

EDICIÓN

52

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 52, julio - diciembre de 2019
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Silvia Gloria De Vivo
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Juan Pablo Sarmiento Erazo
EDITOR

Esteban Lagos González
Nataly de las Salas Castro
Paulina Buitrago Cueto
ASISTENTE EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL

Viridiana Molinares Hassan
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

Julia Sandra Bernal Crespo
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

José María Miquel González
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Angel Menéndez Rexach
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

COMITÉ CIENTÍFICO

Daniel Bonilla
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

María Lourdes Ramírez
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

María Amparo Alcoceba
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

José María Gabilondo
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

David J. Myers
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

Ricardo Rivero Ortega
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Pilar Benavente Moreda
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Carlos Mario Molina
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias -PUBLINDEX- **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SCIELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SCIELO: Scientific Electronic Library Online (www.scielo.org.co).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (www.latindex.unam.mx).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/>
rderecho@uninorte.edu.co



Editorial

Dirección postal
División de Derecho, Ciencia Política
y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte
Apartado aéreo 1569
Barranquilla (Colombia)

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
Zoila Sotomayor Oliveros

Asistente editorial
María Margarita Mendoza

Arte y diseño
Joaquín Camargo Valle

Diagramación
Álvaro Carrillo Barraza

Procesos técnicos
Munir Kharfan de los Reyes

Corrección de textos
Henry Stein
José Joaquín Andrade

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 52, julio - diciembre de 2019
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

13 **Sistema previsional y modelación de los derechos
de la vejez en Argentina (2003-2017)**

Social Security and Modelling of the Rights of the Elderly in Argentina

Mauro Cisteche

Pablo Muñoz

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

37 **Dejar las armas, buscar los votos: la transformación de
las guerrillas latinoamericanas en partidos políticos**

*Leaving weapons, seeking votes: the transformation of
Latin American guerrillas into political parties*

María Andrea García Ruiz

Universidad Militar Nueva Granada, Colombia

57 **La jurisdicción de los obispados de México y Michoacán en el siglo XVI:
Fray Juan de Zumárraga contra Vasco de Quiroga**

*The jurisdiction of the bishoprics of Mexico and Michoacán in the 16th century:
Fray Juan de Zumárraga against Vasco de Quiroga*

Fernando Méndez Sánchez

Universidad de las Américas, México

- 70..... **Protección contra el despido arbitrario de trabajadores contratados a tiempo parcial en el Perú**
Protection against arbitrary dismissal of part time hired workers in the Perú
 Dévora Franco García
 Universidad Católica San Pablo, Perú
- 88..... **Alcance y efectos de la nulidad en los contratos conexos en el derