalle su gestor, Cáceres.

A partir de esta profusión de estudios no sorprende que algunas personas se cuestionen si la inteligencia artificial puede reemplazar a los jueces. Así se hace, por ejemplo, en dos periódicos y en un artículo científico.

El primer artículo, que aparece firmado por V. Moreno, pregunta “¿Puede la inteligencia artificial sustituir al juez en un tribunal?”, a partir de los progresos en desarrollo de algoritmos logrados por investigadores de la Universidad College London, la Universidad de Sheffield y la Universidad de

Pensilvania. La respuesta, si bien no es concluyente, además de destacar el alto porcentaje de acierto del algoritmo al predecir los resultados de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es del 79 %, destaca que, al menos en el contexto español, la inteligencia artificial podría aplicarse en asuntos de infracciones económicas, competencia desleal, justicia fiscal (temas contables), justicia civil (deudas, multas, seguros) y en marcas y patentes.

El segundo artículo, de autoría de Felipe Muñoz Levasier, pregunta “¿Reemplazará la inteligencia artificial a los jueces?”, sobre la base de predicciones como la de Mckinsey y la OIT, según las cuales en el año 2050 más de la mitad de los trabajos serán automatizados, sobre la base de que la inteligencia artificial ya hace algunas tareas de los abogados y sobre la innegable capacidad predictiva de los algoritmos (al 79 % de acierto frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, agrega un 71 % de acierto frente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos). La respuesta es que, si bien la inteligencia artificial todavía no reemplazará al juez, sí es ya un sistema de apoyo necesario para tomar decisiones. Respecto a sí lo hará en el futuro, considera que la pregunta está abierta y que su respuesta es incierta.

El artículo científico, obra de Fernando de Trazengnies, pregunta “¿Seguirán existiendo jueces en el futuro?”, al considerar los numerosos y valiosos avances que han tenido los “sistemas expertos”, que es como se denomina técnicamente a las aplicaciones de la inteligencia artificial en materia jurídica. La respuesta se formula en términos dobles: “es tan absurdo pretender que una máquina puede resolver los problemas fundamentales del hombre... como creer que la moderna tecnología no puede ayudar al hombre en resolver tales problemas”.

A estas alturas no será una sorpresa el que algunos ingenieros propongan, ingeniosos como son ellos, que la aplicación de la tecnología de la inteligencia artificial a la justicia puede eliminar de la justicia los problemas éticos, sobre todo si se concreta en este ámbito el paso de los sistemas expertos a las redes neuronales. Esta propuesta no es en modo alguno absurda, si se puede lograr reemplazar al juez por la inteligencia artificial, asunto que está todavía en controversia. No se vislumbran, aún, objeciones a aceptar que las máquinas no tendrían ningún reparo ético, pues las

máquinas no tienen, para bien o para mal, ni virtudes ni vicios, aunque sí pueden ser permeables a sesgos, ya que su principal cometido es realizar sus tareas de manera eficiente.

Esto nos plantea un primer desafío porque, como lo advertía el Rector en la parte inicial de estas jornadas y lo confirma la revisión de la literatura científica pertinente, el derecho no puede estar divorciado de la tecnología. La tecnología existe. La tecnología amenaza con desplazarnos, con hacernos inútiles. Por eso, merece la pena plantear la siguiente cuestión: ¿en la justicia será indispensable el hombre o, en algún momento, el hombre sobrá también en la justicia? Dicen los futurólogos, como Moreno, que en pocas décadas los seres humanos volveremos a los tiempos de la antigua Atenas. Lo único que vamos a tener es el ocio, porque en materia de negocios y actividades productivas, en el sentido económico, las máquinas serán mejores. Lo que para muchos puede ser una pesadilla: no tener nada que hacer, ser libre de repente, como lo saben algunas personas pensionadas o a punto de pensionarse, cuando se preguntan cómo sobrellevar sus días, será un asunto real para todos, con independencia de nuestra edad y, lo más delicado, con independencia de si tenemos o no una pensión. De ahí que figuras como la renta mínima universal hayan tomado tanto protagonismo en el debate contemporáneo.

La respuesta a la pregunta antedicha es: sí, el hombre es necesario en la justicia. Lo es porque la justicia no implica simplemente identificar una norma y aplicarla. Eso lo hace muy bien una máquina, mejor que un hombre. Me parece que la justicia es una disciplina humana, profundamente humana, que no puede hacerse sin seres humanos, como la educación, por fortuna. Si estuviera en una fábrica de vehículos estaría muy preocupado, ya que el oficio de hacerlos y pintarlos pierde su sentido cuando un robot lo hace mejor.

¿Qué es lo humano de la justicia? Me parece que lo más importante del abogado es comprender que en toda sociedad el conflicto es inevitable, y que el abogado es ese ser, dentro de la sociedad, que hace posible resolver el conflicto de manera pacífica. Así que cada vez que se habla de paz, en lugar de hablar de acuerdos o de cesación de hostilidades, de lo que hay que hablar es de justicia. Sin justicia no hay paz.

La justicia es la garantía de la paz, porque cuando alguien siente que la justicia no funciona, siempre está la tentación de acudir a otras vías. Lo voy a ilustrar con un ejemplo del proceso ejecutivo. Si el proceso ejecutivo no funciona, surgen las llamadas “oficinas de cobro”, que son organizaciones criminales eficacísimas, a las cuales ningún deudor les va a decir que no les paga. Ese deterioro social lo marca una justicia que no opera. El punto humano de la justicia es que las personas necesitan ser oídas por alguien que sea como ellas, que sienta como ellas, que sufra como ellas, que las comprenda, y esa es una incomunicación con las máquinas al día de hoy, pues todavía no hay desarrollos visibles en emoción artificial o en empatía artificial.

Una máquina puede resolver sus problemas, puede dar opciones hermenéuticas, puede suministrar los elementos necesarios para tomar una decisión, e incluso puede predecir las decisiones con porcentajes muy altos de acierto, pero no puede comprender integralmente a las personas y a sus circunstancias. Esto es algo que solo pueden hacer los seres humanos. Así que, quizás, el valor más valioso del ser humano, encarnado en el juez de primera instancia, es el ser la cara de la justicia para la sociedad. Por eso este juez debería ser la prioridad de cualquier reforma. No es tan importante el magistrado de cierre, que está ya al final del camino, ni siquiera el magistrado del tribunal, que aparece en una fase intermedia. El más importante es el juez, porque es él quien recibe a la gente, recibe sus dramas, los sufre, los vive. En la tutela, que ciertamente se ha desbordado, quizá lo más bonito es ver como los seres humanos sufren y alguien puede tomar nota de su sufrimiento, comprenderlo y hacer lo que puede hacer un juez, que no es tampoco tanto como se cree, para ponerle remedio a ese drama. Por eso la ética es necesaria, porque el ser humano es necesario en la justicia.

Sentido y alcance de la ética

Siendo, como es, necesario, el ser humano, corresponde ocuparse de una segunda pregunta: ¿qué tipo de ser humano es el que le interesa a la justicia? En esto creo que, volviendo un poco a lo que ya se dijo, obviamente debe ser alguien que domine la ciencia, para eso están las universidades, claro que tiene que ser un científico; no basta con ser un científico, también tiene que dominar la técnica, todo tiene un modo de hacerse, pero eso

tampoco es suficiente; me atrevería a agregar otras dos cosas al abogado: la primera es que también debe dominar su arte, el ejercicio de nuestra profesión no es solo ciencia y técnica, es también un arte, el arte de escribir, el arte de hablar, el arte de oír, el arte de comprender; y, lo más importante lo dejo para el final, la ética, pero voy a plantearlo de otro modo. La ética no es un asunto de abogados, es un asunto de todo ser humano y creo que esto es lo primero que debe decirse. Me parece bien enfocar la cuestión en los abogados, siempre y cuando no se olvide que antes que abogados hablamos de seres humanos que hacen parte de una sociedad, al punto de que no ganaríamos nada si tenemos abogados éticos y sociedades corruptas. En el fondo me parece que el problema hay que enfocarlo así. Los abogados son, en buena parte, lo que sus sociedades reclaman de ellos.

En un libro dedicado a la reflexión sobre este asunto: *Ética profesional del abogado. Principios generales y comentario al Nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile*, publicado por la Universidad de Los Andes de Chile, que me remitió el Doctor Fernando Velásquez Velásquez, el primer capítulo, escrito por García-Huidrobo, tiene un título muy provocador: *El abogado no es un lobo para el hombre*. Sobre la necesidad de una ética jurídica, título que, para evitar asociar al abogado, así sea etimológicamente, con el lupanar, prefiero convertir en un vocablo canino en la siguiente expresión: *El abogado no es un perro de presa para el hombre*. Advierto que no creo que el abogado sea un perro y tampoco creo que sea de presa. Sin embargo, las sociedades a veces piensan que los abogados son gente que debe producir miedo. De hecho, es una verdadera amenaza decir “se las verá con mis abogados”.

Parece que el abogado, en términos sociales, tiene capacidad intimidatoria. Nadie que no sea abogado, si puede, quiere estar rodeado de abogados. En torno de los abogados hay miedo y humor vejatorio. Son miles los chistes sobre abogados. Por algo debe ser. Casi todos los chistes hablan mal de los abogados, como gente peligrosa, gente capaz de hacer mucho daño, gente no confiable. Esa imagen social no es solo responsabilidad de los abogados, es fundamentalmente responsabilidad de la sociedad en la que viven, porque el cliente del abogado espera que su abogado sea un verdadero perro de presa con los demás, aunque al mismo tiempo le parece injustísimo que sea así con él.

Cuando se tiene a alguien por un perro de presa, se debe prever la posibilidad de que el perro de presa muerda al dueño. En esta visión reside el error, pues el abogado no está al servicio de las pasiones humanas y menos aún de las bajas pasiones. El abogado, a pesar de servir a su cliente, debe ser independiente del cliente.

El juez, a pesar de servir al Estado, debe ser independiente de los órganos del Estado y debe tener una cosa que es muy escasa en la vida, lamentablemente, carácter. Debe saber decir y poder decir lo que piensa, sin miedo. Esto lleva a un problema que ya no es ni siquiera científico, ni artístico, ni técnico, ni ético, a un problema de personalidad. Los abogados necesitan, y en no todas las profesiones esto es indispensable, tener una personalidad sólida, fuerte, formada. Puede que el juez se equivoque, pero lo peor es que anule su personalidad para acertar. El acierto o el error existen, están todos los días, lo que si no puede estar es un carácter doble, un carácter medroso.

Como es un producto social, creo que hay que ampliar la cuestión, la ética debe ser social. Es muy fácil hablar mal del abogado y del juez, pero ¿por qué no hablamos mal del cliente que entrega el dinero para el soborno?, o ¿por qué no hablamos mal del empresario que cree que hay que estimular a los jueces para que hagan lo que deben?, o ¿por qué no hablamos mal del periodista que incide en la tarea del juez hasta acorralarlo, acosarlo y forzarlo a tomar una decisión que satisfaga a la opinión, así ella no sea la que corresponde en justicia?

La ética es un problema social, no solo un problema de los abogados. El dictamen no puede ser exclusivo de los abogados, sino que debe ser sobre los abogados y la sociedad. Las carencias de unos y de otra, son los que determinan la grave crisis en la que estamos inmersos. Crisis que no podemos superar si solo atendemos una parte del problema: la de los abogados, y dejamos a su suerte la otra parte: la sociedad. Nada ganamos con centrarnos solo en los abogados, si omitimos ocuparnos también de la sociedad.

Ética profesional

El sentido de la deontología jurídica, como ya había señalado antes, trasciende a otros puntos diferentes a la cátedra. Estos puntos son, a mi modo de ver, tres: el ejemplo, el mérito y la *sophrosyne*.

a) El ejemplo

Uno de los más graves problemas que tiene la justicia en Colombia es el problema del ejemplo. Sin hacer alusiones personales, debo decir que un país está muy mal cuando sus máximos jueces están involucrados en procesos penales, en calidad de inculpados de delitos. Está muy mal cuando sus máximas cortes están rodeadas de rumores, y de algo más que rumores, que cuestionan su ética. Y está mucho peor cuando todos los días nos parece cada vez más normal, que eso sea así. En lugar de escandalizarnos como deberíamos, de rechazar siempre la más mínima duda sobre la justicia, parece que ya lo asumimos como un asunto de todos los días, y eso mina el ejemplo.

¿Qué puede pensar un juez municipal, que trata de hacer su mejor esfuerzo para comportarse bien, si encuentra que la máxima jerarquía de su jurisdicción está controvertida por sus actos? No estoy diciendo que este sea un estímulo para obrar mal, pero no hay nada de lo que los antiguos llamaban autoridad, porque la autoridad no es simplemente poder fáctico, la autoridad la da el comportamiento correcto. Cuando usted no se comporta bien, pues pierde la autoridad. Y ese tipo de autoridad es la que habría que buscar en la ética y en la justicia. Empecemos entonces por eso, por revisar qué ejemplo es el que damos. No solo los jueces, no solo los abogados, también los profesores, también los estudiantes.

b) El mérito

Un segundo problema, que es también muy importante y que acaba de tocar el señor Procurador, es el del mérito. Si la gente actúa bien y le va mal; si hace lo correcto y no se le reconoce lo que hace; si se comporta respetando a los demás y es atropellado; al final dice: no es muy buena idea obrar bien, el crimen sí paga. Y cuando el crimen sí paga, pues por qué comportarme bien. El tema del mérito es también muy importante, el mérito en todos los procesos de elección de jueces, en los procesos de selección de profesores, en los procesos de evaluación de estudiantes. Para bien o para mal, todos debemos cada día mostrar nuestros méritos y demostrarlos. No basta con considerar que soy amigo de alguien o no soy amigo. No, la amistad es muy importante, pero en la justicia lo que debe prevalecer es el mérito, como lo dice la propia Constitución, al establecer

el principio del mérito que, en buena hora ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como uno de sus principios definitorios en las Sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012.

c) *Sophrosyne* (σωφροσύνη)

Finalmente, en esto de la ética aplicada, además del ejemplo y además del mérito, creo que es hora de recuperar una virtud griega, que luego fue asumida por los romanos y que debe llegar hasta hoy. Para hacerlo voy a evocar a mi antecesor en la clase de deontología jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a mi gran maestro en la materia, que me enseñó tanto con lo que dijo, pero mucho más con su ejemplo, al Doctor Jorge Vélez García, que fue Presidente de la Academia, que fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que fue Decano de la Universidad y que fue un maestro inolvidable, del que se pueden decir muchas cosas, y en mora estoy de hacerlo, pero sobre todo debe decirse que fue una persona proba. Inspirado por su obra: *Derecho y valores* (1999), me refiero a *sophrosyne*, la virtud griega de la discreción, autocontención, moderación.

Si hay algo alejado al ejercicio de la profesión de abogado es la estridencia, la vanidad, el ego. Este oficio es, en sí mismo, suficientemente valioso. El abogado es alguien que tiene todos los días el honor de servirle a los demás, el honor de contribuir a resolver sus conflictos. En sí mismo es un honor tan grande que no hay que agregarle más, no es necesario más. Por eso, cuando terminamos la formación en décimo semestre, lo que les digo a mis discípulos es: ustedes tienen un gran honor, no lo piensen en términos de cómo se lo compensan, de los honorarios, piensen que socialmente son un agente de civilización y de convivencia.

Los abogados no son un mal social, como algunos los pintan. Al contrario, los abogados son la oportunidad que tiene la sociedad de vivir en paz y de resolver sus problemas. Eso los romanos lo llamaron *sobrietas*. Yo quisiera traerlo ahora con una palabra que me parece clave para hablar de ética: probidad. Un abogado no solamente tiene que ver mucho con la ética, como tiene que ver todo ser humano. Un abogado no puede serlo si no es ético.

El *Código Disciplinario del Abogado*, a mi modo de ver, incurre en un grave error al separar al abogado, como profesional, de la persona. Este

divorcio, esta escisión, que en mala hora se planteó, nos lleva a una antinomia: al mismo tiempo se puede ser muy mala persona, pero muy buen profesional. Esto es una mentira mayúscula. El ejemplo que suelo dar para poner en evidencia el sin sentido de esta afirmación es: si usted en su casa golpea a su esposa y a sus hijos, luego no puede ponerse la toga y hacer de juez de familia, como si no hubiera pasado nada. Pues no. Carece de *auctoritas*.

Puede haber dificultades con el principio de la intimidad, pero quien golpea a la esposa no puede ser juez de familia, no tiene ninguna autoridad, no en términos de poder, sino autoridad en términos éticos. Y eso creo que es lo que está fallando: la inexistencia de autoridad ética, producto de este divorcio.

En otros ordenamientos, como el norteamericano, que se usa tanto como ejemplo; las barras, para admitir a un miembro, no solamente miran su competencia científica, técnica, e incluso artística, hacen un juicio que se podría traducir como una prueba de idoneidad ética. Un buen científico, un gran conocedor de la técnica, e incluso un consumado artista, si no tiene idoneidad ética no puede ejercer la profesión. Eso hace que la profesión sea respetable.

En la medida en que se admita comportamientos no éticos, la profesión será cada vez menos respetable, menos respetada y la sociedad funcionará igualmente menos organizada en términos éticos. Si los abogados hacen lo que quieren y si los jueces hacen lo que quieren, ¿por qué los demás no?

Conclusiones

La ética no se puede enseñar en una cátedra, sino que se construye a partir de múltiples elementos, entre ellos la educación, el ejemplo, el mérito y la *sophrosyne*. Esto no implica que la cátedra sea innecesaria o redundante, pues la reflexión sobre problemas éticos hace parte de un proceso de formación crítico, que de un lugar adecuado al pensamiento y a las decisiones conscientes.

La ética en la justicia es necesaria, porque el hombre es necesario. Si bien la inteligencia artificial y, en general, la tecnología, puede y debe contri-

buir a la tarea sublime de administrar justicia, en este ejercicio el ser humano es imprescindible. Y este ser humano debe ser ético.

La ética no puede pensarse en términos reducidos, como un asunto que compete solo a los abogados. Necesita pensarse en términos más amplios: como un asunto tanto de los abogados como de las sociedades en las cuales viven y a las cuales sirven.

La ética profesional requiere de ejemplo, mérito y *sophrosyne*. Al ser una disciplina práctica, no es suficiente lo que se dice, ni lo que se argumenta. Pesa más lo que se hace.

La crisis ética que vivimos es tan profunda que las medidas normativas no son suficientes para resolverla. Si bien puede ser útil cambiar las normas, entre otras razones, para superar la escisión entre la persona y el profesional, lo más importante es recuperar la autoridad en términos éticos, que no es un asunto de mero poder, sino de ser capaz de vivir con ética y de ser tan exigente consigo mismo, como se puede ser con los demás.

Referencias bibliográficas

ARISTÓFANES. *Las Nubes*, en *Las nubes; Lisístrata; Dinero*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.

CARO MARTÍNEZ, Marta. Sistemas de recomendación basados en Técnicas de predicción de enlaces para jueces en línea, en: <https://eprints.ucm.es/43975/1/Sistemas%20de%20Recomendaci%C3%B3n%20basados%20en%20t%C3%A9cnicas%20de%20predicci%C3%B3n%20de%20enlaces%20para%20jueces%20en%20l%C3%ADnea%20-%20Marta%20Caro%20Mart%C3%ADnez.pdf>

CÁCERES, Enrique. *Inteligencia artificial, derecho y E-justice (El proyecto IJ-CONAACYT)*, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n116/v39n116a12.pdf>

CODDOU MANUS, Alberto. *Conversaciones entre la inteligencia artificial y el derecho*, en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-coddou_a/pdfAmont/de-coddou_a.pdf

Corte Constitucional, Sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012.

DANS, Enrique. en <https://www.enriquedans.com/2017/05/justicia-robotica.html>

- DÍAZ-LIMÓN, Jaime Alberto. Daddy's Car: La Inteligencia Artificial como Herramienta Facilitadora de Derechos de Autor, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4779/5606>
- GARCÍA-HUIDROBO, Joaquín. El abogado no es un lobo para el hombre. Sobre la necesidad de una ética jurídica, en *Ética profesional del abogado. Principios generales y comentario al Nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile*, Ed. Sebastián Contreras y Alejandro Miranda, Universidad de Los Andes de Chile, 2013.
- GARCÍA-MÁYNEZ, Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética forma. Ética valorativa, México, Fondo de Cultura Económica, Vigésimo quinta edición, 1985.
- LANCHO PEDRERA, Francisco. Los sistemas expertos en el derecho, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN-e 0213-988X, N° 21, 2003, pp. 629-636.
- LATORRE, José Ignacio. *Ética para máquinas*, Barcelona, Ariel, 2019.
- New York Times, https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html?_r=0
- MORENO, V. ¿Puede la inteligencia artificial sustituir a un juez en un tribunal?, en *Periódico Expansión*, edición del 3 de noviembre de 2016, en: <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/11/EXP03NOMAD-Nacional-Juridico-pag-33.pdf>
- MUÑOZ LEVASIER, Felipe. ¿Reemplazará la inteligencia artificial a los jueces?, en *Diario DPI*, edición del 1 de noviembre, en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/10/Levasier-Sup-Derecho-y-Tecnologia-1.11.pdf>
- PLATON. Protágoras o los sofistas, en *Diálogos*, México, Porrúa, 2001 y *El Menón o de la virtud*, en *Diálogos*, México, Porrúa, 2001.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pablo. *Inteligencia artificial. Cómo cambiará el mundo (y tu vida)*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2018.
- SAMÁCA GONZÁLEZ, Andrés Fernando. *Inteligencia artificial aplicada al derecho*, en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9376/Samacaandres2016.pdf?sequence=1>
- SCHELLER, Max. *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Madrid, Revista de Occidente, 1941.

SINGER, Peter. *Ética para vivir mejor*, Barcelona, Ariel, 1995.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales, en *Pensamiento Americano* Vol. 10, No. 19, en: https://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/viewFile/480/pdf_47

TRAZENGNIES, Fernando de, ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial, en *Revista Ius et Veritas* No. 47, diciembre de 2013, p. 47 y ss., en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11938/12506>

Universia, en: <http://noticias.universia.net.mx/ciencia-nn-tt/noticia/2005/09/02/87306/desarrollan-sistema-inteligencia-artificial-apoyar-jueces.html>

Varios autores, *Inteligencia artificial. Promesas y amenazas*, en *El correo de la Unesco*, julio-septiembre, en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002652/265211s.pdf>

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Derecho y valores. Introducción a la ética de la praxis jurídica*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999.

¿DEBE PREVALECER LO CIENTÍFICO SOBRE LO JURÍDICO?

Horacio Gómez Aristizabal*
Académico de número

Resumen y consideraciones generales: Al iniciar el estudio del Derecho del Procedimiento Penal, lo caracterizamos como el verdadero complemento del Derecho Penal, porque lo actualiza a través de una dinámica especial, y en ello, la prueba penal es lo más trascendente. Por esta razón, no es exagerado afirmar que el Derecho Penal (partes general y especial), para la realización de su objeto y fines, está condicionado en todo a la prueba: de otro modo, no pasaría de ser un conocimiento teórico sin ninguna relevancia práctica.

La prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento¹; de aquélla dependerá el nacimiento del proceso,

* Primer Abogado de la U. Gran Colombia. Más de 50 años ejerciendo profesión. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido condecorado por Venezuela, Bolivia, Argentina, Brasil, China, España, condecoraciones en el Grado de GRAN CRUZ. Profesor de Derecho Penal en la U. Gran Colombia, Santo Tomás y otras instituciones académicas. Ha sido juez, fiscal y conjuez de la Corte Suprema de Justicia -15 años-. Presidente del Centro de Estudios Colombianos, Academia del Pensamiento Conservador y Humanista. Presidente de la Academia Hispanoamericana de Letras y Ciencias. Miembro Numerario de la Sociedad Bolivariana de Colombia y miembro correspondiente Miembro Correspondiente de la Academia Colombia de Historia, entre otras.

¹ El Derecho Civil, el Derecho Administrativo, el Derecho del trabajo, el Derecho Internacional, y en general, todas las ramas del derecho, requieren, para la actualización de sus fines, de un procedimiento determinado en donde la prueba también es fundamental. Naturalmente, existen puntos de contacto entre la prueba penal y la prueba característica de

su desenvolvimiento y la realización de su último fin. Si quienes deben determinar la situación jurídica del probable autor de una conducta o hecho ilícito no se sustentaran en ella para fundar sus determinaciones, éstas carecerían de la fuerza necesaria para su justificación particular y general.

Por las razones expuestas, el estudio de la prueba es obligado; con ese objeto, fijaremos la atención en un conjunto de principios doctrinarios y jurídicos, relacionados con la esencia, operancia, objeto y fines que justifican su existencia en el Derecho de Procedimiento Penal por ende, abarcará las cuestiones siguientes: etimología y concepto, antecedentes históricos, los actos de prueba y su ubicación en la sistemática del Derecho del Procedimiento Penal, sus principios rectores, los elementos de la prueba, sus fines y resultados, los sistemas de apreciación de la prueba, la problemática sobre la llamada “carga de la prueba”, la clasificación y estudio, en particular, de los medios de prueba establecidos en la legislación colombiana.

Palabras clave: Derecho penal, sujeto, delincuente, dolo, averiguación, punitivo, prueba, responsabilidad, testigos, causas, jurídico-material, jurídico-procesal, realidad social, ministerio público, valoración, sentencia.

MUST SCIENCE PREVAIL OVER THE LAW?

Abstract and general considerations: Law, as it maintains the Law up to date through a special dynamic wherein proof is the most significant factor. For this reason, it is no exaggeration to affirm that the purposes of its objectives and ultimate ends, Criminal Law –both in its general and special parts– is entirely

las ramas del derecho citadas; hasta tener presente que, a través de las pruebas, se pretende llegar a conocer la verdad y ésta va dirigida, en términos generales, a quienes intervienen en el proceso. No obstante, existen diferencias: en materia civil, el “actor” está obligado a demostrar su acción y el demandado sus excepciones. En nuestra disciplina, esto no es así; si bien, el Ministerio Público debe fundar su actuación, y hasta se llega a existir que precise con exactitud la acusación para el procesado, no es imperativo e indispensable que demuestre su inocencia, o los aspectos negativos de su declaración, porque el juez no debe estar sujeto a las afirmaciones de las “partes”. De acuerdo con la naturaleza de los asuntos sobre los cuales versa el procedimiento penal y el proceso civil, las pruebas son de naturaleza distinta; por ello, producen efectos diferentes en uno y otro proceso, como, por ejemplo, la confesión.

En cuanto al tiempo dentro del cual deben presentarse pruebas, no se da un término tan riguroso que precluya como en el ramo civil, porque la verdad material predomina en lo penal. En cambio, la verdad formal alcanza básica operancia en el proceso civil; piénsese, por ejemplo, que en materia civil se fija un plazo determinado para contestar la demanda, y si no se hace en esa forma, se declara confeso al demandado, situación que no podría darse en lo penal, porque no es posible el enjuiciamiento de persona alguna, si no comparece ante el juez.

conditioned on proof. Otherwise, it would not go beyond theoretical knowledge with no practical relevance.

Proof is the fundamental factor upon which all Procedure gravitates; upon it will depend the genesis of the process, its development, and the achievement of its ultimate end. If those that must determine the legal situation of the probable perpetrator of an illegal act or conduct were not to base themselves on the proof in order to support their determination, it would lack the strength necessary to sustain its reasoning – both general and particular.

For these reasons, the study of proof is a must; to that end, we will focus on a set of doctrinal and juridical principles related to the essence, activities, objectives and ends that justify its existence in Criminal Procedural Law. Accordingly, it will include the following matters: etymology and concept; historical background; acts that constitute proof and their place in the system of Criminal Procedure. Also, its governing principles, elements of proof, its objectives and results; systems for assessment of the proof; the problems over the so called “burden of proof;” and in particular, the classification and analysis of the methods of proof established in Colombian Law.

Key words: Criminal Law; subject; delinquent; malice; willful intent; investigation; punitive; proof; burden; witnesses; causes; material law; procedural law; social reality; prosecution; assessment; valuation; sentence.

Etimología y concepto

Antes de emitir un concepto sobre la prueba, es conveniente recordar que, etimológicamente, viene de *probandum*, cuya traducción es patentizar, hacer fe; criterio derivado del viejo Derecho español².

Prueba del adverbio *probe*, significa: honradamente, porque se piensa que toda persona, al probar algo, se conduce con honradez³.

Gramaticalmente, es un sustantivo que alude a la acción de probar, es decir, a la demostración de que existió la conducta o hecho concreto; origen de la relación jurídica –material de Derecho Penal, y luego, de la relación jurídico– procesal.

² En *Las Partidas* se consideró prueba a los elementos de convicción, necesarios para demostrar lo que se pretendía en un asunto sometido a los tribunales. (Parte tercera, Ley I, Título XIV).

³ ARENAS, Antonio Vicente. *Proceso Penal*, Temis, 1978

Antonio Vicente Arenas, al estudiar el tema en cuestión, señala: “En el lenguaje jurídico la palabra ‘prueba’ tiene varios significados. Efectivamente, no solo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, o cosa; sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo”⁴.

Ahora bien, tomando en cuenta los aspectos generales antes consignados, prueba es, *todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.*

Antecedentes históricos

Históricamente, la prueba penal ha sufrido una notable transformación, especialmente cuando el procedimiento penal logró independizarse del proceso civil; es factible afirmar que el progreso científico y la ideología predominante, en un momento y lugar determinados, han sido factores definitivos para fijar el género de prueba más a tono con la realidad social.

En Roma, durante la República, en las causas criminales el pueblo dictaba sentencia influenciado por el cargo o autoridad del sujeto, o por los servicios políticos prestados. Naturalmente, se atendía a algunos medios de prueba, como: los testimonios emitidos por los *laudatores* (quienes entre otros aspectos, deponían cerca del “buen nombre del acusado”), la confesión y el examen de documentos. Debido a la ausencia de reglas precisas en materia de prueba, propiamente no se hacía un examen jurídico de la misma, por no existir separación entre los aspectos de hecho y de derecho de esta disciplina.

En las *questiones perpetuas*, los tribunales aceptaban el resultado del tormento aplicado al acusado y, a pesar de la existencia de algunas normas (especialmente tratándose de los testigos), siguieron resolviendo los procesos conforme a los dictados de su conciencia.

Durante el Imperio cayeron en desuso los tribunales populares, los jueces apreciaban los medios de prueba establecidos por las *Constituciones Imperiales*; acatando algunas reglas concernientes a su aceptación, rechazo y trámite.

⁴ Ob. Cit.

Aunque en el antiguo (Derecho español, legislaciones como el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla*, el *Fuero Real*, la *Nueva Novísima Recopilación* y otras más, prestaron considerable atención a las pruebas, no establecieron, propiamente, un sistema.

Los actos de prueba y su ubicación en la sistemática del Derecho de Procedimiento Penal

En el Derecho de Procedimiento Penal la dinámica de la prueba se manifiesta en actividades específicas llamadas “actos de prueba”.

Durante la averiguación previa, intervienen: el denunciante, el querellante o su legítimo representante, el Ministerio Público, el indiciado, algunos terceros, como los testigos y los peritos, y otros más, un tanto ajeno a la averiguación, cuyos informes o certificaciones son necesarios para complementarla; y aún, la autoridad judicial, cuando ordena la práctica de un trámite a solicitud del Ministerio Público.

En términos generales, la sola interposición de la denuncia o la querrela constituye un acto de prueba; también el dictamen de peritos, el testimonio y las diversas diligencias practicadas por el funcionario de Policía Judicial (inspección, levantamiento de cadáver; fe de lesiones, de objetos, de daños, etc.).

Todo lo mencionado facilita al Ministerio Público el fundamento jurídico para sus determinaciones; es decir, perseguirá el delito cuando los elementos probatorios le proporcionen un índice considerable de verdad; de lo contrario, desvirtuará sus funciones. Por ello, las probanzas recabadas son el medio indicado para justificar su postura legal, ya sea ejercitando la acción penal o, en su defecto, haciendo cesar todo acto lesivo a los derechos humanos jurídicamente protegidos.

En la instrucción, los actos de prueba gravitan en los sujetos de la relación procesal (Ministerio Público, procesado, defensor, ofendido, testigos, etc.); los actos de uno, son, a la vez, el origen y base en donde se sustentan los de los otros intervinientes.

De lo expuesto se colige que la prueba, en principio, está dirigida al órgano jurisdiccional, en razón de ser éste el encargado de dictar las resoluciones necesarias para el desarrollo del proceso (orden de aprehensión, auto

de formal prisión, etc.), y, sobre todo la sentencia. No obstante, visto en conjunto el procedimiento en la averiguación previa, las pruebas proporcionan al Ministerio Público apoyo en el material probatorio de la defensa, promoverá otros, e indudablemente, para justificar su posición jurídica, al formular con el fundamento legal para provocar la jurisdicción; más tarde, con conclusiones realizará las probanzas acumuladas a lo largo del proceso.

Con el procesado y el defensor ocurre algo similar; parten siempre de las pruebas presentadas por el Ministerio Público, para aportar las suyas. También a algunos terceros, como los peritos, ira dirigida la prueba; en otra forma, carecerían de base para su actuación.

Explicado lo anterior, es necesario tratar de precisar la ubicación de los actos de prueba dentro de la sistemática del Derecho de Procedimiento Penal. Lo oral es más ágil.

Para Martínez Rave, ¿deberá estudiarse en la etapa llamada averiguación previa? ¿O, por el contrario, en la instrucción? Lo oral simplifica.

El procesalista Martínez Rave opina: “El estudio de la prueba debe llevarse a cabo en la instrucción, ya que durante élla debe comprobarse el delito con sus circunstancias y modalidades, el grado de responsabilidad plenamente, la personalidad del procesado en todos sus aspectos y el daño causado; de aquí que no sea exagerado asegurar que ocuparse del estudio de tal parte de la instrucción, es tanto como ocuparse del estudio de las pruebas”⁵.

En cuanto a la ubicación del tema, compartimos la opinión del autor citado, en las argumentaciones que esgrime. La prueba penal nace en el momento mismo en que suceden los hechos, en consecuencia, opera desde la averiguación previa, etapa procedimental, en la cual, el funcionario de policía judicial lleva a cabo la recolección de todo elemento que le conduzca al conocimiento del delito y de la presunta responsabilidad. Más tarde, continúa en la instrucción, en segunda instancia; y aún prosigue, en algunas ocasiones, en la ejecución de la sentencia, independientemente de que, con ello, no se persigan los fines antes señalados, sino otros de importancia singular para el sentenciado (condena condicional, casa—

⁵ MARTÍNEZ, Rave, Gilberto. Procesal Penal. Temis, 2006. Edición Décimo Tercera.

cárcel, libertad preparatoria). En sistema de enjuiciamiento, distintos al nuestro (sin una fase de averiguación previa a cargo de un órgano específico como el Ministerio Público) sea correcto ubicar los actos de prueba únicamente en audiencia, en donde cobran realidad ante la presencia del juez. No obstante lo señalado, –la inmediación– adviértase que, si bien en la primera etapa de la instrucción, pueden darse actos de prueba (inspección, examen de testigos, etc.), en la audiencia se cuenta con mayor oportunidad para desahogar el material probatorio; es más, como ya se han fijado los hechos fundamentales, *tema del proceso*, podrán aportarse algunas probanzas que, por la naturaleza de los hechos, hasta antes de ese momento hubieran sido inconducentes, y aun cuando la prueba es relevante en todas las etapas procedimentales, alcanza su máximo desarrollo en la audiencia de la instrucción, la cual permite que aquélla produzca todas sus manifestaciones y efectos sobre el tema central del proceso.

Principios generales que imperan en materia de prueba

La prueba penal se rige conforme a los principios denominados: presunción del dolo, pertinencia y utilidad.

a) Presunción del Dolo. La presunción *juris tantum* de dolo, atañe, al procedimiento penal, y concretamente a la prueba, independientemente de que, en nuestro medio, la parte general del Código Penal la prevea, cuyo texto indica: “La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió violar la ley fuere cual fuere el resultado;
- III. Que creía que la ley era injusta o que era moralmente lícito violarla;
- IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

- V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y
- VI. Que obró con el consentimiento del ofendido”.

Ante la conducta o hecho, las diversas hipótesis del precepto en cita obligan al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional a una investigación encaminada a precisar que no hubo dolo. Esto, solo será posible a través de la prueba, razón suficiente para considerar la presunción del dolo como un principio rector de la prueba.

b) Pertinencia. La prueba, cuando es pertinente, se constituye en vehículo apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal. En otros términos, debe ser idónea; de lo contrario, no se llegaría al conocimiento de la verdad, sino al absurdo. Piénsese, por ejemplo, ¿qué objeto tendría en un proceso por el delito de homicidio llamar a un afamado adivinador o hechicero para que precisara las causas productoras de la muerte?... sin duda, sin mayor recato y haciendo gala de una ignorancia supina, manifestaría: *–Todo se debió a que un tercero “le hizo mal de ojo” a la víctima.*

c) Utilidad. La prueba debe ser útil; su empleo se justifica si conduce a lograr lo que se pretende. No debe confundirse la utilidad con la eficacia. No siempre lo útil resulta eficaz a los fines propuestos; empero, como en nuestro medio, la jurisprudencia ordena, en cuanto al procesado, que le sean recibidos los testigos y demás pruebas que ofrezca, la interpretación irracional nos llevaría a concluir que todo lo promovido por aquél (en el orden probatorio) debe ser aceptado.

Objeto de prueba

El objeto de prueba es el *tema probandum*, la cuestión que dio origen a la relación jurídica– material de Derecho Penal. Esto es lo que debe probarse; es decir, que se ejecutó una conducta o hecho encuadrable en algún tipo penal preestablecido (tipicidad), o, en su defecto, la falta de algún elemento (atipicidad), o cualquier otro aspecto de la conducta; cómo ocurrieron los hechos, en dónde, cuándo, por quién y para qué, etc.

En términos generales, el objeto de prueba abarcará la conducta o hecho, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, porque, si la conducta siempre concierne al ser humano, la motivación de aquélla debe buscarse

en las regiones más recónditas del alma. En lo crimina, el juez tiene que esclarecer circunstancias que los sentidos no advierten y que sólo salen del fuero interno. La imputabilidad moral del acusado, la situación de su espíritu en el momento de delinquir, la lucidez de sus facultades intelectuales, la intención perversa y su intensidad; he aquí los objetos sobre los cuales es preciso dirigir los instrumentos de prueba; pero ni ésta podría considerarse comenzada por los medios aplicables en lo común a hechos exteriores, ni adquirirse su certeza sino por vía de inducción”⁶.

En resumen, son objeto de prueba: la conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (probable autor del delito, ofendido, testigos), las cosas (en tanto que en éstas recae el daño, o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito) y, por último, los lugares, porque de su inspección, tal vez se colija algún aspecto o alguna modalidad del delito.

El objeto de prueba es, fundamentalmente: la demostración del delito con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad), la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido. Puede recaer también sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del Derecho Penal (teoría de la ley penal), así como, en el orden negativo, sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias⁷.

⁶ ARENAS, Ob. Cit.

⁷ Tomando como punto de partida la ley penal, advertimos que, aun ésta, en algunos casos, será objeto de prueba; e independientemente de que el juzgador, como docto en Derecho, deba conocerla y aplicarla, cuando se invoca alguna disposición extranjera, será necesario demostrar su existencia.

En cuanto a la doctrina, no basta argumentar determinado criterio científico. Para robustecer el fundamento de una petición, habrá que señalar al autor de aquél y la obra en donde se contiene, para así, de acuerdo con su sentido y autoridad, fijar su operancia. Lo mismo sucede tratándose de la jurisprudencia, aunque, en este caso, se demostrará, si la posición jurídica se funda en uno o más precedentes de los tribunales o en un criterio uniforme (5 ejecutorias), para así derivar el carácter con que se invoca y los efectos jurídicos que puede producir.

Mencionar la interpretación de la ley como objeto de prueba, a simple vista pudiera parecer extraño; sin embargo, como puede servir de fundamento o guía al juzgador el razonamiento interpretativo, en muchas ocasiones deberá demostrarse, por ejemplo: si en la interpretación gramatical se atiende al significado de las palabras que componen el texto legal, se citará la fuente en la que se basa el intérprete para atribuirles determinada connotación.

Órgano de prueba

Órgano de prueba, es la *persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible*.

De los sujetos intervinientes en la relación procesal, son órgano de prueba: el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos. Este carácter no es posible atribuirlo a los órganos jurisdiccionales, al Ministerio Público, a los peritos, pues “el juez conoce del hecho mediatamente, el órgano de prueba lo conoce inmediatamente (por supuesto del hecho del cual es órgano) y, en cuanto al juez, no es órgano y en cuanto órgano no es juez”⁸.

Medios de prueba

El medio de prueba es, *la prueba en sí*. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un órgano que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento.

G. Martínez, hace notar: “no deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aun cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso”⁹.

Aun cuando, en principio, el autor citado está en lo justo, nos parece inútil tal aclaración, porque, actualmente nadie confunde los elementos integrantes del objeto con el objeto mismo; en cuanto a los medios de prueba, no siempre es correcto llamarles “elaboraciones legales”, puesto que el uso de tal calificativo dependerá del sistema probatorio adoptado.

G. Martínez aclara: “el objeto de la prueba es el ‘tema del proceso’ o la verdad histórica concreta por conocerse, el ‘órgano’ de la misma es la persona física que *aporta el conocimiento*, y el ‘medio de prueba’ es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado

⁸ G. MARTÍNEZ, Op. Cit.

⁹ Ob. Cit.

conocimiento”. Consecuentemente, conocer es “individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer el medio de prueba”¹⁰.

Los medios de prueba en la legislación colombiana

En la legislación colombiana, el Código de Procedimiento Penal reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión judicial;
- II. Los documentos públicos y los privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección judicial;
- V. Las declaraciones de testigos, y
- VI. Las presunciones; agrega, “también se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirla.

Sistemas probatorios

Los sistemas probatorios objeto de la doctrina y la legislación, son: *el libre, el tasado y el mixto*.

a) Libre. Tiene su fundamento en el principio de la verdad material; se traduce en la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso y, además, valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos: libertad de medios de prueba y libertad de valoración.

b) Tasado. Este sistema (históricamente llamado “de las pruebas legales”) se sustenta en la verdad formal, dispone solo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración, el juez está sujeto a las reglas prefijadas legalmente.

c) Mixto. Es una combinación de los anteriores: las pruebas las señala la ley; empero, el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba, si a su juicio puede constituirla,

¹⁰ Ob. Cit.

constatando su autenticidad por el camino legal pertinente. En cuanto a su justipreciación, se atiende, para ciertos medios de prueba, a reglas prefijadas; en cambio, para otros, existe libertad.

Los sistemas mencionados convergen en el objeto (medios de prueba y valoración), pero difieren entre sí en cuanto a la dosis de libertad.

Tomando en cuenta la naturaleza y fines del procedimiento penal, lo indicado es el predominio de la prueba libre y la libertad de convicción.

En cuanto al órgano jurisdiccional, teniendo presente que, no es solo un receptor de la prueba, no debe permanecer en forma contemplativa. Si decidirá sobre la situación jurídica planteada, lo indicado es que no tenga dudas, que llegue a la certeza. Por ello, debe investigar por sí mismo; de no ser así, tendría que conformarse con los actos de prueba desarrollados por las partes, con detrimento de la verdad invocada, pues como hace notar Carnelutti, al referirse al sistema de enjuiciamiento europeo, el juez “inquiere por sí mismo, y en ello, no sólo en el período de sumario sino en el plenario o juicio oral, donde como decíamos, predomina la forma acusatoria, pero rige el principio de la investigación de la verdad material que le permite la libre confrontación de las que pudiéramos llamar verdades hipotéticas de las partes, para lograr a base de las mismas, y aun a pesar de ellas, abrirse camino hacia la verdad real única que debe servir de fundamento factico a su fallo”¹¹. Sin embargo, debemos advertir que, dado el sistema nuestro, no debe confundirse la libertad de los medios de prueba, con el principio de la libre convicción del juez o comprobación de la verdad material, que se traduce en el deber del juez, ante la prueba insuficiente, de tomar la iniciativa y allegarse los elementos pertinentes para la comprobación de los hechos.

Un sistema probatorio contrario al libre, fatalmente conduce a la pronunciaci3n de resoluciones injustas por falta del conocimiento indispensable sobre la verdad hist3rica. Para llegar a este conocimiento, es necesaria la iniciativa del juzgador, solicitando pruebas y llevando a cabo la pr3ctica de todas aqu3llas a que vayan dando lugar las ya aportadas.

El conocimiento de la verdad ha sido y seguir3 siendo aspiraci3n incesante de la humanidad. La ansiedad infinita por descorrer el velo del misterio ha

¹¹ CARNELUTTI. Proceso Penal. Fdo. Cul. E. M3xico, 1970.

conducido al hombre a aventurarse hacia lo desconocido, aun a costa de su propia destrucción. Superando en una época las leyes divinas, las morales y hasta las físicas; tal es la naturaleza humana, constructiva y destructiva, complicada y enigmática, pero siempre insaciable en su sed de conocimiento y de dominio. Es muy importante advertir que, al hablar en los términos en que lo hemos hecho, no hemos querido significar que no impere ninguna taxativa legal en cuanto a los medios de prueba y al procedimiento para obtenerlos, pues debido a las manifestaciones ultramodernas no faltan quienes, manifestándose partidarios de sistemas absurdos, pretenden, so pretexto de la búsqueda de la verdad, desconocer al hombre mismo como sujeto de derechos. Por esta razón, haremos algunas consideraciones sobre tendencias de esa naturaleza.

En los últimos años, las corrientes del llamado *neopositivismo lógico*¹² afirman: “El derecho del porvenir, ligado fuertemente a la economía, tanto como desligado de la política, será en gran parte de tipo lógico, simbólico en un sentido y probabilístico en otro, dentro de sistemas de solidaridad institucionalizados, cada vez más extensos, constituidos sobre bases estadísticas y actuariales establecidas, frente a una realidad total, estudiada científicamente al amparo de ineludibles principios generales de incertidumbre y de complementariedad, que se han impuesto, por la fuerza misma de las cosas, en los dominios de la innovación.

Para quienes así piensan, el derecho no es ciencia, es tan solo un arte, una “técnica imperfectísima y engañosa”, una “relativa filosofía”, que el hombre ha repetido durante toda la historia de la humanidad, por lo cual se encuentra en verdadera crisis, máxime que siempre se ha desenvuelto el derecho con los mismos moldes de los sistemas políticos, dando de ese modo la espalda a los “principios eminentemente científicos” (cientificismo). Es ineludible, afirman, “substituir los valores por las descripciones, con una franca deshumanización, que nos lleve, por el momento a caminos estrictamente experimentales”¹³.

Propugnan algunos por una justicia estadística que no prescinda de la historia, con bases sociológicas, experimentales y de la lógica, basada en la

¹² Entre los sostenedores de esta ideología están, Carlos Sánchez del Río, J.A. Maravall y otros más.

¹³ SÁNCHEZ DEL RÍO, Carlos. El derecho del porvenir. Ed. Montecorvo. Madrid, 1964.

estadística y en la matemática. Todo esto les hace pronunciarse por una lucha antidogmática, para lo cual adoptan el método de la observación y experimentación; y así, el llamado, por ellos, “humanismo científico”, se está alcanzando, y se logrará, a través de la “lógica algebraica”.

¿Será factible que, en el procedimiento penal, para la búsqueda de la verdad, deba atenderse a lo señalado por la escuela mencionada? ¿Podrá el derecho del porvenir romper con los valores humanos? ¿Significan las técnicas modernas el triunfo del cientificismo?

Al plantearse estas incógnitas, las mayorías responden: para obtener la verdad histórica puede emplearse todo aquello que no sea lesivo a la dignidad humana.

En principio estamos de acuerdo: es monstruoso el empleo de la fuerza, los golpes o cualquier otro medio que haga patente el primitivismo o la barbarie; empero, tomando en cuenta que, el progreso, los nuevos descubrimientos y, en fin, todo el avance sorprendente de la ciencia debe estar al servicio de la humanidad, ¿su utilización en el procedimiento penal es obligada?, ¿lo contrario se traduce en una actuación fuera de tono con la realidad social y las exigencias del momento histórico?

Frecuentemente, al enterarnos de la técnica empleada por la delincuencia en la ejecución de los delitos, concluimos que los medios empleados para su prevención y persecución también deben ser técnicos. ¿Hasta qué grado podrán utilizarse los recursos modernos en la obtención de la verdad, sin lesionar la libertad, la dignidad humana y algunos otros factores?

Dentro de las llamadas “técnicas” en la investigación del delito, mucho se ha pregonado la conveniencia del empleo de los llamados “sueros de la¹⁴ verdad”¹⁵,

¹⁴ Polígrafo, registra pulso, sudor...

¹⁵ Las pretendidas técnicas científicas (cientificismo), son manifestaciones heréticas del momento actual, especialmente el pretendido empleo de los llamados “sueros de la verdad” (pentotal sódico, avipán), inyectados en dosis determinadas a un sujeto para que, semianestesiado y, en consecuencia, privado del “control consciente y de los bloqueos subconscientes” (narcosis), se le interrogue sobre aquello que se desea investigar o conocer.

El materialismo contemporáneo, llegando a extremos escandalosos y alarmantes, pretende arrogarse el derecho de penetrar a lo más recóndito de la conciencia humana, para conocer sus más internos secretos.

del “detector de mentiras”, de la fonoscopia¹⁶, de los cerebros electrónicos¹⁷, etc.

Hemos repetido que la búsqueda de la verdad debe llevarse a cabo por medios técnicos, utilizando los procedimientos obtenidos por el hombre, pero esto no debe entenderse en forma extrema, porque estamos convencido de la primacía de lo jurídico sobre lo científico, especialmente cuando se llega a extremos como los adoptados por los científicos del “derecho del porvenir” y por todos aquéllos que, pretendiendo hacer de la justicia una verdadera degeneración, consideran a la matemática, la electrónica y, en fin, al maquinismo de nuestros días, como la ansiada panacea aplicable a la justicia para liberarla de “su ceguera, atraso y aberraciones”. Tal vez para los ingleses y los norteamericanos tan lógicos ellos, tan fríos y calculadores, esos sistemas constituyan una medida adecuada a los múltiples problemas que agobian a su justicia; a falta de jueces que actúen como máquinas, pretenden inventar máquinas que actúen como jueces a las cuales bastara oprimirles un botón para que, de acuerdo una previa tabulación, sanciones faltas y delitos sin soborno, sin coacciones políticas, sin compadrazgos, ni que pueda admitir ningún impulso o estímulo económico, aunque sí sujeta al inminente riesgo de un corto –circuito capaz de paralizar a la máquina– juez.

Insistimos: “las técnicas modernas” no deben ser empleadas nunca para el mal, y aunque el hombre ha logrado hacer realidad la propia desintegración de la materia, esto no significa de ningún modo que el producto de los descubrimientos científicos se aplique en todos los sectores, en todos los ámbitos y para todas las cosas, llegando así al extremo de utilizarlos para la destrucción y el envilecimiento del hombre, degradándole hasta destruir su propia personalidad.

No obstante, nuestra repulsa definitiva por estas ideas y sistemas, que algunos pretenden hacer aparecer como redentores de la justicia, ¿llegarán a ser el factótum del llamado *derecho del porvenir*...?

¹⁶ Fonoscopia, por la voz identifica persona.

¹⁷ Ob. Cit.

Valoración de las pruebas

Otra cuestión importante, que es necesario abordar, es la valoración de los medios de prueba.

a) Concepto. La valoración de las pruebas es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación (relacionando unas con otras), para así, obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda) ya la personalidad del delincuente (certeza).

b) La valoración libre y las bases generales en que se sustenta. El sujeto a quien se encomienda justipreciar el material probatorio, no debe atender a ningún criterio legal preestablecido, susceptible de impedir la actualización de la verdad material.

La variedad de los asuntos y sus peculiaridades nos conducen a concluir que, ninguna prueba, en forma aislada, puede tener un valor superior al de otra; es el concurso de todas lo que, tal vez, permita el esclarecimiento de la conducta o hecho. Si a esto agregamos que, a través de la secuela procedimental, el juez (actualizando el principio de legalidad) estuvo en constante contacto con los integrantes de la relación procesal, y se le proporcionó la asesoría técnica necesaria, estará en actitud de otorgar a las probanzas el valor que su íntima convicción le dicta.

Para llevar a cabo ese juicio valorativo, el juez empleará:

- I. Su preparación intelectual: conocimientos jurídicos, psicológicos, experiencia en general, etc.
- II. Las llamadas “máximas de la experiencia”; enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, según cita de Carnelutti debemos entender como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidir contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y además de los cuales deben valer para nuevos casos”¹⁸.

¹⁸ Ob. Cit

III. El conocimiento de los hechos notorios (que por su propia naturaleza no están necesariamente sujetos a prueba), acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza, que, por su fuerte impacto, quedaron grabados en la conciencia general.

c) ¿Quién lleva a cabo la valoración y en qué momento procedimental?

Otra cuestión de interés es precisar a cargo de quién está la valoración de la prueba, y en qué momento procedimental debe darse.

En el derecho colombiano, en términos generales, la valoración incumbe a los órganos jurisdiccionales (en primera y segunda instancia), y la realizan en diversos momentos del proceso (al decidir la solicitud de orden de aprehensión, al resolver la situación jurídica del procesado; y básicamente, de manera integral, al dictar sentencia).

El Ministerio Público, para cumplir sus funciones, también valora las pruebas; de otra manera, no podría fundar el ejercicio de la acción penal o su desistimiento ni muchos otros de sus pedimentos. Incuestionablemente, para esos fines, el Ministerio Público atenderá al criterio que anima todo el sistema legal vigente, aunque el valor que les otorgue no produzca los efectos y la trascendencia jurídica de la valoración realizada por los órganos jurisdiccionales.

El procesado y su defensor, a su manera, valoran las probanzas en diversos momentos procesales (conclusiones, solicitudes).

Algunos terceros, como los peritos, también valorarán los medios de prueba relacionados con la materia sobre la cual dictaminarán.

A pesar de todo, la valoración de mayor trascendencia incumbe a los órganos jurisdiccionales; la que realizan los otros sujetos mencionados se justifica por necesidades procedimentales; la situación del probable autor del delito nunca dependerá de la convicción que les haya producido la prueba, porque la auténtica jurisprudencia es de orden netamente jurisdiccional.

d) Resultados de la valoración. La valoración de los medios de prueba conduce a los siguientes resultados: certeza o duda.

La certeza permite al juez definir la pretensión punitiva estatal y hacer factibles los aspectos positivos del delito, o bien, los negativos, de tal manera

que, frente a los primeros se aplica la pena, y en lo segundo, la absolución correspondiente.

e) La duda. La duda en el juzgador es un verdadero problema, digno de meditar para su correcta solución.

De la legalidad característica del procedimiento penal se colige que, el órgano de la jurisdicción está obligado, fatalmente, a resolver todo asunto sometido a su conocimiento. No se justificaría lo contrario, aun en el supuesto de oscuridad de la ley, lagunas de ésta, falta de prueba, prueba defectuosa, o efecto dudoso de la misma. Frente a tales hipótesis, tomando como punto de partida el criterio orientador de las instituciones jurídicas, ineludiblemente resolverá con un criterio racional y humano, capaz de mantener el justo equilibrio entre la legalidad y “la naturaleza misma de la sociedad y sus relaciones con el individuo, considerado éste como sujeto y no como objeto del derecho.

Cuando el tribunal procede a la valoración de la prueba, frente a la problemática de la duda se aplica el principio exegético *in dubio pro reo*; de tal manera que, si a través de la apreciación del material probatorio, se llega a la incertidumbre, a un estado dubitativo, esto no justifica al juzgador para dejar de resolver el asunto, y en tales circunstancias debe absolver, independientemente de que el sujeto a quien se exculpe, tal vez, en otras circunstancias procesales debiera ser condenado.

En la práctica frente a lo incierto se declara la inocencia, considerando, entre otras cosas, que de no ser así habría una regresión del “Derecho Intermedio”, en donde todos aquéllos a quienes por defecto procesales no podía calificárseles ni como culpables ni como inocentes, eran objeto de un doble o triple procesamiento, lo cual en la actualidad contravendría otro de los dogmas penales: *non bis in ídem*, elevado a rango de garantía por nuestra Constitución.

Si la duda tiene lugar respecto de lo objetivo, pero toma vida en lo subjetivo, el *in dubio pro reo* se aplica en cuanto surge lo incierto, con motivo de la interpretación o de la valoración de la prueba y repercute en alguno o algunos aspectos positivos o negativos del delito, y por ende, en la responsabilidad.

En cuanto a los aspectos del delio, pueden darse dos hipótesis:

- I. La duda se manifiesta respecto a la existencia, o no, de algún aspecto negativo del delito, es decir, cuando al valorar la prueba se está ante la imposibilidad de decidir si ha habido, en el caso a estudio, conducta o ausencia de ésta, tipicidad o atipicidad, antijuricidad o causa de licitud, imputabilidad o inimputabilidad, culpabilidad o inculpabilidad, punibilidad o excusa absolutoria.
- II. La duda puede referirse a las modalidades de la conducta, a la prescripción, a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, a los requisitos de procedibilidad, etc.

Manifestada, respecto a alguno de los elementos del injusto punible previstos en las hipótesis legales, resulta ocioso para el juez el examen de la prueba en cuanto a la culpabilidad del acusado, pues si lo dubitativo afecta, por ejemplo, a la tipicidad, esto conduce, por sí mismo, a su exculpación. Sin embargo, en algunas ocasiones, la tipicidad queda condicionada a la “culpabilidad”, pues hasta en tanto se den los elementos de ésta, podrá colegirse aquélla; por ende, la no “culpabilidad” conducirá a la atipicidad, por ejemplo: en el delito de daño, producido por incendio, se ha procesado a una persona como probable autor del hecho, pero del material probatorio aportado no es posible determinar las causas productoras del siniestro, ni aun a través de la peritación; empero, un testigo señala que vio al procesado entrar al lugar de los hechos con un bote de gasolina, lo cual niega éste. En estas condiciones, como existe duda respecto a la conducta y a su adecuación al tipo penal preestablecido, opera el beneficio, *in dubio pro reo*, porque la duda afecta, no solo a la tipicidad, sino aun a la “culpabilidad”, a la que se tuvo que acudir, revirtiendo la prelación para determinar la existencia de aquélla.

Dicho en otra forma, si el sujeto confesara o existiera otro tipo de probanzas de mayor fuerza que condujeran a concluir la culpabilidad, independientemente de que no se pudiera determinar técnicamente el origen del incendio, en los elementos de la culpabilidad se sustentaría la tipicidad.

Si para determinar la culpabilidad el juzgador toma como presupuesto la demostración de la conducta o hecho, o cualquier otro aspecto referente al tipo o a las modalidades, etc., procederá el examen de las probanzas mismas que pueden dar lugar:

- I. A la duda respecto a si el acusado es realmente al autor del delito.
- II. A la duda, no en cuanto a que el sujeto sea ajeno a los hechos, sino a la capacidad de entender y querer; o sea, a la imputabilidad en el momento de ejecución del delito.
- III. A la duda, en lo concerniente a la determinación de las llamadas formas de la culpabilidad: dolo y culpa.
- IV. A la duda, respecto al carácter con que intervino el sujeto y al grado de su participación.

Frente a las hipótesis señaladas, la duda pesa en favor del reo, funcionando de ese modo el aforismo clásico en estudio; no siendo así, el sentenciador llegaría quizá a la injusticia de dar por comprobado el delito y la responsabilidad del sujeto, cuando no hubiera elementos probatorios, porque, precisamente, la valoración de la prueba permitió el nacimiento de lo incierto.

Como el apotegma referido opera en el momento de dictar sentencia, el juez lo aplicará a todas las categorías de sujetos colocados dentro de la hipótesis, independientemente de la clase de conducta o hecho que se les atribuya. Advertimos que, en nuestro medio, prevalece un sistema mixto para la valoración de las pruebas; para algunos, existen reglas conforme a las cuales se llevará a cabo la justipreciación, y, para otras, la convicción se forma no a través de un criterio legal preestablecido, sino mediante la libre apreciación del juez. En esas condiciones, el principio *in dubio pro reo*, en cuanto a lo primero, no surte efectos, porque, en tal caso, la prueba no conduce a la duda; más bien, por no satisfacerse las exigencias legales, la absolución del sujeto es obligada. Es importante señalar que la prueba, considerada aisladamente, no puede arrojar como resultado la duda; ésta podrá darse, en tanto se analicen todos los medios de prueba, relacionándolos unos con otros.

Pese a lo afirmado, la aplicación del apotegma *in dubio pro reo* debe ser objeto de especial cuidado por parte del juez y no basarse en la repetición: “siempre lo más favorable para el criminal; frente a la duda siempre se le debe favorecer exculpándolo”.

Histórica y sociológicamente, y también desde un punto de vista racional y humano, el aforismo en cuestión está justificado; no obstante, el momento

histórico actual es muy distinto de aquél que lo hizo surgir. Hoy en día, el sentido de seguridad social y sus derivaciones, es más real y amplio; por ello, resulta en muchos casos una verdadera aberración sacrificar el interés colectivo en beneficio de una sola persona, independientemente de que sea un miembro de la propia colectividad. Tal vez, por razón de equidad, no deba decirse únicamente; *indubio pro reo*, sino también: *in dubio pro societate*, aunque sin exagerar las cosas a grado tal, de pensar en un aforismo: *societate contra reum*. Con la observancia de este principio no se trata de llegar a situaciones extremas de ruptura o desconocimiento de los valores; se pretende la prevalencia jerárquica de los mismos, de acuerdo con las necesidades imperantes.

Para determinar la situación señalada, y la procedencia del principio *in dubio pro societate*, con detrimento del *in dubio pro reo*, y viceversa, será definitivo el criterio dominante en cuanto al tipo de valores protegidos, de tal manera que, si son los colectivos, imperará el primero frente al segundo, y si se trata del predominio del valor individual frente al colectivo, prevalecerá el *in dubio pro reo*.

No negamos la procedencia del aforismo, en su estricta connotación, cuando el efecto dudoso es producto del material probatorio. Las razones son obvias. La Escuela Clásica aportó sus puntos de vista para justificarlo, y aun los positivistas, dentro de su extremismo característico, señalaron algunas razones admitiéndolo, aunque no del todo.

En nuestro medio, independientemente de la base jurídica (de carácter secundario), su aplicación generalizada, así como la extensión exagerada del principio, crean una marca la desigualdad entre el autor del hecho y la víctima u ofendido; tómesese en cuenta, por ejemplo, que, tratándose de las conclusiones de la defensa, cuando no las presenta, se tienen por formuladas las de inculpabilidad; se sule, ya no digamos la deficiencia de los agravios, sino el agravio mismo. Si el apelante fue únicamente el sentenciado, el tribunal de apelación no podrá aumentar la pena impuesta por el juez inferior, etc. Todo esto, en lo que es procedente, no sucede nunca en favor del victimado u ofendido, cuyos derechos palidecen considerablemente frente al cúmulo de garantías concedidas al autor del crimen, a pesar de la pueril afirmación de que el Ministerio Público lo representa debidamente en todo y por todo.

Analizando el problema con serenidad, fatalmente se llega a concluir que, el único garantizado es el delincuente; quien sufrió el daño, la afrenta, las lesiones, tiene un derecho tan relativo que, ni siquiera le es permitido asomarse con libertad al expediente en donde se contiene el drama del que es el actor infausto. La historia se repite, los papeles se invierten: *el victimario se convierte en víctima y la víctima en victimario*.

Por lo antes expuesto, consideramos que, en función de una mejor administración de justicia y tomando como punto de partida las necesidades exigidas por la vida contemporánea (muy distante de otras etapas en las que hubo necesidad de reformar el derecho individual, como garantía de seguridad en contra de la tiranía y el despotismo), el proceso penal debe mantener un justo equilibrio entre los derechos y garantías del que ha violado un precepto penal y los de la sociedad ofendida; por esta razón, tal vez fuera aconsejable que, frente a problema tan complejo, el juez resolviera el caso concreto, tomando como punto de partida las hipótesis siguientes:

- I. Cuando existan dos intereses en pugna (el del acusado y el colectivo), aplique el aforismo clásico y la duda beneficie al acusado; por ejemplo: si alguien ha privado de la vida a otro en circunstancias tan especiales que hagan dudar si se trata de un caso de justificación o de un homicidio simple, de un homicidio simple o de un homicidio en riña.
- II. Cuando exista interés individual e interés social, predominando el primero en relación con el segundo (como en el caso del estupro, la injurias, etc.), indudablemente debe prevalecer el interés individual. En el caso inverso, en donde el interés colectivo es predominante, si bien, ante la duda no es posible castigar a nadie, tal vez convendría asegurar al peligroso; y eso en condiciones excepcionales (estando suspendidas las garantías) tratándose de delitos en contra de la nación, contra la economía, la asonada, el motín, etc., debiendo substituir la fórmula *in dubio pro reo*, por *in dubio pro societate*.
- III. La del interés social, un tanto incierto, frente a interés individual perfectamente definido; por ejemplo, falsedad en declaraciones judiciales o informes dados a una autoridad, aborto, etc.; en este caso prevalecerá el *in dubio pro reo*.

Problemática sobre la llamada “carga de la prueba”

La llamada por los civilistas “carga de la prueba” se traduce en la obligación de probar. Siendo el proceso penal una relación jurídica entre varios intervinientes, conviene determinar si tal obligación opera a esta disciplina; y, de ser así, ¿sobre quiénes recaerá?

Algunos autores, y varias legislaciones influenciadas por los criterios civilistas, aún insisten en hablar de la carga de la prueba en el procedimiento penal, la hacen recaer en el Ministerio Público, argumentando que debe probar su acción; esto es, el delito y la responsabilidad de su autor.

No desconocemos que el Ministerio Público está obligado a satisfacer requisitos legales para ejercitar la acción penal, y para todas sus posteriores promociones, durante la secuela procesal; sin embargo, tomando en cuenta su naturaleza jurídica y, sobre todo, el principio de legalidad que anima al procedimiento, es natural que deba promover todo lo necesario para el logro de la justicia (pruebas de descargo, cualquier causa impeditiva de la acción penal, una causa de licitud, de inimputabilidad, de inculpabilidad, etc.); de no ser así, se convertiría en un ente monstruoso, cuyas facultades persecutorias no tendrían límite. Además, suponiendo que, ejercitada la acción penal permaneciera en una inercia absoluta, si en esas condiciones se aplicara el criterio civilista, habría que absolver al procesado.

No debe olvidarse, en ningún momento, que el interés estatal y el colectivo convergen en un solo ideal: justicia, y esto se logra, lo mismo absolviendo que condenando, siempre y cuando, una u otra determinación, estén debidamente fundadas en la ley; por eso, frete a la apatía del Ministerio Público, el juez debe tomar iniciativa y practicar las diligencias necesarias para resolver la situación jurídica planteada.

En cuanto al probable autor del delito, con fundamento en las garantías que otorgan las leyes (resultando, en mucho, mayormente protegido que el ofendido y la víctima), no se le puede obligar a acreditar su inocencia, alguna de las modalidades de la conducta, o cualquier otro aspecto; no obstante, tiene el deber de colaborar a la buena marcha del proceso, aun cuando tal postura pudiera crearle una situación, quizá de desventaja. También su colaboración puede ser un medio para hacer manifiesto su

arrepentimiento, o para justificar su conducta; cuestiones que, a él, más que a nadie, le interesa se conozcan, para evitarse con ello el “fatal juicio de reproche”. De todos modos, frente a su pasividad, según el criterio civilista, “como no demostró sus excepciones” habría que condenarlo, situación que a todas luces podría ser injusta.

De lo expuesto, concluimos: la carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del Ministerio Público, o del procesado y su defensor, el tribunal puede tomar la iniciativa necesaria para que se realicen los fines específicos del proceso.

Bibliografía

Obras principalmente consultadas

- ALIMENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal. Dos. Vols. Fondo Cult. Econ. México, 1950.
- ALONGI, José. La Camorra. REUS, Madrid.
- ALTAVILLA, Enrique. Psicología Judicial, Temis, 1950.
- ARENAS, Antonio V. Los delitos contra el honor sexual. Temis, 1960.
- BALTHAZARD V. Compendio de medicina legal. REUS, Madrid, 1950.
- BECCARIA, César. De los Delitos y las Penas, 1824, edición Italiana, Temis, 1980.
- CARMIGNANI, Juan. Elementos de Derecho Criminal. Depalma, Buenos Aires, 1970.
- CARRARA, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal, parte general y parte especial. Temis, 1984.
- CONCHA, José Vicente. Tratado de Derecho Penal, 1930. U. Nal.
- CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal. REUS, Madrid, 1930.
- DORADO, Montero Pedro. El Derecho Protector de los Criminales. Dos vols. REUS, Madrid, 1950.
- DOSTOYEVSKY, Fedor. La casa de los muertos. Psicología. REUS, Madrid. 1948. Crímen y Castigo. Los hermanos Karamazov.
- FERRI, Enrico. Sociología criminal. Dos vols. Depalma, Buenos Aires, 1950.

FERRI, Enrique. Obras ya citadas.

FLORIAN, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Depalma, Buenos Aires, 1950.

FREUD, Segismundo. La Psicopatología de la vida cotidiana. Depalma. Buenos Aires, 1980.

GAROFALO, Rafael. La Criminología. REUS, Madrid.

GUTIERREZ, Anzola, J.E. Derecho Penal. U. Nal. 1960.

HIDALGO GARCIA, Juan Antonio. El Código Penal español. REUS, 1970.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. El Estado peligroso. REUS. Madrid, 1980.

LEON REY, Antonio. El menor. Kelli, 1970.

LOZANO, Carlos. Derecho Penal. Temis, 1960.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Temis, 1980.

SARMIENTO, Antonio. Estudios REUS, Madrid, 1948.

URIBE, Ovalle Guillermo. U. Nal. 1950a.

Cuarta parte

Observatorio
Jurisprudencial de la
Academia Colombiana
de Jurisprudencia

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN

Luis Augusto Cangrejo Cobos*

Académico de número

Resumen: La Sala Plena de la Corte Suprema procedió a dirimir el denominado “Conflicto de competencia al interior de la Jurisdicción ordinaria”, suscitado por los jueces civiles frente al juez en lo laboral que conocía de un proceso ejecutivo en que se reclamaban créditos de dicha naturaleza. Al inscribir el embargo decretado sobre de un inmueble del demandado, se advirtió que existía una garantía hipotecaria en favor de un tercero acreedor, por lo que ordenó citar al acreedor, y luego del emplazamiento le designó un curador *ad litem*, auxiliar que presentó ante el juez laboral la demanda ejecutiva con garantía hipotecaria. El juez laboral rechazó la demanda y dispuso enviarla al juez civil; luego de algunos problemas, éstos señalaron que era el juez laboral al que, por haber decretado el embargo del bien, le correspondía conocer de la demanda ejecutiva civil. La Sala Plena en discutible y descaminada decisión, determinó que el juez laboral debía conocer de las demandas civiles.

* Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Estudios de Posgrado en Derecho Civil Comparado Universidad de Estrasburgo – Universidad del Rosario Especialización en Derecho Procesal – 2 años – Colegio Mayor del Rosario. Consultor y litigante en Derecho Privado y de Petróleos. Arbitro. Catedrático en las áreas de Derecho Civil y Procesal de las Universidades del Rosario, Andes, Nacional de Colombia y Sergio Arboleda. Autor de artículos y Estudios jurídicos en las publicaciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Autor del ensayo La Jurisprudencia o el ocaso del Derecho Civil. Académico de número.

Palabras clave: Jurisdicción. Competencia. Prelación de créditos. Concurrencia de embargos. Prelación de embargo.

A MOOT CONFLICT OF JURISDICTION

Abstract: The Supreme Court Plenary proceeded to settle the so-called “Jurisdictional Conflict in Ordinary Justice” brought forth by civil judges regarding a labor judge who was reviewing an executive process wherein claims of such a nature were made. Upon recording the seizure of a property belonging to the respondent, note was made that a mortgage lien existed in favor of a third creditor; the judge ordered that the creditor be summoned, and after the meeting designated a *guardian ad litem* for him. The guardian then filed the executive claim for the mortgage guarantee before the labor judge. The labor judge rejected the claim and ordered it be sent to the civil court; after some problems, the civil judges pointed out that it was incumbent upon the Labor Judge to review the Civil executive claim, given that he had decreed the seizure of the property. The Plenary Court, in a questionable and misguided decision, determined that the labor judge should review the civil claims.

Key words: Jurisdiction; Competency; Ranking of Credits; Overlap of Seizures; Ranking of Seizures.

Nota liminar

En orden a iniciar la tarea que ha de desarrollar la Academia Colombiana de Jurisprudencia en cuanto hace al análisis de la jurisprudencia, como habitual ejercicio de los señores académicos, hemos querido presentar el estudio crítico de una decisión muy reciente de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia; con tal propósito enunciaremos el problema jurídico que debía resolverse y los fundamentos que se adujeron y, luego, las consideraciones que apuntalan la crítica y que se someten a consideración de la Academia, como texto de análisis y para su consulta en los medios de la misma.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia. Sala Plena.

Magistrado ponente: Dr. Francisco Acuña Vizcaya. Sala del 6 de febrero de 2020.

El problema jurídico a resolver:

Dice la Corte:

“La Corte Suprema de Justicia resuelve el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, Cuarto Civil del

Circuito de Oralidad, ambos de Tunja, y Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, para conocer la acumulación de la demanda presentada por el curador ad litem del acreedor hipotecario Enrique Porto Velásquez, en virtud de la notificación que a este último se le hizo dentro del proceso ejecutivo laboral que se sigue contra la empresa MC y Cía. S.C.A.”.

Motivación de la decisión de la Sala Plena

Se ocupó la Corte, en primer lugar, de señalar los antecedentes del caso, que se sintetizan, así:

1. Dentro del proceso ejecutivo laboral del que conoce el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, se decretó el embargo de un inmueble de propiedad de la sociedad demandada y se comunicó al Registrador de Villavicencio para su inscripción en el folio respectivo; al registrarse la medida cautelar, se constató que existía un gravamen hipotecario constituido sobre el inmueble en favor del acreedor, Enrique Porto Velásquez.
2. El juzgado laboral decretó el secuestro del inmueble y ordenó citar al acreedor hipotecario, Enrique Porto Velásquez, y para tal efecto se le emplazó y se le designó curador *ad litem*. Dicho curador formuló, a nombre del acreedor, la acumulación de demanda ejecutiva “con base en la hipoteca que a su favor pesa sobre el predio”.
3. El juzgado laboral del conocimiento, que había ordenado el emplazamiento del acreedor hipotecario y que le había designado curador, “*rechazó la acumulación de la demanda del proceso ejecutivo con título hipotecario*” y ordenó remitirla los jueces civiles con apoyo en lo dispuesto por el artículo 464 del Código General del Proceso que impide la acumulación de procesos ejecutivos de distintas especialidades y que, además, la jurisdicción laboral solo conoce de la ejecución de prestaciones con esa temática.
4. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Tunja, despacho al que correspondió por reparto, “*rechazó la acumulación de demandas el 22 de noviembre de 2018 porque, en su criterio, el acreedor hipotecario ejerce un derecho real, (...)*”, y por ello, la

competencia la tiene el juez de Villavicencio por la ubicación del inmueble.

5. A su turno, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, despacho al cual le fue remitido el asunto, “suscitó el conflicto negativo de competencias porque, a la luz del artículo 462 *ibidem*, la competencia para conocer de la acumulación de demandas es del “*mismo juez*” que lleva a cabo el embargo y secuestro de un inmueble afectado por una garantía real, disposición que por ser especial debe aplicarse por encima de las normas generales. Además, consideró que el juzgado laboral invocó la regla jurídica que disciplina la acumulación de procesos (art. 464 *ejusdem*), a pesar de que el fenómeno que se presentó fue la conjunción de demandas”.
6. La Sala Plena de la Corte Suprema, luego de un extenso recorrido por las instituciones que contempla el Código General del Proceso sobre el proceso ejecutivo, y, particularmente, sobre lo que “no dice” el ordenamiento procesal civil, arribó a la conclusión de que el juez laboral que conoce del proceso ejecutivo laboral, debe conocer de la demanda ejecutiva civil con garantía hipotecaria acumulada.

Consideraciones del estudio crítico a la decisión anterior

La determinación adoptada por la Corte Suprema en su Sala Plena, de entrada causa una gran inquietud pues, como habíamos aceptado, era claro que los asuntos civiles los resolvieran los jueces en lo civil, los laborales los jueces laborales, los contencioso administrativos los jueces administrativos, los asuntos penales por los jueces en lo penal, y, así en cada especialidad; entonces, al iniciar una nueva reflexión fuimos encontrando consideraciones y argumentos ya decantados que nos permiten advertir lo descaminada que anduvo la Corte en su decisión que a contrapelo de la ley adoptó.

Luego de la primera lectura, se sugiere una pregunta:

¿Si se atiende al problema expuesto, se trataba de un conflicto de competencia, como lo afirma la Corte, o, por el contrario, es un conflicto de jurisdicción?

En la búsqueda de una respuesta atendible, retomamos aquellos conceptos fundamentales que, especialmente para el proceso civil, señalan las condiciones que necesariamente han de concurrir para constituir regular y válidamente el proceso, de manera que permita en su oportunidad la aplicación del derecho sustancial por el juez en su misión de administrar justicia y en guarda de la ley; por supuesto que hablamos de los presupuestos procesales. Por ser un tema bastante conocido y asimilado en su real dimensión desde la expedición del Código de Procedimiento Civil en el cual su tratamiento técnico e institucional fue uno de sus logros más significativos, y así recogido por el Código General del Proceso, nos limitaremos a recordar a la jurisdicción y la competencia, como presupuestos del proceso judicial.

Afirmamos que la jurisdicción como presupuesto procesal, ha de entenderse en un sentido restrictivo, que no bajo la concepción amplia de una rama del poder estatal encargada de la administración de justicia, pues, en ese campo todos los jueces, algunas entidades administrativas, excepcionalmente el congreso y los particulares, tienen jurisdicción; se trata de delimitar su contenido con causa y ocasión de un proceso judicial determinado, saber *“cuál es en concreto el juez ante el cual debe ser llevada esa causa, es necesario conocer cuál es la fracción de jurisdicción que compete en concreto a cada uno de los órganos judiciales, es decir cuáles son los límites dentro de los que puede cada uno de ellos ejercer la función encomendada”*¹.

De lo dicho se sigue que la jurisdicción como presupuesto procesal descansa en la consideración de la naturaleza del asunto y, de ahí, la especialidad del juez; además, para este caso ha de indicarse que la jurisdicción en lo Civil es eminentemente residual, esto es, que un asunto que no haya sido expresamente asignado al conocimiento de otra jurisdicción corresponderá al juez en lo civil.

En estos hitos fundamentales no reparó la Corte. Desde luego que ese craso error no les permitió advertir de entrada que una cosa es el proceso ejecutivo laboral para reclamar las prestaciones de esa naturaleza ante el juez laboral, y, otra cosa, la cuestión netamente civil de buscar el pago de

¹ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*, T.II. EJEA. Buenos Aires, 1973, p. 87 y ss.

una acreencia civil o comercial a través del proceso ejecutivo con garantía hipotecaria, y olvidando lamentablemente cómo, y por qué, la ley civil ha establecido la prelación de los créditos para su pago preferente con los bienes del patrimonio del deudor, lo que no comporta, en manera alguna, romper el dique legal de la jurisdicción.

En la misma línea, es sabido que la competencia, como presupuesto procesal no es, ni más ni menos, la medida de la jurisdicción del juez; los factores prevenidos en la ley permiten establecer dentro de la jurisdicción que corresponda, –civil, laboral, penal, administrativa–, cuál de sus jueces es el llamado a conocer y decidir determinado asunto; excepcionalmente, ésta sí, puede ensancharse por factores territoriales y de cuantía, principalmente. Por este aspecto, y solo en este, es posible que se suscite el conflicto de competencia que, en su caso será dirimido por el superior jerárquico de los jueces entre los cuales se ha suscitado el conflicto.

Dentro del marco anterior, técnicamente se trataba de un conflicto de jurisdicción, que no de competencia; pero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, se asignó a la Sala Plena de la Corte Suprema, el dirimir, lo que se denominó “*Conflicto de competencia al interior de la Jurisdicción ordinaria*”. Este tratamiento, ciertamente regresivo, recuerda lo que bajo la ley 105 de 1931, al hablar de las nulidades de la actuación procesal se nombraba como “*Incompetencia de jurisdicción*”, equívoco despejado con la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1970, pero retomado en los términos aquí consignados.

Cabe anotar que el artículo 112 de la misma ley en comento dispuso que los conflictos entre jurisdicciones, –ordinaria, contencioso-administrativa, constitucional, y demás–, deba ser resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura.

La decisión de la Corte

Ahora bien, aceptando que es un conflicto de competencia al interior de la jurisdicción ordinaria, a pesar de que todos los ordenamientos procesales se ocupan primeramente de enlistar los asuntos de que conoce la respectiva “jurisdicción”, desde el punto de vista del Derecho Civil y Procesal Civil

nunca fue tan desafortunada la Corte, aunque todo el embrollo radicó, como creemos nosotros, en la inadvertencia del Juez Laboral que conocía del proceso ejecutivo en el que se embargó el inmueble de la empresa demandada y que soportaba una garantía hipotecaria en favor de un tercero acreedor, sumada a las inaceptables decisiones de los jueces civiles que, lamentablemente prohibió la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Veamos:

1. Siempre se ha dicho que el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores, artículo 2488 C.C., para referirnos al derecho auxiliar conservatorio que tienen todos los acreedores de perseguir los bienes de su deudor para que con el producto de su venta se pague su crédito; así, con independencia de la naturaleza de la obligación, al impulsarse el cobro ejecutivo ante el juez competente de la jurisdicción que corresponda, –civil, laboral, administrativa o fiscal–, podrán solicitarse, decretarse y practicarse las medidas cautelares respecto de los bienes del deudor que materializan el derecho auxiliar en comento, artículo 2492 del Código Civil, como también las medidas ejecutivas propiamente dichas.
2. Ahora bien, también es sabido que algunos créditos son preferentes por imperativo legal, privilegiados e hipotecas, lo que indica el orden en que deben atenderse y, si existen varios de la misma clase, se prefieren unos a otros, –artículos 2493 y siguientes del Código Civil–; esto no es más que la denominada “Prelación de créditos” institución sustantiva que tampoco fue entendida por la Corte.
3. La norma contenida en el Código General del Proceso, artículo 465, sobre cuya inteligencia discurrió la Corte llegando a errónea conclusión como se anota adelante, contempla, precisamente, la **“conurrencia de embargos en procesos de diferentes especialidades”**, lo que de suyo deja entrever la existencia de la prelación para el pago de los diferentes créditos que se reclaman ejecutivamente ante jueces de distinta jurisdicción (competencia según la Corte); lo que no se entendió es que lo allí dispuesto parte de los siguientes supuestos:

- a) *la existencia de un proceso ejecutivo civil, quirografario o con garantía real, en el que se han embargado bienes del deudor;*
- b) *la existencia de otro proceso ejecutivo de distinta jurisdicción en que se demande el pago de un crédito que tiene prelación de acuerdo con la ley; y,*
- c) *que allí se persigan los mismos bienes que se encuentran embargados por el juez civil.*

Así y solo así, se habla de la concurrencia de los embargos; cosa distinta sería hablar de perseguir remanentes o bienes que se desahecten en otro proceso.

4. En el supuesto anterior la ley establece que el juez que decretó y practicó el embargo de los bienes, el juez civil, continúa con su proceso y lleva hasta el remate los bienes, pero, con el dinero obtenido **debe atenderse en primer lugar el pago del crédito preferente** –alimentos, prestaciones, fiscales–, solicitándole en su caso a los jueces de la otra especialidad la liquidación del crédito, y, si alcanzare, se pagará el crédito que dio origen al proceso ejecutivo civil, o se le abonará lo que corresponda.
5. Si el proceso ejecutivo civil lo era con garantía real es claro que con el remate de los bienes que soportan la garantía se extingue ésta, y si no alcanza el valor obtenido para cubrir el crédito garantizado, por haberse pagado preferentemente el importe de los créditos con prelación legal, el proceso ejecutivo civil con garantía real se transforma en singular para poder perseguir otros bienes del deudor, o bien, termina, si el deudor hipotecario o prendario es persona diferente que el deudor personal.
6. Es preciso hacer claridad, igualmente, sobre otra situación que es probable que tenga lugar en el ámbito del proceso ejecutivo civil; si sobre los bienes inmuebles embargados dentro de un proceso ejecutivo singular aparece un gravamen hipotecario, por disposición del artículo 462 C.G.P. debe citarse al acreedor para que dentro de la oportunidad de ley, inicie ante el mismo juez civil el proceso ejecutivo separado con garantía real siempre y cuando sea competente por la cuantía, o para ante el juez respectivo, o bien, acumule su de-

manda ejecutiva al proceso inicial conservando la preferencia derivada del gravamen hipotecario. En el primer evento, al decretarse en el proceso ejecutivo con garantía real el embargo del inmueble, se cancela el decretado en el ejecutivo singular; ni más ni menos, esto es lo que se denomina “prelación de embargos” porque, desde luego, el crédito hipotecario es preferente al quirografario.

7. Despejado lo anterior, es necesario advertir que cuando hablamos en general de acumulación de demandas, de la reconvencción, o acumulación de procesos, estamos hablando necesariamente de una acumulación de pretensiones, a la manera de la demanda inicial, lo que exige incuestionablemente “que el juez sea competente para conocer de todas ellas”; esto parece romperse cuando la Corte dejó de lado lo que dispone el artículo 88 del C.G.P., para introducir la chicana en el proceso, como diría el profesor Morales Molina.
8. En el caso que ocupó a la Sala Plena se dijo: *“De esta manera, los jueces de cualquier especialidad están obligados a citar al acreedor hipotecario cuando adviertan del folio de matrícula del inmueble que está hipotecado, porque, de no hacerlo, no podrá adelantarse la subasta pública”*. Esta generalización condujo a la grave equivocación en que se incurrió; veamos:
 - 8.1 Como hemos visto el proceso ejecutivo puede corresponder a diversas jurisdicciones, —o competencias diría la Corte—, civil, laboral, familia y contencioso-administrativa, atendiendo la fuente de la obligación, y por ello, en su caso, como se dijo atrás, podrán perseguirse bienes del deudor; esto, obviamente, permitirá llevar la ejecución hasta el remate de los bienes para la satisfacción del crédito.
 - 8.2 Si al embargarse un inmueble aparece un gravamen hipotecario constituido para garantizar un crédito de otra naturaleza, en garantía de los derechos de ese tercero acreedor ha de “enterársele” de la existencia del proceso, y, lo fundamental, darle a conocer que el bien objeto de su garantía está siendo perseguido judicialmente, lo que, como se sabe, hace exigible el crédito garantizado. Para ello, será preciso notificarle

personalmente; desde luego que en el caso concreto el juez laboral tiene en su proceso como demandado al deudor hipotecario, a quien podría requerir para poder luego enterar al acreedor hipotecario de la situación en comento.

- 8.3 Citarlo al proceso, no resulta exacto sino únicamente cuando es posible que ante el mismo juez pueda iniciar su proceso ejecutivo con garantía real, o bien, acumular su demanda ejecutiva. Esto solo sucede en el ámbito del proceso ejecutivo civil, pues es claro que el juez es competente para conocer tanto del proceso ejecutivo con garantía real como del ejecutivo singular; en materia procesal civil la citación al proceso tiene esa precisa connotación, es la aptitud para ser parte, como se dejó sentado en las líneas iniciales.
- 8.4 Ahora bien, si no es posible dicha acumulación, al enterársele de la persecución del inmueble que soporta la garantía de su crédito, podrá iniciar ante el juez competente su ejecución y allí, como el crédito laboral tiene prelación legal respecto del garantizado con la hipoteca, podrá perseguir el remanente del remate con preferencia a cualquiera otro acreedor quirografario, como análogamente se desprende del numeral 4 del artículo 468 del C.G.P., o en su caso, el bien si se llegare a desembargar.
- 8.5 Lo dicho, de vieja data fue enseñado por los maestros del derecho procesal; el profesor Hernando Morales Molina, certeramente señaló: *“Pero si quien primero embargó fue el Juez Laboral o el Fiscal, lo único que podrá hacerse por el acreedor civil será embargar el remanente, o aunque no lo diga expresamente el artículo 542, los bienes que fueren materia de desembargo, pues en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva operan las reglas del proceso civil (art. 561), y en el laboral sus vacíos se llenan con aquellas por lo cual esta disposición le es aplicable”*².

² MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*. Parte Especial. Séptima edición. Editorial ABC Bogotá 1978, p. 262.

9. Con la aclaración anterior, le asistía razón al juez laboral de rechazar la demanda de acumulación para el cobro del crédito hipotecario, pues es de conocimiento del juez civil competente y, además, teniendo en cuenta la prelación legal del crédito laboral.
10. La Corte se detuvo en lo que no dice el Código General del Proceso; en punto preciso, a partir de la prohibición de acumular demandas a los procesos ejecutivos fiscales (art. 471) que no tuvieren fundamento en los títulos fiscales enumerados en el artículo 469, llega a la novedosa pero equivocada conclusión de que como no existe esa prohibición para el juez laboral, podía válidamente conocer el juez laboral de la demanda ejecutiva civil con garantía hipotecaria, lo que, como se dejó expuesto quiebra la estructura que está legalmente consagrada.
11. Se podría abundar sobre las situaciones que el entuerto de la Corte pasó por alto; por ejemplo, si el acreedor hipotecario enterado de la persecución del bien objeto de su garantía decide perseguir además otros bienes del deudor, en la mal llamada acción mixta, el proceso ejecutivo que seguirá las reglas del proceso ejecutivo singular y al cual podrían concurrir otros acreedores, será también del conocimiento del juez laboral.
12. Como anotación final es de mencionar como error frecuente en que se incurre, al hablar de que en el proceso ejecutivo con garantía real se ejerce un derecho real; pues, sin entrar en grandes construcciones que de suyo han ocupado tiempos y estudios profundos, es claro que cuando del proceso ejecutivo se habla, siendo el crédito un derecho personal, siempre estaremos frente a esa acción personal del acreedor que demanda el pago de su crédito; otra cosa, es que el pago se persiga con el producto de la venta del bien hipotecado, o, bien, con la adjudicación del mismo.
13. Con mucha razón se ha considerado a la garantía hipotecaria, *jus ad rem*, como una categoría intermedia entre el derecho personal, *-obligatione-*, y el derecho real propiamente dicho, *-jus in re-*, atendida su naturaleza accesoria; de ahí que el acreedor no tenga un poder directo e inmediato sobre el bien hipotecado. El ejercicio

del derecho de persecución del inmueble hipotecado está supeditado, necesariamente, al reclamo judicial del crédito garantizado. Esto que parece simple, tiene sin embargo una clara manifestación procesal que consiste en que, en todo proceso de ejecución, singular o con garantía real, lo que se pretende es el pago de las obligaciones insatisfechas; es menester recordar que, precisamente, el mandamiento de pago con que se da inicio a la ejecución tiene tal propósito.

LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS LEGALES

Juan Rafael Bravo Arteaga*
Académico de número

Resume: Se pone de presente el origen de la institución de la “reviviscencia” de las normas legales, el cual está en la Jurisprudencia de las altas Cortes. Se determina el significado de la expresión “reviviscencia”, que consiste según el Diccionario de la Lengua Española en: “acción o efecto de revivir”, y a su turno “revivir” significa: “dicho de quien parecía muerto”. Al referir tales significados al campo jurídico, y más concretamente al tema de la vigencia de las normas legales, se concluye que las normas derogadas por una ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, solo aparentemente estaban derogadas, por lo cual la declaratoria de inconstitucionalidad puede tener un efecto retroactivo, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales. Aunque el principio general es que una ley derogada solo revive por su reproducción en una nueva ley (art. 14 Ley 153/1887), la ley drogada por una ley declarada inconstitucional recobra vigencia por la ejecutoria de la sentencia de inconstitucionalidad.

* Doctor en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Ex Director de Impuestos Nacionales, Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Expresidente del ICDT, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Consiliario del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ex - Conjuez del Consejo de Estado. Ejercicio profesional desde 1967 en la firma Juan Rafael Bravo & Cía. SAS – Bravo Abogados. Ha escrito las siguientes obras: Lecciones de Derecho Tributario (1 edición), Nociones Fundamentales de Derecho Tributario (3 ediciones).

Palabras clave: Reviviscencia, jurisprudencia, Corte Constitucional, efecto retroactivo, derechos fundamentales y tributos.

THE REACTIVATION OF LEGALNORMS

Abstract: In this article, attention is focused on the origin of the institution of the “reviviscence” of legal norms, which occurs in the jurisprudence of higher Courts. According to the Spanish Language Dictionary, the meaning of “reviviscence” is specified as “act or effect of reviving,” and, in turn, “revive” means: “stated in reference to whom seemed to be dead.” In applying such meanings to the judicial area, and more concretely to the subject of the validity of legal norms, the article concludes that norms which have been vacated when a law is found to be unconstitutional by the Constitutional Court, only appeared to have been rescinded; therefore, the finding of unconstitutionality can be applied retroactively as long as fundamental rights are not infringed upon. Although the general principle is that a law that has been vacated can only be reactivated through the integration of its content into a new law (art 14 Law 153/1887), a law vacated by a law that has been declared unconstitutional regains validity upon execution of the decision of unconstitutionality.

Key words: Reactivation, jurisprudence, Constitutional Court, retroactive effect, fundamental rights, tributes.

Introducción

La reviviscencia de las normas legales que han sido derogadas por disposiciones declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, es un fenómeno jurídico consagrado en la jurisprudencia colombiana, desde las decisiones tomadas inicialmente por el Consejo de Estado y luego por la Corte Suprema de Justicia, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, cuando este tribunal tenía a su cargo la jurisdicción constitucional, y en la actualidad, por la Corte Constitucional.

La cuestión tiene una especial importancia actualmente en el caso del componente inflacionario de los intereses o rendimientos financieros, ya que antes de la expedición de la Ley 1943 de 2018 tales valores eran ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional. Pero, por efecto de la expedición de dicha Ley, las normas legales que establecían dicha exclusión fueron derogadas. Sin embargo, al ser declarada inconstitucional la men-

cionada Ley, ha surgido el problema de determinar cuál es el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad de que se trata, con respecto a la reviviscencia de las normas que habían sido derogadas.

Elementos integrantes del problema jurídico

A continuación, se describen los elementos que vienen a configurar el problema que se estudia.

Naturaleza del componente inflacionario

Los intereses o rendimientos financieros que se cobran en el mercado por las obligaciones pendiente de pago, tienen dos componentes, a saber: uno remunerativo, correspondiente al lucro cesante que sufre el acreedor de la obligación, en razón de la privación de la tenencia del bien que configura la obligación, y otro, correspondiente al perjuicio que también sufre el acreedor por la pérdida del valor del capital que compone la obligación, por efecto de la inflación ocurrida durante el término de la misma. Este último componente se denomina “inflacionario” y ha sido calificado por la ley tributaria como “no constitutivo de renta ni ganancia ocasional”, porque en realidad no aumenta la riqueza del acreedor, sino que simplemente compensa la pérdida del valor adquisitivo del capital, por efecto de la inflación. Por lo tanto, se puede decir que la ley que calificaba dicho componente como “no constitutivo de renta ni ganancia ocasional”, no consagraba beneficio tributario alguno, sino que simplemente reconocía un hecho económico, que no aumenta la riqueza del acreedor, sino que simplemente la conserva igual.

La derogatoria de las normas legales

La derogatoria de las normas legales puede ser expresa o tácita, según el artículo 71 del C.C. En el caso de la derogatoria tácita, las disposiciones de la ley anterior que resultan incompatibles con las nuevas normas desaparecen del ordenamiento jurídico.

La norma legal derogada no revive por el hecho de que una disposición legal posterior haga referencia a ellas, ni por la abolición de la ley que la

derogó, sino por la reproducción de su texto en una nueva ley, según el artículo 14 de la Ley 153 de 1817.

La reviviscencia de las normas por las sentencias de inconstitucionalidad

La derogatoria de las normas legales y su declaratoria de inconstitucionalidad, son fenómenos jurídicos diferentes. La derogatoria, es un acto político del Congreso Nacional, normalmente, por virtud del cual una norma legal es retirada del ordenamiento jurídico por ser considerada inadecuada o inconveniente por el Legislador. En cambio, la declaratoria de inexecutable de una norma es un acto jurisdiccional de la Corte Constitucional, por ser calificada como incompatible con una norma constitucional. En el caso de que la norma derogada o la declarada inexecutable haya derogado una ley anterior, el efecto que se produce con respecto a la norma derogada por razón de la derogatoria o de la inexecutable de la disposición derogatoria, es completamente diferente. En el primer caso la norma derogada no revive, como según se ha visto, por efecto de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887; en cambio, en el segundo caso la norma derogada recobra su vigencia.

La reviviscencia de las normas legales derogadas por disposiciones legales declaradas inexecutable es una creación de la jurisprudencia colombiana, en la cual han intervenido todas las altas cortes de Colombia. En efecto: el año de 1958 el Consejo de Estado tuvo el primer pronunciamiento sobre el tema; la Corte Suprema de Justicia acogió posteriormente la misma tesis, y actualmente la Corte Constitucional también se ha pronunciado en el mismo sentido.

La Corte Constitucional, en sentencia C-55 del 15 de febrero de 1996 se pronunció en los siguientes términos sobre los efectos de la sentencia de inexecutable de una norma legal derogatoria de otra:

“En cambio, la inexecutable surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política, sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición

legal, por ser ésta de menor jerarquía. Por ello la declaración de inexecutable no es solo hacia el futuro, sino que puede tener ciertos efectos hacia el pasado, ya que la validez de la norma estaba en entredicho por su oposición a la Constitución. Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución –que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es retroactivos– y el respeto a la seguridad jurídica –ente hacia el futuro–. Y, de otro lado, como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivir las disposiciones derogadas”. (Sentencia C-55, feb 15/96. M.P. Alejandro Martínez Caballero). (Se ha subrayado)

Significado de la Palabra “Reviviscencia”

En principio, las palabras se utilizan en su significado “natural y obvio”, según el artículo 28 del C.C. Aunque tal norma se refiere a la interpretación de las palabras de la ley, nada impide que también se aplique a las palabras de la jurisprudencia, la cual es un criterio auxiliar en la interpretación de la ley, según el artículo 230 de la Constitución. Ahora bien, la palabra “reviviscencia” significa: “Acción o efecto de revivir” y “revivir” significa: “Dicho de quien parecía muerto”¹.

Conforme a lo dicho, es posible concluir que la norma derogada por otra declarada inexecutable, solo aparentemente estaba derogada, lo cual permite aplicar el efecto de la declaratoria de inexecutable en forma retroactiva esto es con un efecto “*ex tunc*”, conforme a la jurisprudencia anteriormente citada².

La ley 1943/18, su declaratoria de inexecutable y la ley 2020/19.

El artículo 122 de la Ley 1943 de 2018 derogó expresamente varios artículos del Estatuto Tributario que se referían al componente inflacionario

¹ Diccionario de la Lengua Española, Barcelona, 2014, p. 1920

² Sent. C.55/96.

de los rendimientos financieros, conforme a los cuales el valor correspondiente era considerado como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional³.

La Ley 1943 de 2018 fue acusada de inexecutable ante la Corte Constitucional en su totalidad, por defectos de forma en su tramitación, y por sentencia C-481 del 16 de octubre de 2019 fue declarada inexecutable “por vicios de procedimiento en su formación”⁴. Sin embargo, conforme al punto tercero de la parte resolutoria del fallo, se dispuso que la declaratoria de inexecutable solamente tuviera efecto a partir del 1º de enero de 2020, con el objeto de que el Congreso Nacional pudiera expedir otra ley que ratificara, o modificara la ley declarada inexecutable. Además, en el punto cuarto de la sentencia en referencia, la Corte Constitucional dispuso:

“En caso de que para el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) no se hubiere promulgado y publicado una nueva Ley, DISPONER la reviviscencia de manera simultánea de las normas derogadas o modificadas por la Ley 1943 de 2018, con el fin de que las normas reincorporadas rijan para el período fiscal que inicia el primero (1º) de enero de dos mil veinte (2020) y de allí en adelante”.

El Congreso Nacional expidió la Ley 2010 de 2019, la cual, una vez sancionada por el Presidente de la República, fue promulgada en el Diario Oficial 51179 del 29 de diciembre de 2019.

En el inciso 3º del artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 se dispuso lo siguiente, con respecto a los artículos del Estatuto Tributario, referentes al componente inflacionario, que habían sido derogados expresamente por la Ley 1943 de 2018:

“Se declara la reviviscencia expresa de los artículos 38, 39, 40, 40-1, 41, 81, 81-1, 118 y 491 del Estatuto Tributario, los cuales se encontraban vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018”. (Se ha subrayado).

³ Artículos derogados; 38,39,40, 40-1, 41,81,81-1, 118 y 491 del E.T.

⁴ Sent. C.55/96

La reviviscencia de las normas derogadas

Para establecer el alcance jurídico de la reviviscencia de los artículos del E.T. que se refieren al componente inflacionario como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, es preciso tener en cuenta varios elementos lógicos, que se combinan para producir un efecto fundamental al dar aplicación a las normas revividas. Tales elementos son:

- 1) La naturaleza económica del componente inflacionario de los intereses, que implica que no sea gravado con el impuesto de renta, ya que no corresponde a un enriquecimiento patrimonial verdadero, sino a la recuperación de un valor que se había perdido por efecto de la inflación.
- 2) Lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-481/19, que declaró la inexecutable de la Ley 1943/19, al determinar que, en caso de que no existiera una ley que reemplazara la declarada inconstitucional, a más tardar el 31 de diciembre de 2019, la reviviscencia de las normas derogadas por dicha ley también tendría efecto por el año gravable 2020 y los posteriores. La Ley 2010/19 fue promulgada el 29 de diciembre de 2019, por lo cual las normas derogadas por la Ley 1943/18 no necesariamente tendrían efecto solo a partir de 2020, sino que podrían tener efecto para el año 2019.
- 3) El inciso 3° del artículo 160 de la Ley 2010/19, que dispuso que “se declara la reviviscencia expresa” de los artículos que hacen relación al tratamiento tributario del componente inflacionario, lo cual constituye una novedad en nuestro Derecho, pues “el carácter propio de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar” (art. 4 del C.C.), en tanto que la norma legal que se comenta es “declarativa”, o sea que está reconociendo la existencia de un hecho precedente, que consiste, en este caso, en la reviviscencia de determinadas normas legales. Es preciso observar que el inciso que se comenta no está reproduciendo nuevamente unas disposiciones legales, sino que está reconociendo su reviviscencia, lo cual en materia jurídica es muy diferente.
- 4) Lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-55/96, en el sentido de que:

“Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación frente al caso concreto de los principios encontrados: la supremacía de la Constitución - que aconseja atribuir a la decisión efectos ex - tunc, esto es retroactivos - y el respeto a la seguridad jurídica - que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia futuro” (Se ha subrayado).

En el presente caso, si se reconocieran efectos retroactivos al fallo de inexecutable, por razón de la reviviscencia de los artículos de que se trata, se estaría reconociendo el principio de la supremacía de la Constitución y no se desconocería el respeto por la seguridad jurídica, ya que el no gravamen sobre el componente inflacionario reconoce una realidad económica que respeta el derecho de los contribuyentes a no ser gravados sobre ingresos que no incrementan su patrimonio.

- 5) El significado literal de la palabra reviviscencia, que es “la acción o efecto del verbo “revivir” y éste “se dice de quien parecía muerto”, según el Diccionario de la Lengua Española. Aplicado tal concepto al presente caso, se diría que la reviviscencia de una disposición legal es el reconocimiento de que tal disposición que parecía derogada, en realidad no lo estaba.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones es preciso estudiar si existe alguna oposición ante lo dicho por la Corte Constitucional en el punto cuarto de la sentencia C-481 de 2019 y lo dispuesto por el Legislador en el inciso 3º del artículo 160 de la Ley 2010 de 2019.

Al analizar el punto cuarto de la sentencia C-481/19 de la Corte Constitucional, conforme al cual, si no se hubiera expedido una nueva ley de reforma tributaria. antes del 31 de diciembre de 2019, las normas revividas de que se trata serían aplicables a partir del año gravable 2020, es preciso concluir que es posible que tales normas rijan para el año gravable de 2019, dado que la reforma tributaria a que se refería la Corte Constitucional fue expedida mediante la Ley 2010 de 2019, sancionada y promulgada antes del 31 de diciembre de 2019.

La “declaración” del inciso 3º del artículo 160 de la Ley 2010 de 2019, en el sentido de que respecto de las normas legales sobre el tratamiento

tributario del componente inflacionario ha operado el efecto jurídico de su “reviviscencia”, significa que se debe considerar que la derogatoria de tales disposiciones era solo aparente, dado que la norma derogatoria fue declarada inconstitucional por la autoridad competente para hacerlo.

De lo expuesto se puede decir que no existe oposición alguna entre lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C.481/19 y lo expresado por el Legislador en el inciso 3° del artículo 160 de la Ley 2010 de 2019.

Finalmente es preciso observar que dado el sentido natural y obvio de las palabras “reviviscencia” y “revivir”, según el DLE, se puede concluir que, cuando se reconoce la reviviscencia de un ente, se está diciendo que estaba aparentemente muerto pero que sigue vivo, y, aplicando tal concepto a una norma legal, se está diciendo que su derogatoria era aparente y que sigue vigente.

Conclusión

Se debe concluir que para el año gravable 2019 el componente inflacionario de los rendimientos financieros no constituye renta ni ganancia ocasional, conforme a los artículos 38, 39, 40, 40-1, 41, 81, 81-1, 118 y 119 del E.T., ya que:

- a) Según la sentencia C-55/96 de la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de una norma legal derogatoria de otra, puede tener efecto retroactivo (ex - tunc), siempre que no se afecte la seguridad jurídica.
- b) En el presente caso, al darle efecto retroactivo a la sentencia de inexecutable, no se afecta la seguridad jurídica de los contribuyentes, pues, antes por el contrario, se les está restituyendo en el derecho a no ser gravados sobre ingresos que no constituyen enriquecimiento patrimonial.
- c) No se está desconociendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-481/19, en el sentido de que la reviviscencia de las normas derogadas por la Ley declarada inexecutable tendría efecto a partir del año 2020, pues tal disposición estaba condicio-

nada a que no se hubiera promulgado antes del 31 de diciembre de 2019 una nueva ley de reforma tributaria, y la promulgación de tal ley ocurrió antes de tal fecha.

- d) La declaración que hace el inciso 3° del artículo 160 de la Ley 2010 de 2019, respecto de la reviviscencia de algunos artículos del E.T., que regulan la calidad de ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional del componente inflacionario, configura el reconocimiento de un hecho jurídico, conforme al cual determinados artículos que estaban vigentes antes de la Ley 1943 de 2019 y que fueron derogados por dicha Ley, la cual fue declarada inexecutable, conservan su vigencia, pues dicha derogatoria fue aparente, conforme al significado natural y obvio del verbo “revivir”, que hace referencia al que “parecía muerto”, pero en realidad no lo estaba.
- e) La “reviviscencia” de una norma legal es diferente de la reproducción de la misma en una ley nueva. En el primer caso la norma aparentemente derogada conserva su vigencia anterior; en el segundo caso la norma legal adquiere una nueva vigencia
- f) En síntesis: Es evidente que los artículos del E.T. referentes al tratamiento tributario del componente inflacionario están vigentes actualmente. También es claro que su vigencia actual solo puede tener por causa la reproducción de su texto en una nueva ley o su reviviscencia. Como no se ha reproducido su texto en una nueva ley, se concluye que ha operado su reviviscencia, como lo declara expresamente la ley en el inciso 3° del artículo 160 de la Ley 2010/19. Como la reviviscencia de las normas legales se predica de aquéllas que parecían derogadas, pero que en realidad no lo estaban, se sigue que tales normas conservan la vigencia que tenían antes de la Ley 1943/18 y, por lo tanto, son aplicables por el año gravable 2019.

Bogotá, 6 de abril de 2020

OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL

LA REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS: ¿HAY UNA INVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?

Gonzalo Suárez Beltrán*
Académico correspondiente

Resumen: El acto de apertura de un procedimiento de selección de contratistas del Estado, es necesariamente uno de carácter general, en tanto es una invitación a ofrecer, sin destinatario determinado. Es por eso que llama poderosamente la atención que en la evolución jurisprudencial reciente, algunos pronunciamientos del Consejo de Estado parecieran apuntar a que una vez se han presentado ofertas ante la entidad pública, la naturaleza del acto de apertura se transforma, para convertirse en un acto de carácter particular, lo que somete la revocatoria a la autorización de los interesados en la misma. Este artículo revisa esas decisiones y propone un criterio de análisis propio.

En nuestra opinión, si el contratante público concluye que seguir adelante con un proceso de contratación va en contra de la Constitución o de la ley, o que con él contradice interés público o social, o que causa agravio injustificado a una persona, debe poder revocar motivadamente sin pedir el consentimiento de los interesados. ¿Qué sentido tiene requerir el consentimiento de los eventuales oferentes, o del mejor oferente, para proteger esos valores superiores? ¿Cómo puede privilegiarse el interés que tengan tales oferentes en celebrar un contrato, por encima del interés público? Creemos, entonces, que el requisito de contar con el consentimiento previo y expreso, ya sea del mejor proponente o de todos los oferentes, como se deriva de algunas decisiones recientes del Consejo de Estado, en la práctica hace inviable la

* Abogado Javeriano. MSc en Políticas Públicas del LSE. Profesor de la Maestría de Derecho Administrativo de la PUJ. Conjuer del Consejo de Estado.

revocatoria del acto de apertura y afecta la protección misma del interés general, que es finalmente la justificación de cualquier revocatoria de un acto administrativo de carácter general. Esta conclusión, desde luego, no pretende ser un espacio abierto para la arbitrariedad, porque la revocatoria del acto administrativo general de apertura no es ni podría ser, ajena al control de legalidad.

Palabras clave: Derecho administrativo, contrato estatal, procedimiento de selección de contratistas, acto de apertura, revocatoria, interés general, consentimiento de los oferentes.

JURISPRUDENTIAL OBSERVATORY

THE REVOCATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT OF OPENING A PROCEDURE FOR THE SELECTION OF CONTRACTORS: IS THERE A JURISPRUDENTIAL INVOLUTION?

Abstract: The act of opening a procedure for selecting State contractors is necessarily a general one, as it is an invitation to offer, without a specific recipient. That is why it is striking that in the recent jurisprudential evolution, some pronouncements of the Council of State seem to point out that once offers have been submitted to the public entity, the nature of the opening act is transformed, to become an act of a particular nature, which submits the revocation to the authorization of those interested in it. This article reviews those decisions and proposes an own analysis criterion.

In our opinion, if the public contractor concludes that continuing with a contracting process is against the Constitution or the law, or that it contradicts public or social interest, or that it causes an unjustified grievance to a person, it must be able to revoke motivated without asking for the consent of the interested parties. What is the point of requiring the consent of the eventual bidders, or the best bidder, to protect these superior values? How can the interest that such bidders have in concluding a contract be privileged, over the public interest? We believe, then, that the requirement of having the prior and express consent, either of the best proponent or of all the bidders, as derived from some recent decisions of the Council of State, in practice makes the revocation of the opening act infeasible. and it affects the protection of the general interest itself, which is ultimately the justification for any revocation of a general administrative act. This conclusion, of course, is not intended to be an open space for arbitrariness, because the revocation of the general administrative act of opening is not and could not be, outside the control of legality.

Key words: Administrative law, state contract, contractor selection procedure, opening act, revocation, general interest, bidder consent.

Planteamiento del problema

Tradicionalmente, los actos administrativos han sido conceptuados como todas aquellas declaraciones unilaterales de voluntad de la administración,

que, en ejercicio de la función administrativa, tienen por objeto crear, extinguir o modificar una situación jurídica¹.

Dentro de las construcciones dogmáticas efectuadas alrededor del acto administrativo, resulta clásica la distinción entre el acto administrativo de carácter general, respecto del de carácter particular.

En términos sencillos, se ha considerado que el acto administrativo de carácter general es aquel que no tiene sujetos identificados, por manera que la situación que regula es de carácter impersonal y abstracta, como, por ejemplo, los Decretos reglamentarios; mientras que, por su parte, los de carácter particular², son aquellos con destinatarios plenamente individualizados, dirigidos a generar sus efectos en una situación jurídica que afecta únicamente a sus destinatarios, como podría ser una resolución de reconocimiento de una pensión de jubilación o, en lo que nos ocupa, el acto administrativo de adjudicación dentro de un proceso de selección.

¹ “En relación con la definición de **acto administrativo**, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido.

En consideración a lo anterior y auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada:

“... luego se ha de definir el acto administrativo como TODA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD, JUICIO, COGNICIÓN O DESEO QUE SE PROFIERE DE MANERA UNILATERAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, Y PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS O DEFINITIVOS SOBRE UN ASUNTO DETERMINADO (...)”¹⁵¹.

Por tanto, el acto administrativo debe contener la declaración unilateral de voluntad de la administración, dirigida a producir de manera directa efectos jurídicos. Manifestación de la voluntad de la administración que goza, además, de presunción de legalidad, esto es de conformidad con el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos, hasta que se demuestre lo contrario, lo que se traduce en entender que fue expedido en el ejercicio de competencias previamente conferidas, sujeto a las normas constitucionales y legales que rigen la materia, fundado en el cumplimiento de las funciones previstas en la ley y conforme con la realización de los fines institucionales de que se trata.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 2 de mayo de 2016, Rad. No. 11001-03-26-000-2008-00020-00(35179), C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo)

² “Los actos individuales o particulares o actos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares subjetivas o concretas, son los que se refieren a personas determinadas individualmente. Como ejemplo podemos citar el acto por el cual se destituye a un funcionario.” (Rodríguez R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimoctava edición, Temis, Bogotá D.C, 2012, p. 373 y ss.)

La anterior distinción cobra vital importancia a efectos de determinar la viabilidad de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo por medio de su revocatoria o derogatoria mediante acto administrativo ulterior proferido por la autoridad que lo expidió. Así, en tratándose de actos de carácter general, basta entonces con que la autoridades los deroguen mediante manifestación posterior a su expedición, sin que sea necesario adelantar trámites especiales en lo que a este particular concierne³. Por contraste, en tratándose de actos particulares, por virtud de lo reglado en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, resulta necesario contar con el consentimiento previo, expreso y escrito del particular afectado, para que la administración pueda revocarlo, y, de no obtenerlo, será necesario que por vía de la acción de lesividad (nulidad y restablecimiento) busque la administración obtener su suspensión provisional y eventual anulación.

Visto lo anterior, ¿podría o no revocarse o derogarse el acto administrativo con el que se haga la apertura de un proceso de selección y, en tal caso, con qué requisitos?

Al respecto llama poderosamente la atención que algunos pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, desconociendo el carácter intrínsecamente general del acto administrativo de apertura de un proceso de selección, parecieran apuntar a que una vez se han presentado ofertas ante la entidad pública, la naturaleza de aquel viene a “mutar” en un acto de carácter particular, sometiendo su eventual revocatoria al citado artículo 97 del CPACA y, por tanto, abocando a las entidades a adelantar el trámite del consentimiento previo, expreso y escrito.

El objeto entonces del presente escrito consiste en analizar estas posiciones, y presentar nuestra opinión sobre este particular, como parte de los

³ Desde luego deberán agotar los mecanismos de consulta previa, cuando a ello haya lugar, de conformidad con la Ley. Se lee en la Ley 1437 de 2011: Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

ejercicios que se ha propuesto la ACADEMIA en desarrollo de su OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL.

El acto administrativo de apertura

La textura general del acto administrativo de apertura de un proceso de selección

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), se encuentran sujetas a una estricta legalidad en lo que concierne a los trámites para seleccionar a sus contratistas. Es así como, durante la etapa de planeación de la actividad contractual, deben analizar la modalidad de selección aplicable de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 2° en mención, contiene cinco modalidades de selección dentro de las cuales cuatro de ellas son esencialmente competitivas y con trámites determinados tanto en la Ley como en el reglamento, mientras que la restante, la de contratación directa, es entendida como una autorización para negociar, puesta en cabeza del ordenador del gasto en circunstancias taxativas, sin que sea necesario contar con varios ofrecimientos.

En tratándose de los procedimientos de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada, una vez surtida la fase preliminar de planeación en conjunto con la discusión de los proyectos de pliegos de condiciones, las autoridades, de estimarlo jurídicamente conveniente y materialmente necesario, mediando los restantes requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para honrar el principio de planeación, podrán dar inicio a los trámites de selección de contratistas, para lo cual se precisa la expedición del acto administrativo de apertura.

Sobre este particular, el Decreto 1082 de 2015, señala:

Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 24)

Como se evidencia, esta declaración unilateral de voluntad de la administración no precisa en ninguno de sus apartados de sujetos específicamente determinados, sino que, por el contrario, está dirigido al público en general, a manera de una expresión de la voluntad de la administración para alertar al mercado en frente de un negocio que ella se propone celebrar, lo que de suyo comporta que su naturaleza sea general, tal y como la propia norma trascrita lo evoca. Desde otra perspectiva, diríamos que la administración plantea una oferta de negocio al mercado mediante un acto administrativo general, en la idea de recibir a su turno las de los interesados, de manera que a través del proceso de selección se llegue a aceptar la más favorable de ellas en el acto de adjudicación, mismo de cuya naturaleza particular y concreta desde luego no cabe dudar.

El acto administrativo de apertura en frente de procesos de selección precedidos por el trámite de pre calificación

Dentro del ordenamiento contractual público existe la posibilidad de dar inicio a trámites de pre calificación con el objetivo de conformar una lista corta de pre calificados con respecto a los cuales se adelantará de manera ulterior el procedimiento competitivo de selección de contratistas a que haya lugar.

Sobre el particular, encontramos la posibilidad de conformar las precitadas listas cortas de precalificados en tratándose, de un lado, del concurso de méritos con pre calificación⁴, y, del otro, de los procedimientos de selec-

⁴ Decreto 1082 de 2015: **Artículo 2.2.1.2.1.3.3. Precalificación para el concurso de méritos.** En la etapa de planeación del concurso de méritos, la Entidad Estatal puede hacer una precalificación de los oferentes cuando dada la complejidad de la consultoría lo considere pertinente.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 68)

Artículo 2.2.1.2.1.3.4. Aviso de convocatoria para la precalificación en el concurso de méritos. Si la Entidad Estatal decide adelantar el concurso de méritos con precalificación debe convocar a los interesados por medio de un aviso publicado en el Secop que debe tener la siguiente información:

1. La mención del Proceso de Contratación para el cual se adelanta la precalificación.
2. La forma en la cual los interesados deben presentar su manifestación de interés y acreditar los requisitos habilitantes de experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización del interesado y su equipo de trabajo.
3. Los criterios que la Entidad Estatal tendrá en cuenta para conformar la lista de precalificados, incluyendo la mención de si hay un número máximo de precalificados.
4. El tipo de sorteo que la Entidad Estatal debe adelantar para conformar la lista de precalificados, cuando el número de interesados que cumple con las condiciones de la precalificación es superior al número máximo establecido para conformar la lista.
5. El Cronograma de la precalificación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 69)

Artículo 2.2.1.2.1.3.5. Informe de precalificación. Luego de recibir las manifestaciones de interés y los documentos con los cuales los interesados acrediten la experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización, la Entidad Estatal debe adelantar la precalificación de acuerdo con lo dispuesto en el aviso de convocatoria para la precalificación. La Entidad Estatal debe elaborar un informe de precalificación y publicarlo en el Secop por el término establecido en el aviso de convocatoria para la precalificación. Los interesados pueden hacer comentarios al informe de precalificación durante los dos (2) días hábiles siguientes a la publicación del mismo.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 70)

Artículo 2.2.1.2.1.3.6. Audiencia de precalificación. La Entidad Estatal debe efectuar una audiencia pública en la cual conformará la lista de interesados precalificados para participar en el Proceso de Contratación respectivo. En la audiencia contestará las observaciones al informe de precalificación y notificará la lista de precalificación de acuerdo con lo establecido en la ley. Si la Entidad Estatal establece un número máximo de interesados para conformar la lista de precalificados y el número de interesados que cumple con las condiciones de precalificación es superior al máximo establecido, en la audiencia de precalificación la Entidad Estatal debe hacer el sorteo para conformar la lista, de acuerdo con lo que haya establecido en el aviso de convocatoria.

Si la Entidad Estatal no puede conformar la lista de precalificados, puede continuar con el Proceso de Contratación en la modalidad de concurso de méritos abierto o sin precalificación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 71)

Artículo 2.2.1.2.1.3.7. Efectos de la precalificación. La conformación de la lista de precalificados no obliga a la Entidad Estatal a abrir el Proceso de Contratación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 72)

ción de asociaciones público privadas^{5 6}, en dónde, de manera previa a la licitación, pueden las entidades públicas concedentes conformar una lista previa de pre calificados.

⁵ Ley 1882 de 2018: Artículo 15. Modifíquese el artículo 10 de la [Ley 1508 de 2012](#), el cual quedará así:

Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados. El reglamento también podrá establecer mecanismos por medio de los cuales se pueden excluir a precalificados cuando estos no participen en la realización de estudios adicionales.

⁶ Decreto 1082 de 2015: **Artículo 2.2.2.1.4.5. Sistemas de precalificación.** Para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 smmlv), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La entidad estatal podrá contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados.

La conformación de la lista de precalificados no obliga a la entidad estatal a abrir el Proceso de Contratación. Así mismo, la entidad estatal podrá desistir de utilizar la lista de precalificados y proceder a iniciar un proceso de selección abierto, si con posterioridad a la conformación de la lista se evidencia que no se cuenta con por lo menos cuatro (4) precalificados interesados en presentar oferta.

La entidad estatal no adquiere compromiso alguno de pago o retribución por los estudios complementarios requeridos por el proyecto que adelanten los integrantes de la lista de precalificados.

En caso de adjudicación, el adjudicatario del contrato deberá pagar a los integrantes de la lista de precalificados el valor de los estudios complementarios que haya acordado previamente con la entidad estatal competente.

En aquellos casos en que no se abra el proceso de selección, se desista del uso de la precalificación, o cuando el resultado del proceso de selección sea la declaratoria de desierta del mismo, la entidad estatal competente podrá adquirir aquellos insumos o estudios complementarios adelantados por los integrantes de la lista de precalificados, que le interesen o le sean útiles. Esta adquisición implicará la cesión de los derechos patrimoniales de autor y la libre disposición de los mismos.

Parágrafo. El alcance de los estudios adicionales o complementarios, el valor máximo de los mismos, la experiencia y condiciones de idoneidad de quien los desarrolle, se definirán de mutuo acuerdo entre la entidad estatal competente y los precalificados.

([Decreto 1467 de 2012](#), artículo 16; [Decreto 1553 de 2014](#), artículo 2°)

Pues bien, en estos eventos, cuando la administración pública confecciona la lista corta, cuenta con una potestad discrecional a su disposición, en tanto puede, por un lado, mediando razones de interés público, abstenerse de iniciar el procedimiento posterior, o, por el otro, de considerar necesaria la contratación, iniciar la selección con respecto a los miembros pertenecientes de la lista corta.

En este último escenario, la administración pública profiere un acto administrativo de apertura, que, a diferencia de las reglas generales, sí tiene destinatarios plenamente identificados, esto es, los miembros de la lista corta o de pre calificados, quienes serán en consecuencia los únicos legitimados para presentar ofrecimientos dentro de los procesos de selección. Poca duda caba en consecuencia, de que en este caso estaríamos en presencia de un acto administrativo particular y concreto.

Posturas jurisprudenciales recientes alrededor de la posibilidad de revocar el acto administrativo de apertura

Alrededor de la posibilidad de revocar el acto de apertura se han evidenciado en los últimos años **tres posturas jurisprudenciales**, las que mostramos a continuación:

Primera postura: no es necesario contar con el consentimiento de quienes presentaron ofertas

Esta postura sostiene que para revocar un acto administrativo de apertura, no sería legalmente obligatorio contar con el consentimiento de quienes presentaron propuestas, y por ende no sería aplicable lo reglado en el artículo 97 del CPACA⁷, toda vez que dicho consentimiento previo, expreso y escrito se predica en frente de la revocatoria de actos de carácter parti-

⁷ Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

cular y concreto, característica ajena al acto de apertura, el cual ostenta el carácter de acto general según lo señala de manera expresa el artículo 2.2.1.1.2.1.5.⁸ del Decreto 1082 de 2015, y, además, porque en él no se encuentra determinada ninguna persona individualmente.

En efecto, se lee en este pronunciamiento⁹:

“Definido lo anterior, se concluye con sobradas razones que los actos demandados del caso *sub iudice* no son nulos, porque **el acto administrativo de apertura de la licitación era revocable.**

(...)

En particular, la Sala entiende que –salvo el acto de adjudicación, que tiene un régimen especial– los demás actos proferidos durante la actividad pre-contractual, contractual o pos-contractual son revocables, en las condiciones que establece el CCA. No obstante, que sea posible no significa que la administración no produzca daños indemnizables cuando lo hace, que se explican según las siguientes posibilidades:

- i) Mientras más próximo al acto de apertura se encuentra el que lo revoca, menos probabilidades existen de causar daños con esa medida; sin embargo tampoco se pueden desestimar por ese sólo hecho. Es el caso en que en que se abre una licitación en horas de la mañana de un día determinado, y en la tarde del mismo día se revoca la decisión; en tal evento es altamente probable que nadie sufra perjuicios; aunque no se pueden negar *a priori*.
- ii) De otro lado, mientras más avanza el proceso de selección de contratistas, luego de su apertura, la revocatoria directa sigue siendo posible, siempre que concurra alguna causal prevista en el CCA. Sin embargo, en este evento las probabilidades de causar daños aumentan considerablemente,

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”

⁸ “**Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección.** La Entidad Estatal debe ordenar la **apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general**, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.”
–Subrayas y negrillas nuestras–

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de marzo de 2014, Rad.: 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750), C.P.: Enrique Gil Botero).

pero, en todo caso, tampoco se puede asegurar que necesariamente ocurrirán. Es el caso en que se abre una licitación, y tres semanas después la administración la revoca, cuando existen interesados identificados en participar, que incluso han formulado preguntas sobre el alcance del pliego de condiciones, además de que su personal de trabajo está elaborando la oferta que esperan entregar. En tal evento es altamente probable que sufran perjuicios con la decisión de la entidad, representados, por ejemplo, en: la inversión en estudios, el pago de salarios al personal dedicado durante semanas a examinar el proyecto, entre otros; no obstante, en este supuesto tampoco se pueden asegurar, *a priori*, que esos perjuicios se causarán.

iii) Si el proceso de selección, luego de su apertura, avanza demasiado, la revocatoria directa aún es jurídicamente posible, siempre que concurra alguna causal prevista en el CCA. Sin embargo, en este evento las probabilidades de causar daños se incrementan exponencialmente, pero ni siquiera en este caso se puede asegurar que necesariamente ocurrirán.

Tal es el supuesto en que se abre una licitación, y después de presentadas y evaluadas las ofertas la administración la revoca, es decir, cuando existen interesados definidos, e incluso propuestas con ofrecimientos concretos. En tal evento es altamente probable que los afectados sufrirán perjuicios, representados, por ejemplo: en los mismos costos de estudios y pago de salarios al personal dedicado durante semanas a estudiar el proyecto; no obstante, tampoco se pueden asegurar, *a priori*, que esos perjuicios se causarán. Sin embargo, en este caso surge un problema adicional, en relación con el anterior supuesto: es posible que un proponente esté más determinado a exigir la adjudicación del contrato, porque, incluso, ya sabía que ocupaba el primer lugar en la evaluación de las propuestas.

iv) Finalmente, si el proceso de selección avanza hasta la adjudicación del contrato la revocatoria directa ya no es posible –salvo que concurran los supuestos del art. 9 de la Ley 1150 de 2007–. En tal evento, si la administración revoca la adjudicación, por fuera de las posibilidades legales, será responsable patrimonialmente de los perjuicios que causa al adjudicatario, entre ellos pagar la utilidad que deja de percibir”.

Conforme a los apartados citados, esta vertiente jurisprudencial estima jurídicamente viable que la administración, de manera unilateral, sin contar con el consentimiento de los particulares afectados, pueda proceder a la revocatoria del acto administrativo de apertura de un proceso de selección, desde que, por supuesto, el procedimiento no haya

avanzado hasta la adjudicación del contrato estatal¹⁰. Dicho lo anterior, en todo caso tal posibilidad coloca en los hombros de la administración, la carga de motivar la decisión, en procura de evidenciar y probar las razones de interés público que le asisten, en tanto no otra podría ser la justificación de tal proceder. No obstante, el ejercicio de esta prerrogativa pública, no obsta para que, con el actuar de la administración se puedan causar daños, que, en sentir del pronunciamiento, serían indemnizables a la luz del régimen general de responsabilidad estatal.

Segunda postura: es necesario contar con el consentimiento del mejor proponente

Una segunda postura sostiene que para revocar el acto de apertura cuando ya se cuenta con ofertas presentadas, resulta imperativo **contar con el “consentimiento expreso del mejor proponente”**. (subraya fuera de texto)

¹⁰ “Así, **el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones** y –desde una faceta negativa– la no adjudicación a los otros proponentes.

Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto *sine qua non* para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.

De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 13 de 2011, Rad. No. 19936, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio).

En efecto, se lee en este pronunciamiento¹¹:

“En otras palabras, una vez se han recibido las propuestas, **cerrado el plazo de presentación de las mismas, el acto de apertura de la licitación pública no puede ser objeto de revocatoria directa en forma unilateral por parte de la Administración, sin el consentimiento expreso del mejor proponente**, toda vez que este tiene en su haber la posición jurídica que se deriva de las reglas de la propia convocatoria –que no es otra que la de la oferta mercantil aceptada–, la cual se concreta en el derecho a suscribir el contrato estatal, claro está, bajo el supuesto en que el referido proponente pruebe que presentó la propuesta que debió ser objeto de la adjudicación. –*Subrayas y negrillas nuestras*–

Conforme al apartado jurisprudencial citado, pese a que el acto administrativo de apertura no tiene sujetos precisamente identificados, conforme ya se explicó, en todo caso, cuando quiera el procedimiento haya avanzado hasta su cierre, y se hayan recibido ofrecimientos, será necesario, para su revocatoria, contar con el consentimiento expreso del “*mejor proponente*”. Lo anterior propone una dificultad ontológica: la única posibilidad de revocar el acto de apertura estaría dada hasta el momento previo a la adjudicación, pero sin esta última no podríamos determinar en realidad quien es “*mejor proponente*”, en tanto en el contexto reglado de nuestra actividad administrativa, esa es una conclusión que sólo puede partir de la ponderación objetiva de los factores de selección, la que a su turno sólo podrá ser hecha al momento de adjudicar.

Tercera postura: necesidad de contar con el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas

Una tercera postura sostiene que para revocar el acto de apertura, según lo señalado por el Consejo de Estado, sería necesario **contar con el consentimiento de todos aquellos que presentaron formalmente sus propuestas.**

¹¹ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de abril de 2016, Rad. No. 2500-23-26-000-2007-00664-01 (46818), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico)

Se lee en este pronunciamiento¹²:

*“(…) una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar, de manera que, a partir de ese momento, **para revocar el acto administrativo de apertura**, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 **y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación** y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad” –Subrayas y negrillas nuestras–*

Este planteamiento, inclusive, extiende el requisito del consentimiento, ya no en frente del “*mejor proponente*”, sino de todos aquellos que hayan presentado formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación.

Nuestra opinión

Planteamiento

Es importante destacar que ninguna de las posturas jurisprudenciales analizadas ostenta la categoría de sentencia de unificación jurisprudencial, por manera que su preceptiva no resulta de obligatoria aplicación para la administración pública, sino tan solo criterio auxiliares de interpretación de las normas jurídicas, no obstante lo cual y por provenir de la cima de la jurisdicción de lo contencioso, plantean una dirección de razonamiento de estimable importancia e influjo en la actividad diaria de los operadores jurídicos.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Rad. No. 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297), C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentada la anterior premisa, en observancia del principio de estricta legalidad a que se encuentra sujeta la actividad administrativa, se deberá observar lo que en este sentido estatuye la Ley 1437 de 2011, con miras a determinar la viabilidad jurídica de revocar o no esta clase de actos administrativos. Se destaca entonces que, conforme a las últimas dos posturas que anteceden, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 97 del CPACA¹³, de manera que el consentimiento de (los) particular(es) deberá ser previo, expreso y escrito, y, de no obtenerse, será menester que la entidad demande la nulidad del acto de apertura y solicite su suspensión provisional ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Dicho lo anterior, el análisis sobre la procedencia del acto administrativo de apertura debe abarcar, por un lado, el sustento material que motive a la administración a considerar tal decisión, y, del otro, una vez encontrado el fundamento jurídico que le sirve de causa, el mecanismo instrumental que permita materializarla.

Análisis de los presupuestos jurídicos de la revocatoria

Análisis del presupuesto material

Sobre la institución acá estudiada la doctrina ha expresado¹⁴:

“Dentro del contexto de la desaparición de los efectos de los actos administrativos, la revocación directa consiste en que la administración hace

¹³ Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

¹⁴ Rodríguez R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimoctava edición, Temis, Bogotá D.C, 2012, p. 420 y 421.

desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente, lo cual se conoce en algunos ordenamientos como el retiro de los actos administrativos. Es decir, se trata de un mecanismo de extinción del acto administrativo y de sus efectos que opera por la voluntad de la propia administración.

Esta figura debe distinguirse, por una parte, de la anulación, que es la desaparición o extinción del acto por decisión de autoridad jurisdiccional. Por otra parte, la revocación directa propiamente dicha debe diferenciarse de los recursos administrativos, los cuales también permiten “revocar” o hacer desaparecer los actos por decisión de la misma administración, pero dicha “revocación” o desaparición se produce solo en virtud de recursos contra actos individuales y cuando ellos apenas han sido expedidos, sin que se encuentren aún ejecutoriados, es decir, en firme. Por el contrario, la figura de la revocación directa se presenta por fuera de los términos propios de la vía administrativa e independientemente de ella, sea porque para el caso no haya recursos administrativos o porque habiéndolos, no se hizo uso de ellos.

De manera que la revocación directa es una excepción al principio de inmutabilidad de los actos o a la autoridad de “cosa decidida” de que ellos están investidos”.

Mediante Sentencia C-095 de 1998 la Corte Constitucional señaló:

“La figura de la revocatoria directa de un acto administrativo no forma parte de la vía gubernativa, ni constituye un recurso ordinario, **se trata de una decisión soberana y unilateral de la administración en cumplimiento de un deber de revisión del Estado de sus propios actos, que se sustenta en el principio de legalidad, y en los valores fundantes constitucionales a la libertad de los administrados y a la justicia, que le permite rectificar su actuación o decisión sin la necesidad de recurrir al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos**”. (Negrilla fuera de texto)

Teniendo como guía entonces la esclarecedora postura de la Corte Constitucional sobre el alcance y propósito de la revocatoria de los actos administrativos, consideramos que en punto de la que pudiera recaer sobre un acto de apertura de un proceso de selección, la administración deberá, ante todo, lograr determinar si el mismo se encuentra incurso en una causal legal de revocatoria, las que, conforme a lo señalado en la Ley 1437 de 2011, son:

Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Sea este el lugar para plasmas algunas consideraciones jurídicas alrededor de estas causales legales de revocatoria de los actos administrativos.

Manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley

La manifiesta oposición, en nuestra opinión vendría dada por que se evidencie, sin necesidad de elaboradas elucubraciones, que el acto contravenga normas constitucionales o legales.

A manera de ejemplo, podría pensarse en un acto que da apertura a un procedimiento de selección que tiene por objeto adquirir bienes de características técnicas uniformes y de común utilización, estableciéndose en las bases del certamen factores de calificación adicionales o diferentes al precio, cuando por expreso mandato del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, en frente de estos aprovisionamientos, sólo se puede calificar el precio.

Cuando no estén conformes con el interés público o social

Alrededor de la causal contenida en el numeral 2° del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado ha señalado¹⁵:

“Por lo demás, la noción “*interés general o público o social*”, si bien es una cláusula abierta signada por una dificultad enorme de precisión, no deja de ser una categoría jurídica, al ser el real fundamento y verdadera explicación del derecho administrativo y frente a ella, como advierte Parejo Alfonso:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Rad. No. 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

“...mientras que el legislador cuenta con una gran libertad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo y, en particular, la Administración pública intervienen ya –como regla general– sobre la base de la concreción legislativa del interés general y, por tanto, obligadamente dentro de los márgenes que resultan de tal concreción. Ésta puede ser –y de hecho es– diversa, dando lugar a potestades ejecutivas y administrativas de configuración distinta (discrecionales y regladas, ambas en grado variado)”.

De hecho, esta cláusula se encuentra prevista en el artículo primero constitucional cuando al redefinir nuestro régimen político como Estado social de Derecho, establece sin ambages que éste se funda en la “*prevalencia del interés general*”, de modo que se trata de uno de sus principios o valores superiores, cláusula luego reiterada bajo la modalidad tomista de “*bien común*” en el artículo 133 respecto de las actuaciones de los miembros de cuerpos colegiados, contenida asimismo en el artículo 209 donde señala que la función administrativa “*está al servicio de los intereses generales*” y reiterada, por fin, en el artículo 333 cuando regula la actividad económica.

De la dialéctica *interés público - interés particular* conoce en últimas el juez administrativo quien, desde una óptica jurídica y no de conveniencia, resolverá sobre la legalidad y –en consecuencia– sobre la validez jurídica de lo que se somete a su control, lo cual parte del supuesto según el cual el ejercicio de la discrecionalidad debe desplegarse dentro de la esfera de lo lícito”.

Para analizar este punto, parece de meridiana importancia advertir que la administración debe **tener en cuenta que por medio de la contratación pública se persigue la realización de un interés público**^{16 17}, en donde

¹⁶ Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en armonía con los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ésta para su logro, quienes si bien concurren a él persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual, cumplen una función social que implica obligaciones. O sea, **todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público.**” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 17 de marzo de 2010, Rad. No. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio).

¹⁷ “Además debe tenerse en cuenta que, como el contrato estatal persigue la satisfacción del interés general mediante la prestación del servicio público que se pretende realizar por medio del objeto del contrato, la finalidad máxima de la contratación se halla en la

los procedimientos de selección de contratistas buscan que la administración obtenga la mejor oferta posible en procura de la oportuna prestación de los servicios públicos¹⁸.

Así pues, sin que sea posible sentar una premisa infalible sobre el particular, bástenos decir de manera general, que le compete a la administración con miras a justificar esta causal, argumentar cómo el objeto contractual, por hechos sobrevinientes a la apertura, ya no le sirven de utilidad para satisfacer un determinado interés público.

efectiva ejecución del objeto contractual y por ende en la real prestación del servicio y la satisfacción del interés general.

Al respecto se ha dicho:

“La defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron”.

De manera que es el interés general el que determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, todos ellos supeditados al cumplimiento de los fines del Estado y de las obligaciones generales derivadas del pliego de condiciones y del contrato estatal. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 9 de febrero de 2017, Rad. No. 85001-23-33-000-2013-00221-01(52805), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

¹⁸ El Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define la licitación pública, como “*el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable*”.

De esta definición legal debe entenderse la licitación como un procedimiento administrativo, conformado por una serie de actuaciones armonizadas entre sí, que provienen tanto de la Administración como de los oferentes, las cuales son de público conocimiento, con el fin de seleccionar, en condiciones de igualdad, la mejor propuesta que satisfaga el interés público.

También se ha definido la licitación pública como un procedimiento administrativo, preparatorio de la voluntad contractual, conformado por un conjunto de actos combinados entre sí, con unidad de efectos jurídicos, el cual tiene como finalidad escoger al contratista más idóneo y que ofrezca las condiciones más favorables para la Administración, dentro de los límites y formalidades fijados por la ley, en protección de la legitimidad de la contratación y del interés público. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp.: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez)

A manera de ejemplo, piénsese en la construcción de una determinada infraestructura, planificada mediante determinadas condiciones materiales, las que, por hechos de la naturaleza o del hombre, cambian intempestivamente, imposibilitando técnicamente la ejecución del objeto tal y como se encuentra previsto. En tal evento, perseverar en semejante objeto contractual es evidentemente inconveniente, por cuanto la infraestructura no es viable técnicamente, por lo que no se vislumbra que provecho le reporte a los intereses generales.

Cuando cause agravio injustificado

Alrededor de esta causal, la jurisprudencia ha explicado...

“Por lo que dice relación a la tercera de las causales del artículo 69 del C.C.A., esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad –como lo afirma parte de la doctrina nacional– un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior”¹⁹.

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con el alcance de la expresión **“agravio injustificado”**, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que “se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un **perjuicio sin motivo, razón o fundamento** a una persona, **el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto**, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior.

Sobre este punto, a manera de ejemplo, podría pensarse en un contrato calculado mediante unas determinadas bases económicas, no obstante las cuales, por cálculos deficientes de la administración, o por causas sobre-

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005, Rad. No. 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

vinientes, evidencian que de celebrarse el contrato estatal, su ejecución causaría extrema onerosidad en contra del contratista.

Análisis del presupuesto procedimental

Una vez superado este test de legalidad, compete analizar el expediente procedimental que permitirá instrumentar la decisión.

El caso de los actos de apertura de carácter general

En frente de los actos de apertura, siendo esto de carácter general, estimamos que el requisito de contar con el consentimiento previo y expreso, ya sea del mejor proponente, o de todos que hayan presentado formalmente su ofrecimiento, no se compadece con lo que sobre el particular disciplina el artículo 97 del CPACA. En consecuencia, en nuestro criterio parece necesario respaldar la primera postura jurisprudencial reseñada, destacando que las dos restantes no sólo abren la puerta a adelantar ritualidades no previstas en la ley²⁰, sino más que eso, afectan la protección misma del interés general, al impedir que se le tutele de manera motivada cuando se llega a la conclusión sobre la necesidad de la revocatoria de la apertura del proceso de selección en los términos del artículo 93 CPACA.

La conclusión que se propone, desde luego, no pretende ser un espacio abierto para la arbitrariedad, pero sí pretende respaldar al administrador público. Sencillamente y dicho de otra manera, si el ordenador del gasto llega a la conclusión que seguir adelante con un proceso de contratación va en contra de la Constitución o de la ley, o que con él se va en contra del interés público o social, o que con él se causa agravio injustificado a una persona, me pregunto, ¿qué sentido tiene requerir el consentimiento de los eventuales oferentes, o del mejor oferente, para proteger esos valores superiores?

²⁰ ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:
(...)

2°. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

¿Cómo puede privilegiarse el interés que tengan tales oferentes en celebrar un contrato, por encima del de la tutela del interés público?

Dicho lo anterior, la revocatoria del acto administrativo general de apertura no es ni podría ser, ajena al control de legalidad. En ese sentido, esa podrá ser la instancia en la que quienes se sientan afectados por la decisión, acudan a buscar la tutela de sus derechos y a probar y reclamar los eventuales daños. Con todo, **consideramos que la anterior indemnización tiene como requisito ineludible, la ilegalidad del acto de revocatoria, ya que no de otra manera podría entenderse que el daño es antijurídico. En efecto, mediando motivo legal para su revocación de conformidad con las causales de revocación del artículo 93 CPACA, creemos firmemente y así lo defendemos ante el foro de la ACADEMIA, que los particulares están en el deber jurídico de soportar los efectos de tal determinación. Esta es, para nosotros, la solución que debiera tener la antinomia que propone la evolución jurisprudencial reseñada.**

El caso de los actos de apertura antecedidos por procedimientos de precalificación

Mediando precalificación, la apertura del proceso de selección, al tener destinatarios claramente especificados, no podría calificarse como un acto de carácter general, sino como uno de carácter particular, por lo cual sería necesario agotar los requisitos legalmente previstos para su revocatoria, en punto a contar con el consentimiento del titular de la situación jurídica de carácter particular y concreta creada por dicha manifestación de voluntad. Acá entonces, valdrá la pena cuestionarse alrededor del alcance del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, en relación con este particular evento.

Repárese en que, si bien dicha manifestación de voluntad tiene unos destinatarios especificados, una vez adelantado el procedimiento de selección, no todos los sujetos allí señalados tienen interés jurídico en la actuación.

Evidente resulta que aquellos que no presentaron formalmente propuesta, pese a estar incluidos en el acto de apertura, no tienen interés jurídico en la actuación, ya que, por simple sustracción de materia, no podrán resultar favorecidos con la adjudicación del contrato estatal, luego el consentimiento

previo demandado por la norma, en sana lógica jurídica, no podría estar dirigido hacia ellos.

Dilucidado este punto, queda el debate limitado a aquellos precalificados que presentaron formalmente su propuesta, sea que el consentimiento deba solicitársele a todos ellos, o circunscribirse en frente de quién pueda calificarse como el mejor proponente.

La respuesta, en nuestro criterio, habrá de decantarse por el momento en que se encuentre el procedimiento de selección, ya que, por la dinámica propia de tales certámenes, hay instancias en dónde no resulta jurídicamente posible determinar quién es el mejor proponente.

Piénsese en los procedimientos de APP, en dónde la oferta económica se califica en la audiencia de adjudicación, en tanto allí se abre al sobre económico y se aplica la fórmula de calificación de este componente, por manera que antes de este evento no resulta posible conocer con certeza quién es el “mejor proponente”.

En tales eventos, si la revocatoria está llamada a tener lugar antes de dicha calificación, en tanto todos los oferentes tienen interés jurídico en ser calificados y adjudicatarios, consideramos que el consentimiento debería ser obtenido por todos ellos. Por el contrario, si ya se corrió la fórmula aritmética, y existe certeza acerca del “mejor proponente”, y aún no se expedido la adjudicación, este será el único sujeto con interés jurídico en la actuación, luego él sería el llamado a otorgar su consentimiento para la revocatoria de la apertura.

En cualquier de los anteriores escenarios, de no contarse con el consentimiento de los sujetos que tengan interés jurídico en la actuación, conforme a lo señalado en el artículo 97 del CPACA, será necesario demandar su nulidad ante la jurisdicción solicitando como medida previa, su suspensión provisional.

En este escenario, consideramos que, mediando prejudicialidad en lo que respecta al procedimiento de selección, conforme a lo establecido en el artículo numeral 1° del artículo 161 del Código General del Proceso²¹,

²¹ Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

aplicable a estos asuntos conforme lo previene el artículo 77 de la Ley 80 de 1993²², le compete a la administración declarar su suspensión.

En frente de los sujetos demandados, y, particularmente, aquel que considere tener derecho a ser adjudicatario, por ser su oferta la mejor y mas conveniente para la entidad, resulta altamente aconsejable demandar en reconvención, con miras a que, de no declararse la nulidad del acto de apertura, se estudien sus pretensiones indemnizatorias encaminadas a recibir la utilidad dejada de percibir.

Colofón

Como prueba del influjo que tiene la discusión jurisprudencial y sus matices, sobre la forma de pensar de la administración, obsérvese que en el recientemente expedido Decreto 537 de 2020, por medio del cual se adoptaron medidas en materia de contratación estatal en el marco de la

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

22 ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1°. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 2°. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.

emergencia económica, social y ecológica generada por la pandemia del COVID 19, se lee en el inciso segundo de su artículo 3 lo siguiente:

“En caso se requerirse recursos para atender situaciones relacionadas con la pandemia derivda del coronavirus COVID 19, las entidades públicas **podrán revocar**, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, **siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de las ofertas**. Contra este acto administrativo no proceden recursos”. (Negrilla fuera de texto)

Ante el reto que representa para el Estado Colombiano y para la sociedad en su conjunto superar la crisis ocasionada con la pandemia del COVID 19, esta norma plantea un verdadero absurdo: aunque el interés público reclame reorientar los recursos a otros fines para superar la crisis, NO se podrán revocar los actos administrativos de apertura si ya venció el plazo para presentar ofertas! Eso equivale a decir, que se condena al Estado colombiano a celebrar contratos que van en contra del interés público! Este desarrollo legal, ciertamente supera las tesis jurisprudenciales reseñadas que requerían el consentimiento de los oferentes para la revocatoria. Ese no es, ni puede ser, el entendimiento de la figura de la revocatoria de los actos administrativos a que se refiere el artículo 93 del CPACA.

Quinta parte

Semblanzas y reseñas

JOSÉ MARÍA SAMPER

Rodrigo Puyo Vasco*

Académico de número

Nuestro apasionante, desconocido y muy rico siglo XIX, ha sido descrito en forma inteligente y con bello estilo en la documentada “Biografía de un Converso”, que es el recuento del trasegar de José María Samper, escrita por el estudioso historiador y abogado, Mario Jaramillo. Sin duda, este trabajo es un formidable aporte a nuestra historia jurídica política, social, económica, religiosa y cultural, aparte de constituirse en un análisis de un testimonio de vida de un gran colombiano de la época. Esta singular centuria se inicia con el final colonial de la Nueva Granada y el comienzo de nuestro andar independiente, que se confunde con la creación de nuestras instituciones, de su juridicidad de la cultura, de la opinión pública, es decir de la identidad nacional que coincide con el inicio de la parábola vital de José María Samper.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, **Doctor en Mercado y Derecho, Cum Laude, Universidad Pablo de Olavide – Sevilla – España**. Consultor en el área de Derecho Privado desde 1970 de diferentes compañías particulares y del sector público en contratación y derecho mercantil. Director de la firma **Rodrigo Puyo y Asociados S.A.S.**, Medellín – Bogotá. Delegado del Presidente de la República en la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Presidente de su Comité Jurídico y del Comité Asesor del Centro de Arbitraje y Conciliación.

Fue Samper un hombre de provincia que desarrolló sus actividades mercantiles, en las cuales no fue el mejor, en su natal Honda, en Mariquita, en Ambalema, en Guaduas, en la Mesa, teniendo como descanso final a Anapoima, el saludable poblado cundinamarqués. No debe olvidarse su escrito sobre el Bambuco, que revela aún más su vinculación con el terruño. Igualmente fue hombre de mundo, actuando como miembro de la élite política y cultural de la Bogotá de entonces. En el exterior, en Francia, país en el cual vivió, se relacionó con conspicuos personajes como el mítico LaMartine, el de los Girondinos o como el gran Victor Hugo, tan cercano a los radicales. En España departió con personajes como Orense y Castelar. Igualmente viajó a Inglaterra, de gran influencia en esa época por la moda de la anglomanía, por Bentham y por su triunfante modelo industrial. También ejerció el periodismo en el Perú. No es fácil explicar su acceso a tan exclusivos círculos intelectuales ni el conocimiento de tantas lenguas del singular tolimense, un políglota, que con conocimiento retrata el biógrafo Jaramillo.

José María Samper, al igual que su hermano Miguel Samper, también hombre público conocido como “el Gran Ciudadano”, a quien lo unió un gran afecto fraterno, pero tuvo grandes diferencias de opinión, fue actor permanente de la política nacional durante buena parte del siglo XIX, sin haber alcanzado las distinciones y honores que merecía. Debe resaltarse su infatigable afán de comunicar su pensamiento, que lo llevó a la creación de una decena de efímeros pero influyentes periódicos y a escribir centenares de artículos de opinión para publicaciones nacionales y extranjeras. No estuvo exento, sin grades resultados, de la tendencia nacional de la época de incurrir en la poesía; también fue prolífico novelista, con mediano éxito. También participó en la fundación de la Universidad Nacional de Colombia. Fue cultor de lo que hoy se denomina ensayos, siendo tal vez el más trascendente su escrito autobiográfico “Historia de un Alma”. Sin embargo, el texto más sólido que aún sorprende por su sistematicidad, objetividad y análisis es su “Tratado de Derecho Público” en el cual pasa revista a nuestro acontecer constitucional, desde la época revolucionaria de la independencia y su eclosión constitucional de los inicios republicano; posteriormente estudia el comienzo de nuestro andar como Nación en el periodo de la Gran Colombia, analiza las constituciones granadinas

de 1832 y 1843, así como el inicio federalista y la Confederación. Criticó la expresión máxima de esta tendencia, la Constitución de 1863, que dio origen a 52 constituciones de los llamados Estados soberanos y también a más de 50 insurrecciones. De esta carta decía con sorna y probablemente con razón, que cada artículo tenía su dueño. Finalmente analizó la Constitución de 1886, por la cual se refundó la Nación y de la cual, como lo recuerda Jaramillo, fue actor de primera línea como constituyente delegatario, proponiendo textos y en alguna forma compartiendo responsabilidades con uno de sus permanentes contradictores de otras épocas Don Miguel Antonio Caro. En este importante episodio exhibió su espíritu de mediador impulsando fórmulas que acercaron el centralismo necesario después de la crisis desintegradora que produjo el excesivo federalismo, a una descentralización que permitiera que las regiones no estuviesen ausentes de toda decisión. Además, propuso esquemas sobre el estado de sitio, el modelo del régimen presidencial y la relación armónica entre los poderes.

En la obra ya reseñada, “Tratado de Derecho Público”, Jose María Samper incluyó una frase lapidaria según la cual “la historia de nuestro derecho constitucional es en compendio, la historia de nuestras revoluciones, pues no ha existido ni una sola de nuestras constituciones, ya nacionales, ya de los estados que últimamente componían la unión colombiana, que no haya sido el inmediato fruto de una revolución o insurrección triunfante; o que al pacíficamente ser discutida y expedida no haya servido de pretexto para una posterior insurrección”.

Otra excepcional preocupación intelectual de Samper, destacada por su exquisito biógrafo, es el interés pionero en el campo de la etnografía, al describir los diferentes grupos humanos del país incluso con referencias a la tesis del origen judío del pueblo antioqueño. Los comentarios que recibió del consagrado Élisée Reclus, iniciador de esta disciplina en Occidente, que escribió un incomparable estudio al final del siglo XIX, sobre la Sierra Nevada de Santa Marta, revela el nivel que alcanzaban sus reflexiones.

El hilo conductor de esta biografía, como lo advierte su título, es la de un converso tanto en lo religioso como en lo político, al pasar de un anticlericalismo y agnosticismo a una militancia católica, aunque a pesar de las opiniones de su cónyuge, nunca dejara su molestia por la Compañía de Jesús. Se declaraba católico liberal, pero predicaba la separación de la

iglesia y del Estado y obviamente abjuró de Bentham, a quien considero “El Mal del Siglo”. Su apología de la tolerancia lo llevó a criticar la falsa postura según la cual todo adversario es un enemigo, antecediendo en su pensamiento al de la filósofa contemporánea Adela Cortina. Este tránsito lo llevó a exaltar el centro político, a mitigar sus críticas al pasado colonial, e incluso lo llevó a entrar en contradicción con Salvador Camacho Roldán, su entrañable amigo. En lo que nunca claudicó fue en su oposición al establecimiento de un Banco Central, idea promovida por Núñez. Uno de los méritos del historiador Jaramillo es el adentrarse en los temas filosóficos y políticos de tan trascendental cambio de Samper y no quedarse solo con su descripción de su deriva ideológica al conservatismo y al catolicismo militante, que tan solo tiene paralelo con la de Núñez, con la diferencia de la transparencia de Samper en la defensa de su mutación, que difiere de las formas crípticas del hombre del Cabrero. No se debe olvidar la influencia de las Soledades Acosta y Román en tan drásticas metamorfosis. Ambas vidas fueron distantes a la de un tercer personaje de la época, el general Mosquera, quien muy lejos de ser un pensador, Samper retrató en sus principios al calificarlo como “Federalista de la época”, es decir un oportunista del poder.

La familia de Samper estuvo marcada por su matrimonio con la que pudiera denominarse la primera culta republicana: Soledad Acosta de Samper, prolífica escritora, novelista con gracia, quien legó como testamento literario, entre otros, a la revista “MUJER”, dirigida y escrita solo por mujeres en una época de poco reconocimiento de género y a quien solo recientemente se le ha hecho un reconocimiento nacional. Igualmente, sufrió la dolorosa pérdida de dos de sus hijas y gozó del afecto de su extensa familia.

El recobrar la vida de José María Samper, que es el recobrar una visión del siglo XIX, es una singular contribución del escritor Mario Jaramillo, quien entrega al país una historia del comienzo de su andar independiente encarnado en la existencia de uno de sus mejores ciudadanos, un tanto olvidado.

JUSTO AROSEMENA QUESADA

(1817-1896)

Hernán Alejandro Olano García*
Académico de número

Introducción

Uno de los padres del nacionalismo panameño fue el jurista colombo-panameño Justo Arosemena Quesada, estadista, político y parlamentario, economista y filósofo, jurista y diplomático, polemista y columnista como escritor satírico, pero particularmente, un cristiano no practicante, convencido, de que “ningún país civilizado puede hoy prescindir de la tolerancia religiosa, de la libertad de conciencia y de la franca permisión de entrada a todo extranjero honrado y laborioso”.

* Doctor en Derecho Canónico, con estancias posdoctorales en Historia y en Derecho Constitucional; magíster en Relaciones Internacionales y en Derecho Canónico; M.B.A. y master of Soft Skills. Especializaciones en: Derechos Humanos, Bioética, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Liderazgo Estratégico Militar, Gerencia y Gestión Ambiental, Pedagogía y Docencia Universitaria. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; miembro correspondiente Extranjero de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales; colegiado honorario del Muy Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima; individuo de las Academias Colombiana, Panameña y Boyacense de la Lengua y un larguísimo etcétera. Vicerrector general de la Universidad La Gran Colombia (Actualmente).

Con su hondo sentido moral, no obstante ser un liberal radical gólgota, Arosemena era respetuoso del disenter humano y adversario leal y sensato del conservatismo. Gran pensador y prolijo escritor, se preocupó por la relación entre la historia, el derecho y la sociedad y, su aproximación a los problemas políticos y sociales se caracterizó por ser científica, como se aprecia en el profundo análisis que realiza en cada una de sus obras, algunas de ellas influidas por el positivismo inglés y por el utilitarismo benthamista, pero, ante todo, “estudiaban el país, así desde el punto de vista físico, como del moral e intelectual en que lo dejó la colonia, observando cómo estaba distribuida la población, y cuáles eran sus hábitos, costumbres, alcances, inclinaciones y medios de subsistencia; de los que analizaban el grado de educación popular en las diversas regiones de la república, y el alejamiento en que ésta se hallaba de las sociedades más adelantadas en cultura y civilización; de los que primero profundizaban todo esto, decimos, a fin de proceder luego a la selección de los medios de desarrollo reconocidos como los más eficaces en tales circunstancias y a la adopción de las ideas generalmente aceptadas como buenas, que pudieran germinar allí de una manera espontánea y provechosa”.

Desde pequeño tuvo gran interés por el conocimiento y era un observador poco común de los hombres y de las cosas, lo cual le permitía recordar hechos y circunstancias que otros daban por episodios menores. Por esa razón fue un aficionado a la frenología, esa antigua doctrina psicológica, según la cual las facultades psíquicas están localizadas en zonas precisas del cerebro y en correspondencia con los relieves del cráneo y que permitía conocer las aptitudes y el carácter de las personas, lo cual estudió en Nueva York, donde era asociado a la firma de Camacho Roldan y Vengochea. Incluso en 1851 decidió que se le efectuara un análisis a la forma de su cráneo en el consultorio del doctor Fowlers, del que resultó que tenía “facultades intelectuales aptas para la ciencia y la literatura, y se empeñan gustosas en cualquiera de estos dos estudios”.

Sin embargo, su ensayo *El Estado Federal de Panamá* es tal vez la publicación más importante sobre el tema en Colombia, en el cual se destaca su labor conciliadora y a la vez visionaria como jurista, particularmente del Derecho Constitucional, pues contribuyó a la redacción de numerosos textos constitucionales, en los cuales quiso moderar los ímpetus del fogoso

Tomás Cipriano de Mosquera, la tranquilidad de Aquileo Parra y los alcan- ces de Rafael Núñez.

El Estado itismeño de Panamá era la región de la federación colombiana con mayor comercio mundial, la que tenía el mayor número de extranjeros y donde se desarrollaron los dos proyectos más importantes de infraestructura de los siglos XIX y XX de la República: el ferrocarril de Panamá en 1855 y el Canal Francés en 1881. Panamá fue también una región en la que se vivía en estrecho contacto con potencias mundiales de la época como Inglaterra, Estados Unidos y Francia y, siendo una región tropical donde la mayoría de la población de los centros urbanos era afrodescendiente y donde mayoría de los liberales eran negros y mulatos, se ganó, por parte de los cónsules extranjeros, el apodo de “el partido liberal negro”.

Todas estas condiciones del Istmo influyeron en el pensamiento de Arosemena y lo llevaron a meditar profundamente en la relación entre región y centro, así como como en la relación entre los Estados Unidos y la América española.

Arosemena se preguntaba qué era la civilización latina y llegó a la conclusión, que el fundamento de la civilización latina era únicamente la democracia. Precisamente, don Justo enfiló todas sus energías al servicio de lo panameño, como expresión del sentimiento colectivo de nacionalidad sobre bases firmes. No por nada, fue calificado como “el hombre de mayor prestancia intelectual y moral que ha producido el Istmo” y definido como transparente en su actuar, por su “honradez acrisolada, por la entereza de su carácter, por su poderosa inteligencia y por su vasta ilustración”. Fue, sin lugar a duda, un batallador incansable del pensamiento, que rindió siempre, convencido y fervoroso, culto a la verdad y a la justicia.

Y, “enemigo de todo amaneramiento, siempre poseyó un odio implacable al entono de los necios y a ‘a fatuidad de los pedantes”.

Puso Arosemena como nadie, «al servicio de su equilibrio intelectual el empeño sin tregua de su amor a la acción, “desafiando y venciendo prejuicios, defendiendo sin debilidades sus convicciones y sus deberes en pugna con todas las reversiones y todos los convencionalismos de las cátedras caducas, en nombre de la libertad y de la justicia, postulados fundamentales de su religión sin dogmas”».

Información biográfica

Don Justo Arosemena Quesada vio la luz en la ciudad de Panamá, el 9 de agosto de 1817 y falleció en el puerto de Colón, el 23 de febrero de 1896. Fue bautizado con los nombres de José Justo del Carmen, el 11 de agosto de 1817 por el Cura Rector del Sagrario de la Catedral, José Calvo, siendo padrinos don Blas Arosemena y doña Manuela Quesada. Procedía de una de las pocas familias notables afincadas en la ciudad, entre las que prácticamente solo resaltaban los Arosemena, llegados de Bilbao en el siglo XVII; con los Vásquez de Gortayre, los Caparroso, los Icaza, los Arze y los Soparda.

Era hijo de don Mariano Arosemena, quien había participado en la lucha libertadora de 1821 contra España (emparentado con los Marqueses de Negreiros que menciona Ricardo Palma en sus Tradiciones) y, de doña Dolores Quesada, de ilustre abolengo, (emparentada con el fundador de Bogotá Gonzalo Jiménez de Quesada), quienes además de don Justo, procrearon a Manuela, Mariano, Blas, Carmen, Luisa, Martina y Dolores. Nieto por línea paterna del señor Coronel don Pablo de Arosemena, Caballero de la Real y Distinguida Orden Española de Carlos III y de doña Martina de la Barrera: y por la materna del señor don Miguel de Quesada y de doña Catalina Velarde. El 29 de septiembre de 1818, de manos de don Fray José Higinio Durán, Obispo de Panamá, recibió el sacramento de la confirmación, siendo su padrino don Pablo de Arosemena. Entre los hijos de la familia Arosemena Barrera estuvieron Tomás Demetrio, Inés Josefa del Carmen y José Fabio de las Mercedes.

Luego de aprender inglés desde muy pequeño con el matrimonio Howard, sus padres lo matricularon a los cinco años para cursar primeras letras en su ciudad, bajo el cuidado del ecuatoriano Alfredo Baquerizo. Luego ingresó al Colegio de Panamá, plantel de enseñanza secundaria, de que era rector, entonces, el canónigo doctor Juan José Cabarcas. Luego de un desencuentro familiar entre si continuaba estudios en Inglaterra o en Bogotá, doña Dolores, tan apegada a su hijo, manifestó que la Divina Providencia lo quería más cerca, razón por la cual fue enviado al Colegio Mayor de San Bartolomé en Bogotá, acompañado de su tío Blas, quien acababa de ser elegido Senador de la República.

En San Bartolomé obtuvo al año de llegar, el título de Bachiller en Humanidades y Filosofía en 1833, ingresando luego a la Universidad Central, en la cual recibió, con la firma de Ezequiel Rojas, el diploma de Bachiller en Jurisprudencia en 1836. Dichos estudios eran precedidos de “la aprobación de las clases de Literatura, que comprendían: lengua castellana y latín combinados, lengua griega, lengua inglesa, francés, literatura, bellas artes, elocuencia y poesía. Además, debían ser previamente aprobadas las clases de Filosofía: matemáticas, geografía, física, lógica, ideología y metafísica, moral y derecho natural. Para obtener el grado de bachiller en Derecho eran precisos los siguientes cursos: Principios de legislación universal; 2º: Derecho constitucional y Ciencia administrativa; 3º: Derecho internacional y Economía política; 4º: Derecho civil patrio y 5º: Derecho eclesiástico”.

Al graduarse y regresar a su ciudad, ingresó a trabajar en Panamá en el estudio del doctor Esteban Febres Cordero, abogado de gran prestigio en los tribunales de la Nueva Granada, Ecuador, Perú y Chile, países en los cuales había vivido y ejercido su profesión.

Luego de practicar durante catorce meses la profesión en ese bufete, viajó a Cartagena y se matriculó en la Universidad del Magdalena e Istmo le confirió, obteniendo los títulos de licenciado y doctor en jurisprudencia el 22 de diciembre de 1837. El diploma respectivo lleva la firma del doctor Bernardo José Garay, rector de la Universidad, y de los examinadores más antiguos, doctores Dionisio Araújo y Manuel del Río.

Inscrito para litigar ante el Tribunal de Justicia del Magdalena, compuesto por las provincias de Cartagena, Santa Marta, Mompós, Panamá y Veragua, don Justo libró la lucha por el establecimiento de un Tribunal en su ciudad, que fue instaurado por medio del Decreto Legislativo de 15 de mayo de 1835, no obstante que los magistrados del Tribunal del Magdalena seguían con el conocimiento lento de las causas originadas en Veragua y Panamá, hasta el 30 de abril de 1838, cuando se instaló formalmente el tribunal de apelaciones del Istmo.

El 19 de marzo de 1838, ante el presbítero Manuel de la Barrera, Canónigo de la Catedral, contrajo don Justo nupcias con doña Francisca Barrera, hija legítima de Lino de la Barrera y Josefa Velarde, actuando como testigos los señores Mariano Arosemena, Joaquín Morro y Manuel Velarde.

En segundas nupcias en 1858, tuvo un matrimonio que no fue nunca feliz, y constituyó desaciertos con doña Luisa Livingston.

Fue Arosemena, presidente del Estado Soberano de Panamá, ministro de Relaciones Exteriores, y embajador de los Estados Unidos de Colombia en Perú, Venezuela, Francia y Estados Unidos como ministro Residente desde 1879 (país que calificó como “tierra de las maravillas, pero desgraciadamente también de los contrastes”). Presidente del Congreso Sudamericano, donde expondría sus ideas americanistas y el plan de integración continental soñado por Bolívar, para lo cual proponía:

“1°. Un tratado de comercio y de navegación, tanto marítima como fluvial;

2°. Un tratado que especifique los derechos y las obligaciones de los extranjeros domiciliados y determine los casos en que hay lugar a indemnización por ofensas o daños a las personas o propiedades de los extranjeros, sean o no domiciliados;

3°. Un tratado sobre los principales puntos de Derecho Internacional privado, como la validez y ejecución en un Estado de los testamentos, las sentencias, los títulos profesionales y demás actos civiles emitidos en otro Estado. Pudiera extenderse a otros objetos de legislación judicial y penal como exhortos para recibir declaraciones, casos y modos de la extradición de reos, legalización de documentos, etc.;

4°. Una convención de secuela para preparar y decidir las cuestiones en que, como consejo anfictiónico, había de entender la asamblea;

5°. Una convención consular;

6°. Una convención postal y telegráfica;

7°. Una convención de contingentes, así terrestres como marítimos, para el caso de ejecutarse las cláusulas aqueas, o sobre defensa del territorio, la independencia y las instituciones. Luego vendrían los actos sobre derechos propios del estado de guerra en general, sobre derecho marítimo, sobre colonizaciones, sobre clasificación y prerrogativas de los agentes diplomáticos, etc. etc.”.

También don justo fue Representante a la Cámara entre 1851 y 1852, cuando tuvo una prolífica actuación con la presentación de numerosos proyec-

tos de ley, que luego fueron aprobados prácticamente en su totalidad y, en los cuales estaban:

- Proyecto de Instrucción Pública;
- Proyecto de ley adicional a la descentralización de rentas y gastos;
- Proyecto de ley disponiendo de algunas propiedades nacionales en la provincia de Panamá (presentado al senado por Tomás Herrera);
- Proyecto de ley reformatoria de la de papel sellado;
- Proyecto de ley reformatoria de las de monedas;
- Proyecto de ley sobre autorización al Poder Ejecutivo (Ley reservada que autorizaba al Gobierno para emplear con el Gobierno del Perú todos los medios que exigiera la dignidad de la República inclusive la guerra, siempre que las medidas pacíficas y ordinarias no hubiesen bastado para que hiciese justicia a la Nueva Granada en sus reclamos);
- Proyecto de ley sobre bienes mostrencos;
- Proyecto de ley sobre concesiones al Ferrocarril de Panamá;
- Proyecto de ley sobre edificación de casas;
- Proyecto de ley sobre eliminación de las fortificaciones;
- Proyecto de ley sobre independencia religiosa; que en su artículo 1º fijaba que todos los cultos son permitidos en la República bajo el mismo pie de igualdad, con la única gracia que en favor del católico establezca la Constitución y que, las funciones religiosas de cualquier culto se celebrarían dentro de los templos, o edificios que quieran emplearse como tales. Llamaba la atención, además de la obligación de los fieles de sostener a sus ministros y sacerdotes, la siguiente cláusula: “Para los efectos civiles, el matrimonio debe contraerse en la Nueva Granada según los términos que establezca la ley. Para los efectos religiosos, los contrayentes pueden celebrarlo, antes o después de firmar el contrato matrimonial, según los ritos de su respectiva religión”, seguido del divorcio civil que podrían decretar las autoridades y que únicamente operó en Panamá, pues en los Estados Unidos de Colombia solo sería consagrado en 1924, por Ley 54, ya convertida en Colombia y separada Panamá.

- Proyecto de ley sobre local del Colegio de Niñas de Bogotá;
- Proyecto de ley sobre reformas judiciales;
- Proyecto de ley sobre terrenos abandonados;
- Proyecto de ley sobre tribunales de comercio;
- Proyecto sobre cesión de las murallas de Panamá a aquella ciudad.

En julio de 1869 fue elegido diputado a la Asamblea Legislativa de Panamá y senador por el Estado del Istmo al Congreso Nacional de 1870 y 1871, participando en las Comisiones Legales de Cuentas, de Relaciones Exteriores y de Peticiones.

Habitó también en Londres, su lugar preferido para vivir, donde se estableció en 1876 y en 1877 publicó allí su estudio sobre *La Revolución en Colombia*, el arreglo de la segunda edición de sus *Estudios Constitucionales*, en 1878 y, *The Institution of Marriage in the United Kingdom*, en 1879, que Arosemena firmó con el seudónimo de Philanthropus, quizá con el objeto de que con el misterio provocara mayor curiosidad en leer su texto, en el cual afirmaba que: “en el sentido jurídico, la palabra matrimonio indica ya legalidad en la unión entre hombre y mujer, es indudable que la esencia de semejante unión está fundada en la naturaleza. La unión permanente entre un hombre y una mujer, con los objetos que la ley atribuye al matrimonio, lo constituye sustancialmente, aun cuando la ley civil no intervenga. Por eso el matrimonio ha existido en todas las épocas y en todos los tiempos, cualesquiera que fuesen las formalidades a que la ley, religión o costumbre se hallase sujeto. Por eso también la Iglesia cristiana ha tolerado los matrimonios clandestinos en que casi no mediaba otra formalidad que la voluntad de los contrayentes”. Posteriormente, este texto le permitiría homologar su título de abogado para ejercer en Chile.

Fue un abolicionista convencido, recibió el premio del Institute d’Afrique, la sociedad abolicionista francesa. Además, fue uno de los grandes ideólogos de la federación colombiana, siendo presidente de la Convención Nacional de Rionegro de 1863 y miembro de la comisión de asuntos eclesiásticos de esta convención que suprimió el nombre de Dios del preámbulo constitucional. Al culminar la Convención, Mosquera le ofreció la cartera de lo Interior y Relaciones Exteriores, y habiéndola rehusado, fue

nombrado el 6 de junio de 1863 como ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos de Colombia, en la República del Perú y Enviado Extraordinario y ministro Plenipotenciario en las de Chile, Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

Su visionaria actividad lo llevó a Chile de 1866 a 1868 y allí fue el apoderado de una compañía establecida en Nueva York para construir una línea telegráfica submarina, que pasaría por Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia y que tendría por extremos en el Pacífico a Chile y Panamá. Ese afán por las comunicaciones también lo llevó a inquietarse por la búsqueda de una vía de comunicación expedita en el Atlántico y el Pacífico panameño, a través de un canal navegable o de un ferrocarril transítmico. “Opinaba, sin embargo, el doctor Arosemena, que no habiéndose hecho cálculos serios sobre lo que costaría una vía fluvial o un camino era de todo punto necesario determinar previamente a cuanto alcanzaría, una y otra aproximadamente”.

En Caracas recibió el nombramiento de comisionado especial *ad honorem* para representar al Estado de Panamá en las fiestas del centenario del Libertador, que habían de celebrarse en 1883. Se desempeñó como visitador fiscal, inspector del ferrocarril y agente del Gobierno ante la Compañía Unida del Canal Interoceánico, que asumió en mayo de 1885 llegando de Nueva York. También quiso fundar un banco en Caracas, con ayuda de Samuel Piza y Recaredo Villa, que aportarían veinte mil pesos. Igualmente, Arosemena fue quien logró desvirtuar el contenido de los 24 volúmenes que Venezuela había planteado en 1881 para fijar los límites terrestres con Colombia y sería el artífice del contenido del laudo arbitral español de la reina María Cristina en 1891.

Entre sus cuantiosa producción se destacan artículos de periódico como “La cuestión americana” (1856); “Examen sobre la franca comunicación entre los dos Océanos”, publicado en Bogotá en la Imprenta de Cualla (1846), que se dividía en un estudio preliminar, seguido de las probabilidades de que las grandes naciones acometiesen la obra, las exploraciones por hacer, el interés de las naciones comerciales por la obra, el interés de los empresarios particulares, las probabilidades de que el gobierno Granadino ejecutase las obras (criticando la apatía de los congresistas) y las ventajas para los itsmeños, particularmente para las provincias de Panamá y Veraguas con la construcción de “un gran canal que cortando del modo más

completo el Istmo en que habitamos, permitiese una franca comunicación a todo buque entre los dos Océanos”.

Igualmente, se destacó el estudio jurídico titulado “Estudios Constitucionales sobre los Gobiernos de la América Latina” (1878), su obra más ambiciosa, con tres ediciones, en la cual examinó críticamente el Derecho Constitucional positivo latinoamericano de finales del siglo XIX, así como sus límites y posibilidades integracionistas en torno al derecho. Arosemena distinguía entre publicistas pre-científicos, “tales como todos los socialistas desde Platón hasta Fourier; aquellos científicos con contribuciones parciales, tales como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Bodin, Hobbes, Locke y Montesquieu; y, por último, aquéllos propiamente científicos, tales como Comte, Guizot, Mill, Laboulaye, Tocqueville y Hildret. Arosemena ensalza sobre todo los trabajos de Tocqueville, Democracia en América, y de Hildreth, Teoría de la Política”.

En esa obra, Arosemena analizó la Constitución del Imperio del Brasil, así como las Cartas de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Ecuador, los Estados Unidos de Colombia, los Estados Unidos de Venezuela, los Estados Unidos Mejicanos, Guatemala, Salvador, Nicaragua, Costa Rica, América Central y Haití; todas con sus antecedentes y observaciones generales y particulares, en las que no cabe duda que efectuó un trabajo detallado y un juicio crítico que resumió en pocas palabras: “No cabe duda que con excepción del Brasil y Chile, ninguno ha logrado por completo, y la mayor parte de ellos distan mucho aún de realizar, el gran consorcio de la libertad y del orden”.

También escribió obras como “Apuntamientos para la Introducción a las Ciencias Morales y Políticas por un joven americano”, publicado en Nueva York en la imprenta de Juan de la Granja (1840), uno de los primeros textos de ciencia política y sociología de Hispanoamérica, que incluye al final un plano sinóptico de las ciencias morales y políticas, cuyo círculo externo, la praxiología o reglas de conducta demarcables que rodean un segundo círculo, el de la estranomología de las ciencias morales y políticas y deja en su núcleo la nomología, que en la filosofía positivista, rama de la ética que estudia las transformaciones históricas y geográficas de los ideales morales. Posteriormente, en 1849, autorizado por el Gobernador de la Provincia de Bogotá Mariano Ospina Rodríguez, publicaría en la Imprenta de Cualla

“Principios de Moral política redactados en un catecismo” con preguntas y respuestas, para poderlo leer “por mero pasatiempo sin dejar mucha utilidad”, en los que Arosemena proporciona al moralista los fundamentos de su doctrina ética y aclara que se ha alcanzado con la independencia la condición de ciudadanos libres, –o súbditos–, como lo dice en el capítulo noveno, sin saber cuáles son sus derechos y obligaciones. Así mismo define el arte de la moral en moral dogmática y moral experimental; la primera, fundada exclusivamente en la autoridad religiosa, inherente al arte; pero como no se funda en la ciencia, no es universal, ni sirve sino a los sectarios de cada religión y, la segunda –la experimental–, fundada en la naturaleza del hombre, ya se considere como ciencia, ya como arte, es universal y sirve a todos los pueblos y a todos los hombres. Fruto de reflexión posterior, veinte años más tarde (1860) Arosemena publicaría en Bogotá en la Imprenta de Echeverría Hermanos, el Código de moral funda en la naturaleza del hombre, denominado por él como un juguete filosófico, pues en forma de escolios o apotegmas, que suman 253; y allí, fue partidario de llevar esos principios a la ejecución, con su frase: *gobernar es moralizar y moralizar es mejorar*.

Aunque la labor de moralización tenía obstáculos en las mismas cárceles, denominadas por Arosemena como “reuniones de hombres corrompidos” agregando que sus habitantes, “a quienes se les mantiene encadenados o con prisiones no para que se cumpla en ellos el principal objeto de las penas que es el de enmendar al delincuente, sino para que se “obcequen en el vicio” y hagan punto de honor sobresalir en descaro e impertinencia, emular en el crimen como los púgiles se disputan el ceñidor del heroísmo y alardeen de sus hazañas”. Esto en razón a que los medios moralizadores no se circunscribían a los legales o directos de las leyes e instituciones penales; abarca también a los indirectos o extralegales de morigeración que son los de la sanción religiosa y la educación doméstica, tan escasos esos dos medios en todas las épocas para garantizar un adecuado comportamiento de las personas.

En la lista de sus obras también estarían “El Estado Federal de Panamá” (1855), una de las obras claves en la argumentación histórica, jurídica, política y económica, respecto de la identidad panameña, que sirvió y sirve aún hoy para reconocer a su autor como *Padre de la Nacionalidad*. Como diplomático publicó “Estudio sobre la idea de una liga americana”, publicado en Lima en la Imprenta de Huerta (1864) de gran significado para el

impulso de las ideas sobre la integración regional y continuadora de esa idea de integración propuesta por Bolívar en el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, pues para Arosemena, nada era más natural que al idea de unión por pactos entre Estados débiles independientes, de común origen, idioma, religión y costumbres, situados conjuntamente en una cierta circunscripción territorial bañada por unos mismo ríos y mares, trabajando a competencia y de consuno en el desarrollo de sus grandes recursos y aspirando a la más alta civilización. Al final de la obra, Arosemena, muy proactivo, quiso incluir de una vez el proyecto de tratado para fundar la Liga Sudamericana en veinte artículos.

Seguirían, “Constituciones Políticas de América Meridional” (1870), uno de los primeros trabajos de Derecho Constitucional comparado del continente y donde incluyó el *Proyecto de la Constitución del Estado del Istmo*, de 1841, autoría suya, que es una síntesis sociológica de la civilización hispano-americana con todos los problemas inherentes. La obra sobre las constituciones comparadas, constaba de: (i) todas las constituciones vigentes en los diez Estados o naciones independientes de la América Meridional (Brasil, Paraguay, Argentina, Uruguay, Chile, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela); (ii) de una historia sucinta pero completa de todos los cambios políticos, gobiernos y constituciones que ha tenido cada país desde la independencia hasta el día; (iii) de un comentario sobre cada constitución en el que se discurre sobre sus principales disposiciones y se comparan con las precedentes del mismo país y con las coetáneas de los otros países; y (iv) de una introducción análoga al asunto.

Igualmente, firmó algunos artículos bajo el seudónimo de Renato.

Cuando optó por retirarse, la compañía del Ferrocarril le concedió el cargo de *Chief legal adviser for the City* le construyó una casa en Colón y, como contraprestación, elaboró para el Concejo de Colón (1894) un contrato sobre alumbrado eléctrico (ya en 1855 había propuesto que Bogotá y Panamá tuvieran alumbrado a gas hidrógeno-carbonato); fundó un astillero en Taboga; redactó los estatutos de la Cámara de Comercio de Panamá, que fue reconocida como persona jurídica en 1888; hizo para la biblioteca fundada en esta ciudad en celebración del cuarto centenario del descubrimiento de América una valiosa donación de sus libros; formuló para el Gobernador del Departamento (1894) un luminoso proyecto de decreto que regulari-

zaba el servicio de jornaleros y concertados y se reglamentaban el trabajo de las mujeres y los menores, las huelgas, los accidentes del trabajo, etc.; formuló también ese año un proyecto de Código de Derecho de Policía del Departamento; redactó (1892), por encargo del Concejo de Panamá, un proyecto de Contrato para la Construcción de un acueducto en proyecto y publicó en *La Situación* sus famosos estudios moneda en el Istmo y *¿Qué es un peso?* Previamente, Arosemena había sido en 1868 contratista para redactar el Código Judicial de Panamá, comprendiendo la organización y los procedimientos; para revisar el Código de Comercio, así como para preparar un Código Militar y codificar todas las leyes vigentes sobre administración pública y ofreció al poder ejecutivo junto con el doctor Antonio del Real proyectos de los códigos civil, de minería rural de leyes reglamentarias del código penal, de organización judicial, de enjuiciamiento civil y de enjuiciamiento criminal.

Falleció en Colón el 22 de febrero de 1896. Su cadáver fue envuelto en una bandera nacional que ofreció el Coronel Shaler, superintendente del Ferrocarril y llevado en tren a la ciudad de Panamá para ser velado en la Catedral y ser inhumado, por cuenta del Tesoro Nacional, a las 4:30 p.m. del día 24 de febrero, según consta en el Decreto de Honores # 388 de 1896, firmado por el gobernador de Panamá Ricardo Arango y su secretario de gobierno Tomás Herrera. “Murió de habersele agrandado el corazón, una noche en que las olas daban lamentos insondables al quebrarse contra las rocas de Cristóbal y cada estrella era en el cielo una nota de luz y de misterio”.

Así mismo, por la Ley 53 del 19 de noviembre de 1898, el Congreso de la República de Colombia, motivado porque Arosemena dejó a su esposa en la indigencia, decidió conceder “a la señora viuda del doctor Arosemena, residente en Nueva York, una pensión mensual vitalicia de doscientos pesos (\$200.00) en papel moneda, cuyo equivalente en oro le será pagado por el Consulado General de la República en aquel puesto”. Más tarde, la Asamblea Nacional de Panamá, con la Ley 41 de diciembre 20 de 1906, reconoció que Arosemena murió pobre “con pobreza que es la mejor aureola de su carrera pública”, ordenando la entronización de un óleo con su imagen en la citada asamblea y costeano los estudios profesionales de su nieto Demetrio Fábrega Arosemena, quien por falta de dinero no había podido seguir estudiando en Bogotá. Finalmente, con ocasión del centenario de su

natalicio, la Asamblea Nacional decretó por Ley 34 de 1916, que el 9 de agosto de 1917 sería día cívico nacional. Sus últimos años tuvieron toda la melancolía de un crepúsculo de invierno.

El doctor Arosemena no tuvo nunca muchos recursos; su más grande fortuna se redujo a algunos millares de pesos, ganados con su profesión de abogado, que empleó de preferencia en operaciones de bolsa, especialmente en bonos de las deudas oficiales de algunos países suramericanos (Colombia, Perú, Venezuela). La isla Coibits perteneció a él por haberla adquirido de la nación, pero nunca llegó a representarle otra cosa que un título.

“Todos los corazones istmeños deben aunarse y conglutinarse para erigirle a este grande hombre el monumento eterno de su legendaria gloria”.

Arosemena, jurista:

Muchas son las obras de Arosemena, pero se destaca su capacidad de trabajo y la metodología que utilizaba para lograr la comprensión de sus escritos, bien fuera a través de párrafos comprensivos, o bien de cuadros sinópticos como el siguiente:}

Derechos ilimitados que debe garantizar la ley:

- I. La vida.
- II. La creencia. Su derivado, el Culto.
- III. El pensamiento. Su derivado la expresión, cuyas formas son: la palabra, la escritura y a la prensa, deben ser correlacionadas con la discusión, la enseñanza y el aprendizaje, respectivamente.

Derechos que debe garantizar la ley con limitaciones:

- IV. La reunión pacífica sin armas.
- V. La asociación, excepto para delinquir.
- VI. El amor voluntario entre púberes.
- VII. La locomoción excepto en casos de: (i) detención judicial: a) por delito que se juzga o castiga; b) por responsabilidad civil; (ii) detención militar en tiempo de guerra; (iii) detención sanitaria en tiempo de epidemia: a) exigiendo pasaportes; b) prohibiendo del todo la comunicación.

VIII. La producción, salva la salubridad pública.

IX. El empleo, excepto en acciones criminosas.

X. La propiedad definida por el Código Civil: a) de lo que se produce; b) de las tierras; y sin más gravamen político que: a) las contribuciones generales; b) las multas moderadas; c) la expropiación (indemnizada) por utilidad pública.

Igualmente, don Justo propuso la estructura normativa de varios códigos, un total de seis, con varias divisiones en leyes, que, con analogías y concordancias entre sí, tienen aún hoy, en el siglo XXI resultan atractivas como método de clasificación normativa, para que todas las leyes del Estado estuvieran circunscritas a los objetos que no se había reservado para sí la nación panameña por el acto constitucional de 27 de febrero de 1855 que lo erigió como Estado de Colombia:

Código 1º. Leyes políticas; abrazaría todas las que organizan el poder público, exceptuando el ramo judicial en sus detalles, y constaría de siete leyes, incluso la Constitución que, en un cuerpo completo de legislación debe ocupar un lugar, si bien el primero. Las seis restantes, como todas las otras leyes del cuerpo, descansarían, enteramente en aquélla. He aquí la nomenclatura de las leyes del código político, según su enlace y dependencia gradual:

- 1a. Constitución del Estado;
- 2a. Sobre división territorial;
- 3a. Orgánica de la Secretaría de Estado;
- 4a. Sobre elecciones de los funcionarios del Estado;
- 5a. Orgánica de la administración ejecutiva;
- 6a. Orgánica, de la fuerza pública;
- 7a. Sobre régimen municipal.

Código 2º. Leyes fiscales; abrazaría todas las referentes a la hacienda pública del Estado, así tributarias, como de administración, y cuya nomenclatura sería la siguiente:

- 1a. Fundamental de la Hacienda pública;
- 2a. De contribución sobre buques;

- 3a. De contribución sobre la renta;
- 4a. De impuesto sobre papel sellado;
- 5a. De derechos por el registro de documento;
- 6a. Sobre renta de bienes del Estado;
- 7a. Sobre correos;
- 8a. Sobre aprovechamientos;
- 9a. Sobre administración de la Hacienda pública;
- 10a. Sobre sueldos de los funcionarios del Estado;
- 11a. Sobre examen de cuentas;

Código 3º. Leyes civiles.

Código 4º. Leyes penales.

Código 5º. Leyes judiciales.

Código 6º. Leyes varias.

Todas esas disposiciones se complementaban con una propuesta previa, que desde el Derecho Público actual son premonitorias de la regulación de la función pública y que nos presentan a Justo Arosemena como precursor del Derecho Administrativo patrio, desarrollando así mismo la legislación social con los derechos y obligaciones entre los individuos, como miembros de la sociedad “susceptibles de dañarse por egoísmo, o por falta de probidad” y, proponiendo los servicios públicos finales exigidos por la sociedad, y que constituyen la esencia del Gobierno:

- 1º. La administración de justicia civil y criminal;
- 2º. La policía moral, que previene y corta los delitos, persigue y custodia los delincuentes;
- 3º. La policía física, que previene y suspende las calamidades naturales que amenazan a un número indefinido de personas;
- 4º. La ejecución de obras públicas, empresas u operaciones de utilidad común, que no querrían o no podrían acometer por su sola cuenta los individuos ni las compañías particulares.

Precisamente, para la prestación de esos servicios, Arosemena propuso que el Gobierno estableciera una planta de personal de funcionarios responsables y se hicieran los ajustes tendientes al mejor desempeño de los servicios esenciales y finales. Esos servicios eran considerados como intermediarios en un Gobierno que, como el del Estado de Panamá, solo ejercía su soberanía interior y que dispuso, como transferencia del poder nacional federal al estatal regional en el siguiente catálogo:

- 1º Los relativos a las elecciones populares;
- 2º Los que demandan la administración del *Erario Público*;
- 3º Los que exige la organización de la fuerza pública;
- 4º Los que se emplean en el manejo de los establecimientos de castigos, de beneficencia u otros sostenidos por cuenta del Estado;
- 5º Todos los de un orden inferior que más o menos remotamente se encaminan a la mejor prestación de los servicios esenciales.

Dichos principios son muestra del claro concepto del rico acervo de ideas que Arosemena había comenzado a esparcir con éxito envidiable entre sus contemporáneos.

¿Cómo pueden ser equitativos e igualitarios, los decretos realizados en la Constitución de Rionegro de 1863, con respecto a las observaciones realizadas por Justo Arosemena?

Arosemena fue protagonista del proceso constitucional colombiano de la segunda mitad del siglo XIX; las cartas de 1853, 1858 y 1863, particularmente, tuvieron parte de su tinte. En el Congreso de 1856, y no obstante la nutrida labor periodística que desarrolló en *El Tiempo* y *El Neogranadino*, dos altas tribunas de la democracia en Colombia, tuvo don Justo tiempo para consagrarse a la redacción de numerosos proyectos de ley, que formarían por sí solos un volumen y pueden dar la medida de su patriotismo y consagración ejemplar al trabajo. De él es, desde luego, el «Proyecto de acto constitucional sobre bases para una confederación colombiana», que previamente publicado bajo el seudónimo de Fabio, se discutió en el Congreso de ese año y fue propuesto con su firma y la de los senadores Manuel Murillo Toro, Salvador Camacho Roldán, Tomás Cipriano de Mosquera, Félix Villa, Camilo Ordóñez. Santos Gutiérrez y Guillermo Pereira. Ese

proyecto, aunque no pudo pasar entonces, fue sin duda la base de la ley expedida en 1858, segundo nivel hacia la federación, cuando el país tomó el nombre de Confederación Granadina.

En esta parte, debemos concretar algunos términos, que nos ayudarán a entender, por qué los factores principales de la Constitución de Rionegro de 1863, son cruciales para entender las observaciones particulares realizadas por Justo Arosemena, presidente de la convención nacional de Rionegro. La equidad, según la Real Academia española, es “justicia natural, por oposición de la ley positiva” (DRAE, 2017), pero, ¿cómo se puede impartir esta justicia en los Estados Unidos de Colombia?, pues bien, Justo Arosemena, nos habla de equidad, pero también de igualdad en la que los Estados deben referenciar un trato y unas condiciones igualitarias para todos, que deben ser impartidas mediante la soberanía, dando libertad a cada provincia de manejar sus propios decretos, pero todo acorde a lo pactado en la constitución.

Arosemena sostenía la soberanía de los Estados como principio esencial de la federación. Ese principio quedó reconocido desde la primera línea del artículo primero, que admite también al final la soberanía de la nación formada por la unión de los Estados. Más tarde al pronunciarse nuestro jurista, en los *Estudios Constitucionales*, acerca de esta cuestión que tanto se ha debatido, de la soberanía en relación con el sistema federal. Así, para Arosemena, “La Asamblea Constituyente de Colombia, era representante de un pueblo noble, altivo y valeroso”.

Gran parte de las observaciones realizadas por el senador Arosemena, hacían referencia a un fin común “alianza y pacto eterno entre naciones”, pero a su vez, declara y es consciente, que este tipo de alianza siempre va a tener dificultades, ya que los actores en varios artículos no llegaron a un consenso generalizado por lo que se obvio mucha información incongruente. Cabe destacar que Justo Arosemena era partícipe de la justicia, y que ella debería estar ligada al regimiento igualitario de los Estados que hacen parte de una sola soberanía, por lo que menciona y cita que “la mejor combinación en cada país es aquella que da paz, orden, seguridad, libertad y progreso en todo sentido” (Constitución de Rionegro, 1863, p.79), que tenía relación con otra frase de Arosemena: “la independencia de la nación sin la libertad del ciudadano, es un sarcasmo”.

Aunque Arosemena relata del poder de cada Estado y de cómo la resolución de los problemas es meramente interna, de una forma republicana, las observaciones presentadas, muestran un poder centralizado en la soberanía general, que de llegar a existir un problema que el Estado Federal no pudiera controlar, los entes gubernamentales de los Estados Unidos de Colombia, podrían tener participación y controlar la situación desde un punto equilibrado y justo.

Durante la formación de Constitución de Rionegro, es de admirar, que uno de sus principales temas es la definición de los derechos, no obstante, el desconocimiento de los mismos durante el período fratricida de guerras continuas que por veintidós años aquejaron a Colombia hasta el advenimiento de la regeneración. Siendo esto así, Justo Arosemena prefirió hacer referencia a la constitución venezolana ya que, según él, poseía una mayor precisión en su contexto y palabras. Pero siendo Arosemena el presidente de la Convención Nacional, partidario de la justicia y senador, ¿era correcto que durante gran parte de sus observaciones, mencione preferencia por constituciones y tratados, pertenecientes a otros Estados cuya fidelidad era cuestionable? Esto ocurría porque en 1870 ya había realizado el análisis más importante de Derecho Comparado en Hispanoamérica y tenía los argumentos para pronunciarse así.

Pues bien, cabe destacar algunos derechos puntuales que Arosemena encuentra relevante compararlos con lo mencionado en el artículo 15, como lo son la inviolabilidad de la vida humana:

Según se haya concebido el primer inciso del art. 15 en la colombiana, parece que toda la garantía consiste en no decretar en las leyes, la pena capital, lo que consideramos un doble error; pues además de que la vida se halla amenazada por los individuos no menos que por el gobierno, las ejecuciones capitales que no se fundan en sentencia legal y que tan comunes son en todas las guerras civiles del mundo, quedan fuera de la prescripción constitucional. (Constitución de Rionegro, 1863, p.88).

Esto nos demuestra que aún para la época, la pena capital era, aunque un acto aberrante, tomado en cuenta para la resolución de una guerra civil, que podría mantener el equilibrio dentro del Estado y sus aliados, pero que debía ser manejado con sumo cuidado, ya que, de no ser fundado en

sentencia legal, podría estar fuera de las normas establecidas dentro de la Constitución. En mi opinión, un tema, aunque muy polémico, era de gran relevancia política para la época, lo cual perduró en Colombia hasta la abolición de la figura con la reforma constitucional de 1910. Por tanto, frente a la preponderancia del derecho a la vida, para don Justo, “nada es más peligroso en política como en cualquiera otra ciencia, y en especial aquellas que se refieren a la conducta humana, que no admitir un principio con todas sus consecuencias”. Arosemena ya en 1856 se había dado a la tarea de redactar una ley que conmutaba la pena de muerte por pena de presidio de diez a quince años.

Otra acotación realizada por Arosemena, con la cual comparto totalmente mi punto de vista, es la definición de la libertad individual, ya que no puede empezar la libertad de cada persona donde acaba la de otro, así como lo describe el inciso 3, porque nos deja en una incertidumbre total, esta definición debe ir ligada a una profundidad en la que prevalezca el derecho más importante, para que no existiese un conflicto de derechos. Por esa razón, es notable admirar del señor Arosemena su capacidad de debatir muchos de los artículos e incisos tratados dentro de la Constitución y a su vez poder ofrecer una mayor claridad a lo estipulado. Así, la igualdad y equidad prevalecieron en gran parte de sus observaciones y debían generar un cambio, que solo se lograría con la secesión de 1903.

Arosemena quería luego que se modificara la Carta del 63, pero que no fuera sustituida ni suplantada, porque para él, había injusticia en gobernar a Panamá desde Bogotá. Igualmente, cinco años después de expedida la Carta del 8 de mayo de 1863, don Justo realizaría un balance de Estatuto Superior y llegaría a afirmar que en esa Constitución, “el partido liberal, llevando su honradez hasta un extremo que nadie le exigía, consignó principios enteramente nuevos, contradictorios e impracticables”, ya que en la parte de derechos civiles proclamados, fue prolija y escrupulosa; pero omitió los medios de realizarlos y, por tanto, si bien confirió muchos derechos, no dio en realidad ninguna garantía, lo cual era totalmente cierto.

Sin embargo, el movimiento liderado por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, con el propósito de superar la catastrófica era de la Carta de Rionegro, tendría duras críticas de Arosemena, quien consideraba que la

nueva Constitución (de 1886) que expidió una Convención Nacional de delegatarios hecha a la medida del Presidente, “Centraliza rigurosamente el gobierno de la República, suprime los Estados federales con el mismo derecho con que hubiera podido someter la nación entera al coloniaje de Alemania o de Rusia; pues que dichos Estados carecían de representación propia, y no habían renunciado su autonomía, si es que de ella puede renunciarse. Sintetiza ese mismo gobierno en el Poder Ejecutivo, que entrega a un Presidente llamado el Gobierno, con período de seis años, y casi ninguna responsabilidad. Pone bajo su entera dependencia los gobernadores o jefes de las nuevas secciones o suprimidos Estados, renovando el satrapismo de la antigua Colombia. Concédele facultades omnímodas en casos de guerra exterior o de conmoción interior, tan fácil de inventar o de promover adrede; y, con la anuencia del Congreso, ciertas facultades extraordinarias, aun en tiempo de paz, por causas de conveniencia pública. Atribúyete el nombramiento de los magistrados de las cortes supremas y superiores, que, por primera vez en la historia constitucional de la República, lo reciben de por vida. Permite la elección para el Congreso de los empleados ejecutivos, lo que unido al veto, más eficaz ahora que antes, da al Presidente una influencia preponderante en la acción legislativa. Restablece, en fin, el consorcio de la Iglesia y del Estado, y vuelve a dar (art. 41) a la juventud la educación religiosa. No omitió ciertamente declarar y definir garantías, retrocediendo no poco en el camino andado de la autonomía individual, como cuando restablece la pena capital, que, sin retraer, mantiene la índole de la barbarie, y el crimen resultado suyo; y como cuando sujeta de nuevo la imprenta al capricho de autoridades o de jueces incompetentes, ahogando así la única voz segura de la opinión. Si a lo menos hubiera mediana disposición en el nuevo Gobierno a respetar las garantías declaradas, tendría el derecho de alegar buena. Pero la pronta suspensión impuesta a los periódicos que no elogian a ese Gobierno, y la deportación, sin juicio previo, de notables ciudadanos disidentes, bastarían para calificar de mero ludibrio la llamada Regeneración colombiana”.

Conclusión

Justo Arosemena fue un hombre de pensamiento propio, formado en un proceso ininterrumpido de estudios y de reflexión con la vista y la

inteligencia siempre fijas en la realidad que él concebía como una perenne invitación a la lucha por el bienestar colectivo y por eso se le considera como una de las glorias más legítimas de la patria panameña.

Bibliografía y lecturas recomendadas

AROSEMENA, Justo. *Apelación al buen sentido y a la conciencia pública en la cuestión “Acreencia Mejicana”*. Imprenta de Echeverría Hermanos, Bogotá, 1857.

AROSEMENA, Justo. *Apuntamientos para la introducción a las ciencias morales y políticas por un joven americano*. Imprenta de don Juan de la Granja, Nueva York, 1840.

AROSEMENA, Justo. *Código de Moral fundada en la naturaleza del hombre. Juguete filosófico*. Imprenta de Echeverría Hermanos. Bogotá, 1860.

AROSEMENA, Justo. *Estudio sobre la idea de una Liga Americana*. Imprenta de Huerta y C. Lima, 1864.

AROSEMENA, Justo. *Examen sobre franca comunicación entre los dos Océanos*. Imprenta de Cualla, Bogotá, 1846.

AROSEMENA, Justo. *Examen sobre la franca comunicación entre los dos Océanos*. Imprenta de Cualla, Bogotá, 1846.

AROSEMENA, Justo. *Fundamentos del Estado Federal de Panamá*. Asamblea Legislativa, Panamá, 2003.

AROSEMENA, Justo. *Principios de moral política redactados en un catecismo y varios artículos sueltos*. Imprenta de Cualla, Bogotá, 1849.

Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863). *Constitución de los Estados Unidos de Colombia, con antecedentes históricos i comentarios por Justo Arosemena*. [online] Hathitrust. Disponible en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044059057455;view=1up;seq=94> [Accesado 21 Abr. 2018].

ELESPECTADOR.COM. (2018). *La Constitución de Rionegro*. [online] Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-constitucion-de-rionegro-columna-449386> [Accesado 20 Abr. 2018].

GONZÁLEZ MARCOS, Miguel. Derecho comparado al servicio de la democracia. Estudios constitucionales de los gobiernos de América Latina por Justo Arosemena: Propuesta de una lectura. Asamblea Nacional de Panamá, 2009, Tomos I y II.

Justoarsemena.gob.pa. (2017). Gobierno de la República de Panamá. [online] Disponible en : <http://www.justoarsemena.gob.pa/Biografia-de-Justo-Arosemena> [Accesado 21 Abr. 2018].

MÉNDEZ PEREIRA, Octavio, Justo Arosemena. Imprenta Nacional, Panamá, 1917.

MOSCOTE, José Dolores y ARCE, Enrique. La vida ejemplar de Justo Arosemena, Departamento de Bellas Artes y Publicaciones – Ministerio de Educación. Panamá, 1956.

www.justoarsemena.gob.pa

IN MEMÓRIAM EDUARDO SUESCÚN MONROY

Jorge Enrique Valencia M.*
Académico de número

1. Con profunda pena y aflicción registro el fallecimiento de mi querido y siempre recordado profesor de la Universidad Externado de Colombia, doctor Eduardo Suescún Monroy, un auténtico y convencido demócrata. Y no empecé las tristes y penosas dificultades por las que atravesamos mi esposa y mi familia a raíz de la muerte de nuestra querida y amada hija, la médica psiquiatra María Alejandra Valencia Rodríguez, lo que limita un poco nuestro esfuerzo, hemos de hablar de él.

2. Había nacido el jurista en la quietud y el sosiego de la bellísima población de El Cocuy (*Boyacá*) el 4 de abril de 1934 falleciendo en Bogotá el 7 de noviembre postrero. Bachiller del Colegio Mayor del Rosario donde alcanzó el título correspondiente (1951). Allí mismo inició su carrera de Abogacía. Se comprometió a luchar por el ingreso de la mujer en el Claustro y por la creación de una facultad de economía, ciencia que era considerada, sin ningún sentido, como “*peligrosa y subversiva*”.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Exjuez de la Republica. Exmagistrado de la Sala Penal del Honorable Tribunal de Cali. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia y expresidente de la Sala Penal. Profesor universitario y autor de muchas obras de Derecho Penal.

3. Al salir del Colegio del Rosario algunos de sus profesores rosaristas que admiraban la integridad y las capacidades de su discípulo, le consiguieron un cupo en la Universidad Nacional de Colombia (1952-1954). Era la época de la dictadura de Rojas Pinilla y posterior a los sucesos de la masacre estudiantil del 8 y 9 de junio de 1954 fue expulsado –para satisfacción de sus ideales–, de la Nacional. Acto seguido fue llamado por el rector Ricardo Hinestroza Daza para ingresar al hogar liberal del Externado de Colombia (1955-1956) con todas las libertades habidas y por haber, como algunos de sus contemporáneos lo saben bien, y que yo tengo en mucho.

4. Se graduó el 23 de octubre de 1958. Su trabajo de grado, excelente y recomendable por sus huellas luminosas y sus planteos siempre heterodoxos y bien vistos, versó sobre lo que ha sido la universidad colombiana –proceso histórico y jurídico–, desde sus inicios hasta 1958 y la forma como deberían cursarse los estudios superiores sin ignorar la lucha de la juventud en todos los tiempos por conseguir una universidad científica, autónoma, pública y democrática, libre de todo acartonamiento y atraso. Estudio crítico y severo, donde censura, no podría faltar, el paso regresivo de la designación de un rector militar en la Universidad del Estado en aquellas horas. En el acto académico de grado lo examinaron los doctores Gonzalo Vargas Rubiano, Luis Alberto Bravo y Rafael Poveda Alfonso. Presidente de la misma, lo fue el doctor Fernando Hinestroza Forero.

5. Y como yo vivo más en el pasado que en el presente, pongo punto aparte para decir, llevando la cuestión en cuestión, que en sus años mozos desafió, como en un lance de honor –porque todo en él, era médula y nervio, corazón y temperamento–, la estancada y bien compleja situación social del medio para decir verdades y certezas, esbozando los principios y reglas inquebrantables de su conducta en contra prácticamente de todos. El drama íntimo, tuvo sus consecuencias naturales, pero nos enseñó, con esmero y emancipación a vencerlas. Lo que se mira con gran contento.

6. Sus actividades intelectuales, académicas y docentes fueron múltiples y destacadas, como laboriosas y fecundas, emproadas siempre, en una ojeada rápida, pero fiel, hacia la cultura y la salvaguardia de la moral pública, la igualdad entre los hombres, el respeto a la ley, el rechazo a la discriminación, el abrigo a los marginados sociales, la construcción de una sociedad sin clases, y dando de codo, y con el repudio del caso, a las dinastías

políticas que, para decirlo sutilmente, y en voz baja, siempre usufructúan el poder, además de otros varios asuntos de ayer que son para más despa-cio y que no puedo inventariara ahora, pero que rabiosamente subsisten al día de hoy, sin cambio de orientación y encausamiento. Es hora de decir que en nuestra patria, la historia y los años siguen a obscuras, o por mejor, anarquizados o perdidos, sin esperanza ninguna, llevándonos a caminar por donde nos llevan. ¡No podemos estar mejor! A imitación suya, y sin quitarme de adelante, así veo yo las cosas.

7. Ocupó los cargos, entre muchos otros, de juez municipal en Tunja y Gua-teque (1957), juez laboral del Circuito de Bogotá (1962-1965), magistrado del Consejero de Estado (1980-1986), ministro de Justicia (1986-1987), embajador de Colombia en Suiza (1987-1988), embajador de Colombia en Hungría (1988-1991) y *cónsul* en Marsella (*Francia*), puestos y em-pleos en donde brilló con luz propia. La luz del espíritu cultivado, como su misma existencia. Con las galas de la ciencia y el saber, profesor de Derecho de Trabajo en el Externado de Colombia (1963-1972), de Posgra-do en Derecho de Trabajo del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (1975-1976) y en Derecho Administrativo Universidad Nueva Granada (1993-1995).

8. Por ser dueño de sus acciones –la frase es buena–, batallador y aguerrido defendió cien por cien sus persuasiones y posiciones ideológicas, que por doquiera, y a su modo, bullían en su mente, con la libertad y las convicciones que atesoraba su espíritu y que nunca se extraviaron. Su lealtad está intacta. Para destacarlo.

9. A mi ver, este hombre inteligente y harto bien independiente, nos enseñó muchas lecciones, con la praxis incluida, acerca de las instituciones del Derecho del Trabajo, la protección y avance de los derechos laborables, el justo salario vital, y asimismo, la participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa, que es decir mucho, porque sus motivaciones caen en buena tierra, y de cierto punto, todo se junta y se reúne, para sentir y vivir el derecho y la juridicidad. A todo daba su lugar.

10. Con gratitud altísima, sus discípulos, y quien esto escribe en parti-cular, lo evocamos, no solo por habernos trasmitido con su claro talento y erudición sus conocimientos y experiencias concretas y reales, sino porque

siempre fue un maestro del mayor empeño, un jurisconsulto puntualmente acreditado, a más de un caballero de día y de noche, que oía y respetaba las opiniones ajenas como si fueran las suyas propias, y por qué no decirlo, un bedel mayor de nuestra Universidad del Externado de Colombia. Es el buen uso de la vida.

11. La misión que se propuso nuestro gran preceptor, con su buen decir y ejemplo, ha concluido terrenalmente con el respeto y la admiración de todos los que lo conocimos y tratamos, que también nosotros nos vamos acercando... acercando al drama final de la vida, que es la regla suprema de las cosas humanas.

A su viuda, la señora Olga Benavides de Suescún y a sus hijas, María Olga, María Claudia y Marcela, nuestra sentida voz de condolencia.

Que Dios y el supremo arquitecto del universo lo acojan en su seno.

Bogotá, diciembre de 2019.



Membresía

ACADÉMICOS HONORARIOS POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

NOMBRE	CORRESPONDIENTE	NÚMERO HONORARIO
Rocha Ochoa Cesáreo	1993 06 09	2018 05 02
Diego Uribe Vargas	1974 10 30	2020 06 23 electo
Aurelio Tobón Mejía	1989 10 11	2020 06 23 electo
Álvaro Tafur Galvis	1983 11 16	2020 06 23 electo

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

1. Parra Quijano Jairo	1989 11 08
2. López Blanco Hernán Fabio	1991 11 13
3. Bernal Cuellar Jaime	1992 05 06
4. Flórez Enciso Saúl	1992 10 14
5. Vallejo García Felipe	1993 11 03
6. Díaz Bueno Javier	1995 07 05
7. Plazas Vega Mauricio	2001 09 20
8. Gómez Aristizabal Horacio	2001 10 09
9. Esguerra Portocarrero Juan Carlos	2001 10 31
10. Forero Contreras Rafael	2002 11 07
11. Venegas Franco Alejandro	2003 10 25
12. Quiroga Cubillos Héctor E.	2004 05 12
13. Gaviria Liévano Enrique	2005 07 13
14. González de Cancino Emilsen	2005 08 18
15. Trujillo Muñoz Augusto	2005 08 25
16. Álvarez Londoño Luis F., S.J.	2005 08 25
17. Fradique Méndez Carlos	2006 04 06
18. Orjuela Góngora Carlos	2006 04 20
19. Barrero Buitrago Álvaro	2006 05 12
20. Valencia Martínez Jorge Enrique	2006 05 12
21. Olano García Hernán A.	2007 10 25

22.	Cuevas C. Eurípides de Jesús	2008 06 17	
23.	Sarmiento Cifuentes Fernando	2008 09 11	
24.	Parada Caicedo Juan Bautista	2009 04 23	
25.	Bravo Arteaga Juan Rafael	2012 06 14	
26.	Mayorga García Fernando	2012 06 28	
27.	Fernández Sandoval Heraclio	2012 08 16	
28.	Guarín Ariza Alfonso	2012 09 27	
29.	Cangrejo Cobos Luis Augusto	2013 02 28	
30.	Arboleda Ripoll Fernando	2013 05 09	
31.	Sánchez Torres Carlos Ariel	2013 06 13	
32.	Valdés Sánchez Germán Gonzalo	2013 09 16	
33.	Sotomonte Sotomonte Saúl	2014 11 27	
34.	Cruz de Quiñones Lucy	2015 08 13	
35.	Mena de Quevedo Margarita	2015 08 15	(Capítulo de Medellín)
36.	Chavarro De Solanilla Nohora	2015 10 16	(Capítulo de Ibagué)
37.	Rodríguez Azuero Sergio	2015 11 05	
38.	Rengifo García Ernesto	2016 05 26	
39.	Cavelier Franco Ernesto	2018 09 07	
40.	Pérez Pinzón Álvaro Orlando	2018 10 10	
41.	Ostau De Lafont Pianeta Rafael	2018 12 03	
42.	Arrubla Paucar Jaime Alberto	2019 03 19	
43.	Jaramillo Carlos Ignacio	2019 06 05	
44.	Puyo Vasco Rodrigo	2019 07 10	(Capítulo de Medellín)
45.	Pacheco Sánchez Ramón	2019 05 22	(Capítulo de B/quilla)
46.	Cerra Jiménez Luis Eduardo	2019 05 22	(Capítulo de B/quilla).
47.	Parra Benítez Jorge Alberto	2019 07 25	(Capítulo de Medellín)
48.	Herrera Vergara Hernando	2019 11 26	
49.	Vacante		
50.	Vacante		

ACADÉMICOS DE NÚMERO SILLONES TRADICIONALES HASTA LA ACTUALIDAD

Sillón 1

De León Juan Félix	Fundación	-
Arango Vélez Dionisio	-	1943
Restrepo Piedrahita Carlos	1954	2017 05 17
Bravo Arteaga Juan Rafael	2012 06 14	Actual

Sillón 2

Jiménez Agustín	Fundación	1925
Soto del Corral Jorge	1929	1955
Peláez Echeverry Gabriela	1959 09 23	2017
Morales Benítez Otto	2007 12 03	2015 05 23
Rengifo García Ernesto	2016 05 26	Actual

Sillón 3

Torres Peña Carlos Arturo	Fundación	1911 07 13
Carreño Pedro María	1912 02 09	1946 10 01
González Charry Guillermo	1962 11 07	2014 03 24
Cruz de Quiñones Lucy	2015 08 13	Actual

Sillón 4

Nanetti Tancredo	Fundación	1940
Gutiérrez Gómez Jorge	1947	1960
Benavides Patrón Juan	1963 05 16	2014 04 06
Mayorga García Fernando	2012 06 28	Actual

Sillón 5

Caballero Lucas	Fundación	1942
Anzola Nicasio	1942	-
Gómez Garzón Carmen	1966 06 17	2009 11 14
Cuevas C. Eurípides de Jesús	2008 06 17	Actual

Sillón 6

Quijano Wallis José María	Fundación	1923
Restrepo Antonio José	1923	1933 03 01
Restrepo Félix S.J.	1938 11 23	1965
Jiménez Barriga Tulio	1967 11 16	2012 06 05
Guarín Ariza Alfonso	2012 09 27	Actual

Sillón 7

Uribe Uribe Rafael	Fundación	1914 10 15
Hinestrosa Daza Ricardo	1915 12 07	1963 09 12
Piñeros Piñeros Eduardo	1967 11 16	1974 04 05
Hinestrosa Forero Fernando	1974 09 09	2012 03 10
Fernández Sandoval Heraclio	2012 08 16	Actual

Sillón 8

Iregui Antonio José	Fundación	1941
Rivadeneira Carlos	1947	1969
Uribe Vargas Diego Honorario	1974 10 30	2020 Honorario
Arrubla Paucar Jaime	2019 03 19	Actual

Sillón 9

Fajardo Julio	Fundación	1929
Neira Mateus Guillermo	1937	1952
Uribe Duran Juan	1960	1972 05 23
Vidal Perdomo Jaime	1974 11 20	2016
Ostau De Lafont Pianeta Rafael	2018 12 03	Actual

Sillón 10

Barrios Juan B.	Fundación	1927
Latorre Uriza Luis Felipe	1928	1960
Mendoza y Mendoza Alejandro	1963	1977
Arboleda Valencia José Enrique	1977	2007
Sarmiento Cifuentes Fernando	2008 09 11	Actual

Sillón 11

Posada Eduardo	Fundación	1942
Cárdenas Parmenio	1943	1978 04 09
Vélez García Jorge	1978 08 02	2014 05 19
Cangrejo Cobos Luis Augusto	2013 02 28	Actual

Sillón 12

Montaña Francisco	1922	1924
Copete Mafra Alejandro	1929	1944
Cortez Milciades	1943	-
Jaramillo Arrubla Castor	1963 05 16	1978 09 28
Rozo Rozo Julio E.	1979 05 16	2016
Arboleda Ripoll Fernando	2013 05 09	Actual

Sillón 13

Manuel María Fajardo	Fundación	
Hernández Ospina Fabio	1943	1960
Uprimny Leopoldo	1961	1977 06 19

Monroy Cabra Marco Gerardo	1979 05 16	2019
Sánchez Torres Carlos Ariel	2013 06 13	Actual

Sillón 14

José Joaquín Casas	Fundación	1921
Orozco Valencia Jorge	1945	1997 01 06
García Herrera Álvaro	1977 01 16	1980 04 21
Ramírez Arcila Carlos	1980 11 19	2007
Olano García Hernán Alejandro	2007 10 25	Actual

Sillón 15

Cuellar José Hilario	Fundación	-
Gaitán Jorge Eliecer	1938	1948 04 09
Gaitán Azuero Gonzalo	1949	1964
Camacho Rueda Aurelio	1972 09 29	1983 08 01
Tafur Galvis Álvaro	1983 11 16	2020 Honorario
Jaramillo Carlos Ignacio	2019 06 05	Actual

Sillón 16

Gamboa Enrique	Fundación	1915
Cadavid Antonio José	1915	1920
Holguín y Caro Hernando	1920	1922
Escallón Rafael	1924	1951
Arias Bernal José Domingo	1953	1977 06 01
Chavariaga Meyer José Luis	1978 05 24	1983 10 12
Robledo Uribe Emilio	1984 05 23	2011 08 17
Cerón Coral Jaime	2012 10 04	2019
Mena de Quevedo Margarita	2015 08 15	Actual

Sillón 17

Esguerra Nicolás	Fundación	1924 01 23
Abadía Méndez Miguel	1926	1947
Reyes Llaña Luis Felipe	1949	1954 12 17
Melguizo Gerardo	1960	1984 12 18
Gaitán Mahecha Bernardo	1985 05 08	2017
Sotomonte Sotomonte Saúl	2014 11 27	Actual

Sillón 18

Forero Rubio Luis	Fundación	1914
-------------------	-----------	------

Restrepo Sáenz Eduardo	1915	1955
Yepes Jesús María	1955	1962
Córdoba Medina Alejandro	1963	1988
Forero Rodríguez Rafael	1988 07 27	2017 05 10
Valdés Sánchez Germán Gonzalo	2013 09 16	Actual

Sillón 19

Olarte Camacho Vicente	1922	1960
Parra Vicente	1935	1987 08 22
Gómez Naranjo Pedro Alejandro	1935	1987 08 22
Melo Quijano José Vicente	1967 11 16	2014 04 02
Becerra Héctor Julio	1989 03 29	--
Pulido Pineda Alberto	2012 08 23	2014 09 22
Rodríguez Azuero Sergio	2015 11 05	Actual

Sillón 20

De Pombo Manuel A.	Fundación	1910
Ocampo Antonio María	1912	1940
Díaz Rodríguez Justo	1943	1965
Dangond Daza Manuel A.	1967 11 16	1988 09 21
Tobón Mejía Aurelio	1989 10 11	2020 Honorario
Pacheco Sánchez Ramón	2019 05 22	Actual

Sillón 21

Grillo Maximiliano	Fundación	1949
Posada Azuero Lope	1955	1960
Galvis Madero Luis	1967 11 16	1987 11 16
Parra Quijano Jairo	1989 11 08	Actual

Sillón 22

Millán O. Enrique	Fundación	1959
Cardozo Isaza Jorge	1967 11 16	1988 08 01
Mora Osejo Humberto	1990 06 08	2015 04 17
De Vega Pinzón Gabriel	Póstumo	2019 02 05
Herrera Vergara Hernando	2019 11 26	Actual

Sillón 23

Delgado Pedro Pablo	Fundación	1944
---------------------	-----------	------

Madrid Malo Néstor	1967	1989 08 20
Preciado Peña Alberto	1999 08 22	2015 05 26
Cerra Jiménez Luis Eduardo	2019 05 22	Actual

Sillón 24

Ospina Santiago	Fundación	1940
García de la Parra Pablo	1942	1980 07 30
Orjuela Hidalgo Gustavo	1980 12 03	1991 02 27
Cancino Moreno Antonio José	1991 05 22	2018
Parra Benítez Jorge A	2019 05 22	Actual

Sillón 25

Gutiérrez Eladio	Fundación	1928
Mackenzie Useche Mauricio	1938 08 14	1969 05 22
Jaramillo Echeverry Marino	1991 08 14	2016 03 20
Puyo Vasco Rodrigo	2019 05 22	Actual

Sillón 26

Isaza Luis María	Fundación	1929
García Zamudio Nicolás	1950	1952
Gómez Hoyos Rafael	1962	1990 03 31
López Blanco Hernán Fabio	1991 11 13	Actual

Sillón 27

Curra Gonzalo	Fundación	1920
Aguilera Rodríguez Miguel	1938	1973 09 01
Díaz Rubio Hernando	1985	1986 03 15
Bernal Cuellar Jaime	1992 05 06	Actual

Sillón 28

Champeau Edmond	Fundación	1919
Garavito Armero Fernando	1924	1937
Gutiérrez Mejía Ricardo	1937	1967
Gutiérrez Anzola Jorge Enrique	1971 05 24	1991 12 26
Flórez Enciso Saúl	1992 10 14	Actual

Sillón 29

Peña Belisario	Fundación	1912
----------------	-----------	------

Arbeláez Ismael	1914	1926
Montalvo José Antonio	1928	1970 06 05
Castillo Dávila Policarpo	1971 05 24	1993 06 20
Vallejo García Felipe	1993 11 03	Actual

Sillón 30

León Gómez Adolfo	Fundación	1927
Camacho Nemesio	1928	1929
Camacho Carrizosa Guillermo	1930 02 27	-
Meluk Salge Alfonso	1972	1992 06 03
Narváez García José Ignacio	1994 06 09	-
Cavelier Franco Ernesto	2018	Actual

Sillón 31

Gómez Cuellar Ramón	Fundación	-
Iglesias Salvador	1937	1941
Quiñonez Neira Rafael	1942	1967
León Rey José Antonio	1970	1994
Díaz Bueno Javier	1995 07 05	Actual

Sillón 32

Restrepo Hernández Julián	Fundación	1920
Cock Víctor	1938	1960
Naranjo Villegas Abel	1963 05 16	1992 02 17
De La Pava Salazar Simón	1997 11 07	2014 09 22
Chavarro De Solanilla Nohora	2015 10 16	Actual

Sillón 33

Gómez Francisco Antonio	Fundación	-
Echandía Olaya Darío	1935 11 25	1989
Rocha Ochoa Cesáreo	1998 11 05	2020 Honorario
Cerra Jiménez Luis E		Actual

Sillón 34

Rodríguez Forero Alejandro	Fundación	1940 04
Miranda Díaz-Granados Ramón	1943	1962 08 14
Uribe Maldonado Alfonso	1963 05 16	1985 08 01
Holguín Holguín Carlos	1987 01 25	2015 04 11

Uribe Garzón Carlos	2000 10 25	2015 04 11
Parra Benítez Jorge Alberto	2019 07 25	Actual

Sillón 35

Arteaga Jesús María	Fundación	-
Santos Montejo Eduardo	1937	1974 03 27
Pineda Castillo Roberto	1976 02 25	1999
Plazas Vega Mauricio	2001 09 20	Actual

Sillón 36

Carvajal R. Aurelio	Fundación	-
Rocha Alvira Antonio	1935	1992 10 10
Gómez Aristizabal Horacio	2001 10 09	Actual

Sillón 37

De La Torre Alejo	Fundación	1914
Cerón Camargo Gabriel	1924	1967
Morales Molina Hernando	1971 03 11	1997 03 19
Esguerra Portocarrero Juan Carlos	2001 10 31	Actual

Sillón 38

Campuzano Márquez Arturo	Fundación	1941 07
Corral Luis Carlos	1947	1951
Rodríguez Fonnegra Jaime	1951	1970 02 04
Hernández Rodríguez Guillermo	1976 09 01	1990 01 27
Franco Idárraga Hernando	1990 07 04	2001
Forero Contreras Rafael	2002 11 07	Actual

Sillón 39 (Vacante)

Manrique Juan Clímaco	Fundación	-
Medellín Aldana Carlos	1947	1969
Vargas Rubiano Gonzalo	1973 10 26	2000 03 01
Carreño Varela Bernardo	2003 10 20	2014 10 03
Ibáñez Guzmán Augusto+	2014 10 14	2018

Sillón 40

Rodríguez de Piñeres Eduardo	Fundación	-
Caicedo Castilla José Joaquín	1961	1979 12 15

Devis Echandía Hernando	1980 10 01	2001 03 27
Gamboa Álvarez Ernesto	2001 09 07	-
Venegas Franco Alejandro	2003 10 25	Actual

Sillón 41

Lince P. Alejandro	Fundación	-
Mons. Bermúdez Portocarrero José A.	-	1937
Mons. López Lleras Rudesindo	1950	1960
Rey Rojas Julio César	1963 05 16	1964
Melendro Lugo Ernesto	1967 11 16	1980 05 28
Suárez Hernández Daniel	1993	2002 03 06
Quiroga Cubillos Héctor E.	2004 05 12	Actual

Sillón 42

Mendoza Pérez Diego	Fundación	1934
Bravo Carlos	1937	1960
Herrera Anzoátegui Blas	1963 05 16	1971 02 18
Venegas Gil Alejandro	1976 05 26	-
Gaviria Liévano Enrique	2005 07 13	Actual

Sillón 43

Uribe Guillermo	Fundación	1920
Concha José Vicente	1920	1929
Hernández Ospina Horacio	1937	1951
Gómez Garzón Soledad	1963 05 16	-
González de Cancino Emilsen	2005 08 18	Actual

Sillón 44

García Eugenio	Fundación	1922
Osorio Angulo Aquileo	1924	1944
Tapias Pilonieta Arturo	1947	1973 09 04
Sarmiento Buitrago Luis	1975 11 26	-
Trujillo Muñoz Augusto	2005 08 25	Actual

Sillón 45

Forero Emiliano	Fundación	-
Medina Leandro	1937	1944 07 23

Samper Sordo Juan	1951	1960
Riveros Julio Eduardo	1960	1982
Paredes Arboleda Luis Fernando	1984 10 10	2004 08 09
Álvarez Londoño Luis F., S.J.	2005 08 25	Actual

Sillón 46

Gutiérrez Rubio Antonio	Fundación	-
Pantoja Antonio José	1941	1964
Suárez de Castro Alfonso	1967 11 16	2005 10 30
Villar Borda Luis	2006 03 30	2006
Parada Caicedo Juan Bautista	2009 04 23	Actual

Sillón 47

Trujillo Arroyo Juan C.	Fundación	1940 02 11
Gutiérrez Mejía Pedro	1947	1960
Morales Peña Guillermo	1963 05 16	1970
De Gamboa y Villate Germán	1977 03 16	1991 10 16
Vanegas Mendoza Manuel A.	1998 10 07	2006 03 05
Fradique Méndez Carlos	2006 04 06	Actual

Sillón 48

Esguerra Domingo	Fundación	1969
Bernal Medina Miguel	1970	1993 11 03
Orjuela Góngora Carlos	2006 04 20	Actual

Sillón 49

Valenzuela Teodoro	Fundación	-
Moreno Jaramillo Miguel	1935	1976 06 04
Barrero Buitrago Álvaro	2006 05 12	Actual

Sillón 50

Ricaurte Eduardo	Fundación	-
Lozano y Lozano Carlos	1939	1952
Valencia Martínez Jorge Enrique	2006 05 12	Actual

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES
POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

NOMBRES	CORRESPONDIENTES
Caicedo Perdomo José Joaquín	1974 05 22
Sarria Olcos Consuelo Helena	1984 11 07
Morales de Barrios María Cristina	1991 09 11
Montes de Echeverri Susana	1992 07 29
Suárez Camacho Gustavo	1992 09 09
Bejarano Guzmán Ramiro	1993 03 10
Zopó Méndez Ricardo	1995 11 01
Canosa Suárez Ulises	1996 03 27
Morelli Rico Sandra	1996 08 14
Ángel Zea Adelaida	1997 09 17
Martínez Neira Néstor Humberto	1997 11 19
Zárate E. Luis Carlos	1998 07 15
Arboleda Perdomo Enrique José	2001 10 16
Gamboa Morales Ernesto	2002 06 12
Prías Bernal Juan Carlos	2002 08 28
Peña Nossa Lisandro	2002 09 05
Melo Guevara Gabriel	2002 10 10
López Villegas Eduardo Adolfo	2002 10 30
Hoyos Castañeda Ilva Myriam	2003 03 27
Cahn-Speyer Wells Paul	2003 05 21
Restrepo Salazar Juan Camilo	2005 04 20
Lewin Figueroa Alfredo	2005 11 10
Echeverri Uruburu Álvaro	2005 11 30
Gamboa Morales Nicolás	2006 03 16
Zambrano Cetina William	2006 05 25
López Dorado Álvaro	2007 07 26
Montealegre Lynett Eduardo	2007 11 01
Garzón Saboya Edgar Alfredo	2008 09 18
Fernández Rojas Gabriel	2012 08 09
Fernández Rojas Ulises	2012 08 09
Carrillo Flórez Fernando	2012 09 13
Pérez García Miguel Alberto	2012 10 25
Padilla Linares Cerveleón	2013 02 18
Suárez Beltrán Gonzalo	2013 02 21

Moreno Ortiz Luis Javier	2013 03 13
Yepes Barreiro Alberto	2013 04 25
Molina Torres José Antonio	2013 09 05
Arenas Campos Carlos Adolfo	2013 09 26
Murcia Montoya Carlos Alberto	2013 10 10
Barbosa Delgado Francisco R.	2013 10 24
Cárdenas Mejía Juan Pablo	2013 10 31
Muñoz Laverde Sergio	2014 03 14
Chalela José Francisco	2014 05 29
Medellín Carlos Eduardo	2014 07 17
Hernández José Gregorio	2014 11 13
Reyes Villamizar Francisco	2015 06 11
Acuña Traslaviña Consuelo	2015 07 23
Gómez Méndez Alfonso	2015 10 01
Mendoza Ramírez Álvaro	2015 11 19
Muñoz Tamayo Diego	2016 04 07
Álvarez Ramírez Gilberto	2016 07 07
Ibarra Pardo Martín Gustavo	2016 08 04
Gaviria Liévano Jorge	2016 08 08
Bazzani Montoya Darío	2016 09 08
Fernández León Whanda	2016 10 20
Roa Suárez Hernando	2017 03 01
Estupiñan Achury Liliana	2017 04 19
Rivera Sierra Jairo	2017 04 26
Calderón Rivera Camilo	2017 08 02
Abello Galvis Ricardo	2017 10 04
Aponte Vanegas Jaime	2017 10 25
Restrepo Medina Manuel	2017 10 11
Pérez Flores Guillermo	2017 11 23
Hernández Rueda Jose Celestino	2017 11 29
Molina Betancur Carlos Mario	2018 14 03
Bernate Ocho Francisco	2018 05 16
Salazar Andreu Juan pablo	2018 06 06
Gustavo José Gnecco Mendoza	2018 07 26
García Matamoros Laura Victoria	2019 06 12

ACADÉMICOS EXTRANJEROS

Abel B. Vega Coipo	Giorgia Pavanni
Agustín Squella Narducci	Giorgio Lombardi
Alberto Rodríguez Galán	Giusseppe de Vergottini
Allan R. Brewer-Carias	Helmut Brunner Noerr
Amerigo Incalcaterra	Jacques Baguenard
Andrés Bianchi Larre	Jaime Antúnez Aldunate
Ángel M. Oliveri López	Jaime Rodríguez Arana
Antonio Baldassarre	Jairo Alfonso Aguiar de Luque
Antonio Garriques Walker	Javier Cremades
Antonio Escocozza	Javier de Iscar
Antonio Hernández	Jorge Cauas Lama
Armida Ramírez	Jorge Fernández Ruiz
Arturo Fontaine Aldunate	Jorge Luis Esquirol
Augusto Parra Muñoz	Jorge Reinaldo Vanosi
Carlos Cáceres Contreras	José Antonio Escudero
Covey Oliver	José Antonio García Caridad
Cristián Larroumet Vignau	José Delfín Guardia Canela
Cristián Zegers Ariztía	José Joaquín Brunner Ried
Eduardo Bertoní	José Luis Cea Egaña
Eduardo Roca Roca	José María Alonso Puig
Elisa Pérez Vera	José Miguel Ibáñez Langlois
Eloy García	Juan Carlos Cassagne
Enrique Barros Bourie	Juan Carlos Palmero
Ernesto Rey Caro	Juan de Dios Vial Larraín
Eugenio Llamas Pombo	Juan Isaac Lovato
Fabio Roversi Mónaco	Juan José Sanz Jarque
Fernando Justo López de Zavalía	Juan Pablo Pampillo Balaño
Fernando Moreno Valencia	Juan Pablo Salazar Andreu
Fernando Vidal Ramírez	Julio Altamira
Florentino Izquierdo	Lucía Santa Cruz Sutil
Francisco Baena B.	Luciano Parejo Alfonso
Francisco Javier Gaxiola Ochoa	Luis María Díez-Picazo Giménez
Francisco Orrego Vicuña	Luis Martí Mingarro
Gabriel Ruán Santos	Luis Riveros Cornejo
Gabriel Valdés Subercaseaux	Manuel Aragón Reyes
Gerardo Eulalio do Nascimento	Manuel Becerra Ramírez

María Dolores Vila Coro	Raúl Altamira
María Emilia Casas Bahamonde	Ricardo Haro
Mariángeles Equisquiza Balmaseda	Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano
Mariano Pizarro Pizarro	Ruben Martinez Dalmau
Mario Ciudad Vásquez	Sandro Schipani
Massimo Vari	Santos Cifuentes
Mons. Francisco Javier Errázuriz Ossa	Sergio García Ramírez
Olsen Ghirardi	Sergio Molina Silva
Oscar Cruz Barney	Stefano Rodotá
Óscar Godoy Arcaya	Susana Barroso
Óscar Vásquez	Valentin Petev
Osvaldo Sunkel Weil	Víctor García Toma
Pascal Jan	Virgilio D'Antonio
Pedro Morandé Court	William Thayer Arteaga
Ramiro Moreno Baldivieso	Willman Ruperto Durán Rivera

ACADÉMICOS EXTRANJEROS POR NACIONALIDAD

ALEMANIA

Herdegen, Matías
Kracker von Schwarzenfeldt, Doroteo
petev, valentin

ARGENTINA

Aja Espil, Jorge Antonio
ALTAMIRA, JULIO
aLTAMIRA rAUL
Ancízar Samper, Guillermo
Areal, Leonardo Jorge
Boffi Boggero Luis María
Cassagne, Juan Carlos
Cifuentes, Santos
Drago
Bertoni, Eduardo
Ghirardi, Olsen A.
Gordillo, Agustín
Haro, Ricardo
Incalcaterra, Américo
Izquierdo Florentino

Kemelmajer de Carlucci, Aída ROSA
Llerena, Baldomero
López de Zavalía, Fernando Justo
Moisset de Espanés, Luis
Oliveri López, Ángel M.
Palmero Juan Carlos
Quesada, Ernesto
Rey Caro, Ernesto
Rodríguez Galán, Alberto
Talero, Eduardo
Vanosí, Jorge Reinaldo

BÉLGICA

Berger, Gastón
Brusschere, o Busscher, o Busshere, Alphonse
Stocquart, Emile

BOLIVIA

Díez de Medina, Alberto
Durán Rivera, Willman Ruperto
Gutiérrez, Alberto José

Minor Gainsbor, G.
Pinilla, Claudio
Villazón, Heliodoro

BRASIL

Bevilaqua, Clovis
Da Cunha Bueno, Lucillo
Da Souza Sa Vianna, Manuel Álvaro
Da Senna, Nelson
Da Silva, Carlos
Da Souza, Carlos
Do Nascimento e Silva, Gerardo Eulalio
Martins, Enéas
Maynrick, Rafael de
Olivera, Pedro M.
Pessanha Paroa
Rocas, Abelardo
Rugiera Acosta, J.B.

CHILE

Álvarez, Alejandro
Antunez Idunate, Jaime
Barrios Bourie, Enrique Gustavo
Bianchi Larre Andrés
Brunner Noer, Helmut
Brunner Ried, José Joaquín
Cáceres Contreras, Carlos
Cauas Lama, Jorge
Cea Egaña, José Luis
Ciudad Vásquez, Mario
Claro Solar, Luis
Errázuriz Ossa, Cardenal Francisco Javier
VASQUEZ, OSCAR
Figueroa Yañez, Gonzalo
Fontaine Aldunate, Arturo
Garcés, Julio
Godoy Arcaya, Óscar
Herboso, Francisco J.
Ibáñez Langlois, José Miguel
Lavados Montes, Iván
Lisón, Tito

Llona Santamaría, Gustavo
Martínez Sotomayor, Carlos
Molina Silva, Sergio
Morande Court, Pedro
Moreno Valencia, Fernando
Novoa Monreal, Eduardo
Olguín de Baltra, Adriana
Orrego Vicuña, Francisco
Pacheco Gómez, Máximo
Parra Muñoz, Augusto
Pizarro Pizarro, Marino
Prieto, Víctor Manuel
Riasco, Germán
Riveros Cornejo, Lis
Vasquez, Mario Ciudad
Santacruz Sutil, Lucía
Schwartzmann Turkenich, Félix
Silva Cimma, Enrique
Squella Narducci, Agustín
Sunkel Weil, Osvaldo
Thayer Arteaga, William
Valdés Subercaseaux, Gabriel
Vial Larraín, Juan de Dios
Viel, Óscar
Videla Cifuentes, Ernesto
Zegers Ariztia, Christian

COSTA RICA

Anderson, Luis
Brenes Córdoba, Alberto
Jiménez Oreamuno, Ricardo
Jiménez, Manuel Francisco
Pacheco, Leonidas
Peralta, Manuel María de
Picado Guerrero, Antonio

CUBA

Aramburo, Mariano
De Castro, Ramón
De Zambrana, Antonio
González Lanuza, Antonio José

Rodríguez Altunaga, Rafael
Sánchez de Fuentes y Peláez, Eugenio

ECUADOR

Amador Baquerizo, Esteban
Avellán Ferrés, Enrique
Ayora, José María
Balarezo, Manuel Ramón
Baquerizo, Alfredo
Baquero de la Calle, José A.
Barbosa, Ruy
Borja, Luis Felipe (hijo)
Borja, Luis Felipe
Carrión, Manuel Benjamín
Chiriboga Bustamante, Francisco
Córdova, Andrés S.
Córdova, Wilson
Cueva Tamariz, Carlos
Echeverría, Enrique
Espinosa, Ángel
García, Aurelio
Gómez Jaramillo, Alberto
Guerra, Alberto
Jácome Moscoso, Rodrigo
Karpf Müller, Gabriel
Lovato, Juan Isaac
Montalvo, Abelardo
Mora, Alfonso María
Muñoz Vernaza, Alberto
Núñez, Pedro Leopoldo
Paredes, Ángel Modesto
Parra Velasco, Antonio
Peña Herrera, Modesto
Pérez Guerrero, Alfonso
Ponce Borja, Alejandro
Ponce M., José Federico
Ponce, Clemente
Quevedo, Antonio J.
Ricardo, John o David
Salazar Gómez, Eduardo
Salgado, Francisco

Tobar Donoso, Julio
Yepes del Pozo, Juan

ESPAÑA

Aguiar de Luque, Luis
Almeida, Bernardo
Aristegui, Juan Manuel de
Atienza, Manuel
Azcárate, Gumersindo
Baena, Bocanegra Francisco
Balmaseda, Egusquiza Mariangeles
Baldivieso, Moreno Ramiro
Bertrán y de Amat, Felipe
Beltrán y Rózpide, Ricardo
Bello Janeiro, Domingo
Benito y Endara, Lorenzo
Camín y López, Álvaro María
Casas Bahamonde, María Emilia
Coll y Pujil, Juan
Dato, Eduardo
De Labra, Rafael María
Durán y Bas, Manuel
hernandez Fernández ,Antonio
Escudero, José Antonio
Forunda, M.J.
García Prieto, Manuel
García Caridad José Antonio
Garrido Veloz y Cisneros, Justo
Garrigues Walker, Antonio
Chirardi, Olsen
Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro
Guardia Canela Jose delfin
Llamas, Eugenio
Luis Marti Mingarro
Martínez Dalmau, Rubén
Maura Montaner, Antonio
Montero Ríos, Eugenio
Oriols, Juan B.
Osorio y Gallardo, Ángel
Parejo Alfonso, Luciano
Pérez Vera, Elisa

Permayes y Ayales, Juan José
Pía y Soler, Marguín
Posada, Adolfo
Roca Roca, Luis Eduardo
Rodríguez, Arana Jaime
Rodríguez Sanpedro, Faustino
Sánchez Román, Felipe
Sanz, Jarque Juan José
Vila Coro, Maria Dolores
Walls y Merino, Manuel

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Bosch, Ralp
Eder, Phanor
Esquirol, Jorge Luis
Grossman, Bernard A.
Lynn Smith, Thomas
Oliver, Covey T.
Roy Wallace, William

FRANCIA

Baguenard, Jacques
Bourgarel, Ernesto
Brunet, Gaston
Bry, George
Clunet y Margnaud, E.
Dragó, Rolland
Favoreau, Louis
Glasson, Ernest
Goeau, Jean-Ives
Ingrand, Elizabeth
James, A.
Jan, Pascal
Labroussère, Pierre
Larroumet, Christian
Lisbonne, Jean
Magnaud, Paul
Moderne, Franck
Seydoux, Roger

GRECIA

Zissi, ¿?,

GUATEMALA

Argüello, Santiago
Contreras B., Francisco
Poirier, Eduardo
Rohmosser Valdeavellano, Rodolfo

HOLANDA

De Alimena, Bernardino

ITALIA

Agnoli, Rufino
Baldassare, Antonio
D'Antonio, Virgilio
De Vergotini, Giusseppe
Gambino, Silvio
Lombardi, Giorgio
Mezzasoma, Lorenzo
Mezzeti, Luca
Pirrone, G.
Rodotá, Stéfano
Roversi Mónaco, Fabio
Ruggeri, Antonio
Schipani, Sandro
Scocozza, Antonio
Vari, Máximo

MÉXICO

Alarcón, Manuel Mateo
barroso Susana
Becerra Ramírez, Manuel
Bolaños Cacho, Miguel
Brioso, Miguel
Campos, Luis Ramón
Cruz Barney Oscar
De la Barra, Alejandro
Enríquez, Enrique A.
Esquivel Obregón, Toribio
Fernandez, Ruiz Jorge
Gaxiola, Ochoa Francisco Javier
García Ramírez, Sergio
Méndez, Luis
Pampillo Balaño, Juan Pablo

Ramírez, Armida
 Romero, Félix
 Salazar, Andreu JUAN PABLO
 Tamayo y Salmorán, Rolando
 Verdugo, Agustín

NICARAGUA

Aguilar, José Francisco
 Buitrago, Bruno
 Paniagua Prado, Francisco
 Planas Suárez, Simón

PANAMÁ

Alfaro, Ricardo J.
 Arias, Harmodio
 Ballarino, Darío
 Cervera, Dámaso A.
 Grimaldo Bernal, Miguel Ángel
 Herrera S., Manuel A.
 Moscote, José D.
 Pinilla Urrutia, José María

PERÚ

Arango, Eliseo
 De la Lama, Miguel Antonio
 Echeopar, Enrique
 Elguera, Federico
 Elmore, Alberto
 García Belaunde, Domingo
 García Calderón, Francisco
 García Toma, Víctor
 Gómez Valdés, Clímaco
 Rada, Pedro José
 Riveiro Román
 Solas, Amadeo
 Tudela y Varela, Francisco
 Ulloa, Alberto
 Urueña, J.M.
 Velarde, Hernán

Vidal Ramírez Fernando
 Villarán, Luis Felipe

REPÚBLICA DOMINICANA

Henríquez y Carvajal, Federico
 Troncoso de la Concha, Manuel de Jesús
 Vicioso, Horacio V.

SUIZA

Röthlisberger, Ernesto

URUGUAY

Fosalba, Rafael J.
 Gallarda y Acosta, Pedro
 Guillot, Álvaro
 Risso Ferrand, Martín

VENEZUELA

Andara, J. Ladislao
 Anzola, Juvenal
 Arcayo, Pedro M.
 Bautista Urbaneja, Diego
 Brewer-Carías, Alan Randolph
 Gil Fortoul, José
 González Guiñán, Francisco
 Guerrero, Emilio Miguel Constantino
 Maldonado, Manuel
 Melich Orisini, José
 Pardo, Alfredo
 Pietro (hijo), Alejandro
 Quevedo, Numa
 Ranjel Lamus, Amenodoro
 Rodríguez B., Orangel
 Rodríguez, José Santiago
 Romero Muci, Humberto
 Ruan Santos, Gabriel
 Sanabria, Edgar
 Santos, Abel
 Veloz Goiticoa, Nicolás
 Villegas Pulido, G.T.
 Zuluaga, Nicomedes

ACADÉMICOS EN LOS CAPÍTULOS SECCIONALES

Barranquilla

Aleksey Germán Herrera Robles
Antonio Abello Roca
Arnaldo Mendoza Torres
Arturo Gálvez Valega
Carlos Emilio Ponce Caballero
Carlos Guzmán Romero
Jaime Álvaro Sandoval Fernández
José de Jesús López Álvarez
Juan Antonio Pabón Arrieta
Luis Eduardo Cerra Jiménez (Académico de Número)
Luis Felipe Velázquez Lyons
Marco Antonio Fonseca Ramos
Margarita Leonor Cabello Blanco
Renato A. De Silvestri Saade
Rodolfo Pérez Vásquez
Rodrigo Uribe Largacha
Víctor Julio Díaz Daza
Wilson Herrera Llanos

Coordinador

Ramón Pacheco Sánchez (Académico de Número)
Cra. 72 No. 86-124
Tel.: 3559749 – 3553437

Bucaramanga

Avelino Calderón Rangel
Carlos Enrique Quijano Rueda
Eduardo Pilonieta Pinilla
Genith Toledo Carreño
Ilva Lucía Trillos de Naranjo
Julián Hernando Rodríguez Pinzón
Luz Stella Londoño Gómez
Martha Inés López Bautista

Cali

Adolfo León Oliveros Tascón
Carlos Alberto Paz Russi
Fabián Vallejo Cabrera
Fabio Díaz Mesa

Fernando Aníbal Aragón Mora
Fernando Restrepo Valecilla
Hebert Galvis Navia
Hernán Gómez Gutiérrez
Hernando José Valencia Tejada
Herney Hoyos Garcés
Hugo del Socorro Aristizabal Ossa
Juan Manuel Tello Sánchez
Julián Alberto Villegas Perea
Juliana Rojas Arango
Libardo Sánchez Galvez
Luis Eduardo Arellano Jaramillo
Luis Miguel Montalvo Pontón
Mario Alberto Cajas
Martha Lucía Becerra Suárez
Rafael Rodríguez Jaraba
Rodrigo Becerra Toro
Wilson Ruiz Orejuela

Coordinador

Darío Encinales Arenas
Carrera 35 No. 4b-18 Of. 202
Barrio San Fernando
Tel: 556 45 72

Cartagena

Alcides Morales Acacio
Álvaro Angulo Bossa
Álvaro Reinaldo Salgado González
Héctor Tercero Merlano Garrido
Jorge Pérez Villa
José del Cristo Tirado Hernández
Josefina del Carmen Quintero
Luis Gerónimo Espinosa
Miguel Yacamán Yidi
Pedro Pablo Vargas Vargas
Rafael Ballestas Morales

Coordinador

Alfonso Hernández Tous

Cúcuta*Coordinador*

Mario Vásquez Rodríguez
Calle 10 No. 5-50 Of. 605
Tel: 571 0174 – 571 86 27

Ibagué

Armando Gutiérrez Quintero
Euclides Roa Escobar
Gonzalo Gómez Jaramillo
Hernán Vicente Verástegui García
Hernando Hernández
Jorge A. Guzmán Arciniegas
Jorge Augusto Lozano Rincón
Luis Fernando Sánchez Huertas
Mabel Montealegre Varón
María Cristina Solano de Ojeda
Omar Mejía Patiño
Ricardo Enrique Bastidas Ortiz
Stella Pena de Méndez

Coordinadora

Nohora Chavarro de Solanilla (Académica de Número)
Cra. 20 sur No. 120-171 casa 57
Portal del Campestre. Tel: 644190

Manizales

Beatriz Helena Zuluaga Villegas
Carlos Alberto Arango Mejía
Eudoro Echeverri Quintana
Mónica Aristizábal Botero
Óscar González Salazar
Rafael Aurelio Calderón Marulanda

Medellín

Álvaro Vargas
Humberto Jairo Jaramillo Vallejo
Jorge Alberto Parra Benítez (Académico de Número)
Jorge Villegas Betancur
Luciano Barrientos García
Luis Carlos Calle Calle
Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Mery Ortiz Gaviria

Piedad Cecilia Vélez Gaviria

Rodrigo Puyo Vasco (Académico de Número)

Susana Acosta Prada

Coordinadora

Margarita Mena de Quevedo

(Académica de Número, electa como Honoraria)

Calle 10 No. 30A -71

Tel: 942663950

Neiva

Alberto Cabrera Gutiérrez
Alberto Posada Lara
Aura Gutiérrez Duque
Jesús María Cantillo M.
Raúl Pastrana Polanco
Reinaldo Polanía Polanía

Pasto

Aura René Rodríguez
Parmenio Cuéllar Bastidas
Coordinador
Luis Alfredo Fajardo Arturo
Calle 18 No. 24-29 Of. 401
Centro Comercial los Andes
Tel: 723 2618

Popayán

Carlos Alberto Carreño Raga
Emma Vernaza Niño
Hilda María Zúñiga Escobar
Iván Mejía Pérez
Jesús Ignacio García Valencia
Luis Eduardo Lara Ruiz
Víctor Acosta David
Coordinador
Luis Hernando Andrade Ríos
Carrera 8 No. 2-44
Edificio Hormaza
Tel: 8241810

San Andrés y Providencia

Fidel Antonio Corpus Suárez

Jiménez Walters Pomare
José María Mow Herrera
Kent Francis James
Coordinadora
Ligia Rojas Lobo

Cándida Rosa Araque de Navas
Gabriel Salamanca
Vicente Landínez Lara
Coordinador
Óscar José Dueñas Ruíz

Tunja

Álvaro Miguel Bertel Oviedo
Álvaro Polanco Sánchez

FALLECIMIENTOS DESDE EL NÚMERO ANTERIOR

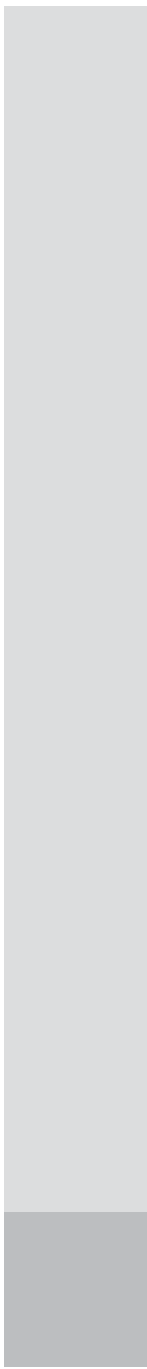
Marco Gerardo Monroy Cabra,
Expresidente y Miembro Honorario
Alfredo Azuero Hermida,
Correspondiente del Capítulo de Cali

POSESIONADOS DESDE EL NÚMERO ANTERIOR

Eloy García
Giorgia Pavanni
Javier Cremades

ASCENDIERON A NUMERARIOS DESDE EL NÚMERO ANTERIOR

Hernando Herrera Vergara



Reseña
Revista de la
Academia Colombiana
de Jurisprudencia

BREVE RESEÑA DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA

Hernán Alejandro Olano García*
Académico de número

La Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia podría decirse que es la publicación jurídica de más largo aliento en la nación.

Su andadura comenzó casi paralela a la fundación de la Corporación (en 1894), pues la publicación, que inicialmente se llamó “Anales de Jurisprudencia”, fue publicada en los Talleres de la Casa Editorial de J. & L. Pérez, encomendada a la Comisión de Publicaciones, integrada por los académicos Teodoro Valenzuela, Edmond Champeau, Guillermo Uribe, Diego Mendoza y Eduardo Posada y actuando como suplentes Manuel M. Fajardo, Ramón González, Enrique Gamboa, Alejo de la Torre y Adolfo León Gómez, quien fue el primer director.

* Doctor en Derecho Canónico, con estancias posdoctorales en Historia y en Derecho Constitucional; magíster en Relaciones Internacionales y en Derecho Canónico; M.B.A. y master of Soft Skills. Especializaciones en: Derechos Humanos, Bioética, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Liderazgo Estratégico Militar, Gerencia y Gestión Ambiental, Pedagogía y Docencia Universitaria. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; miembro correspondiente Extranjero de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales; colegiado honorario del Muy Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima; individuo de las Academias Colombiana, Panameña y Boyacense de la Lengua y un larguísimo etcétera. Vicerrector general de la Universidad La Gran Colombia (Actualmente).

En el primer editorial de los Anales, el director fijó el derrotero de esta revista: “No se trata, pues, de un periódico político, ni de combate, como los que a menudo aparecen y desaparecen para dar testimonio de la ardentía de nuestras pasiones, de la mutua intolerancia de los partidos y de la necesidad que tenemos de fundar algo serio en materia de prensa, que pueda salvar nuestras fronteras y hacernos conocer ya que no como hombres de ciencia, al menos como aspirantes a poseerla y a fundar en ella nuestras esperanzas para el porvenir”.

En 1898, la revista pasó a editarse en la Imprenta de La Luz cuando cambió su director, ocupando esa misión Miguel S. Uribe Holguín y fungiendo como redactores Adolfo León Gómez y Fernando Garavito Armero. Esos “Anales de Jurisprudencia”, por medio de la carta # 539 del 16 de marzo de 1896 del subsecretario de Gobierno, encargado del despacho del Ministro de Gobierno, don Antonio W. Robayo, obtuvieron permiso para ser vendidos al público.

En 1899, los suscriptores de los “Anales de Jurisprudencia” recibieron como ñapa a la publicación de ese año, el Directorio General de Abogados de Colombia, que editó la imprenta y librería de Medardo Rivas.

La Revista, con motivo de la Guerra de los Mil Días, dejó de publicarse entre 1900 y 1902 y reapareció en 1903 bajo la coordinación del académico Vicente Olarte Camacho. Desde esa época, hace ya 117 años, ha seguido editándose bajo el nombre de “Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia”, emblema publicitario de la doctrina escrita por los académicos de la Corporación, habiéndose publicado hasta ahora 371 números.

Como curiosidad, vale la pena anotar que nunca se publicaron las revistas numeradas 179-180 (se editaban de a dos números por tomo), lo cual se hace constar en la Revista 181, por los inconvenientes que la Academia tuvo al declarar ilegítimo el gobierno del general Rojas Pinilla.



Carta a los autores

PAUTAS DE REDACCIÓN DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

En desarrollo de la misión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de contribuir al análisis y solución de los diversos problemas jurídicos de relevancia nacional e internacional, la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia aporta, durante cada año, valiosos insumos académicos, doctrinarios y dogmáticos, con miras a fortalecer el mundo del derecho y garantizar una transformación institucional, constitucional y legal, necesaria para un ejercicio del derecho que se distinga por su carácter ético, virtuoso y liderazgo de altísimas calidades académicas y humanas.

Para efectos de publicación, los requisitos de forma y de fondo (indispensables para garantizar la calidad académica y editorial de la publicación) son los siguientes:

1. Los artículos deben ser inéditos y, preferiblemente, resultado de una reflexión sistemática-doctrinaria o de un proyecto de investigación. Esto, puesto que la Revista es sometida a evaluación de pares académicos en aras de certificar que es fruto de un proceso de investigación.
2. Los artículos deben remitirse al correo de la Dra. Liliana Estupiñán Achury, directora de la Revista: (lilianaea@hotmail.com – liliana.estupinan@unilibre.edu.co)
3. Los artículos deben presentarse en letra *times new roman* 12, a espacio y medio.
4. La extensión del artículo no podrá superar veinte páginas. Lo anterior, para efectos de lectura, síntesis, arbitraje y calidad editorial.
5. Título del artículo (en español y en inglés) debidamente relacionado con el contenido.
 - 5.1 Los académicos vinculados con universidades, por medio de cita al pie, deben precisar el nombre del proyecto de investigación al cual está adscrito el autor del artículo junto con la correspondiente afiliación institucional.

6. Nombre del autor (con cita al pie en la que se detalle, de manera concisa, el perfil académico y profesional del autor del artículo, el correo electrónico y los datos del contacto).
7. Resumen del artículo (en español y en inglés. Máximo 120 palabras).
8. Palabras clave (en español y en inglés. Máximo 5 palabras).
9. Introducción (máximo 600 palabras).
10. Desarrollo del artículo.
11. Referencias bibliográficas.
12. El artículo deberá ser presentado con normas APA (6^{ta} edición).

* Esta Revista es divulgada tanto en forma impresa como en formato digital a texto abierto.

*Esta publicación se ha financiado mediante la
transferencia de recursos del Gobierno Nacional
a través del Ministerio de Educación, a la
Academia Colombiana de Jurisprudencia.
El Ministerio de Educación Nacional no es responsable
de las opiniones aquí expresadas.*



Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

- Primera parte
ESTADO DE DERECHO, EQUILIBRIO
DE PODERES, CONTROL POLÍTICO Y
EMERGENCIA SOCIAL
- Segunda parte
PROFESOR INTERNACIONAL INVITADO
- Tercera parte
ACADEMIA Y DOCTRINA
- Cuarta parte
OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL DE LA
ACADEMIA COLOMBIANA DE
JURISPRUDENCIA
- Quinta parte
SEMBLANZAS Y RESEÑAS

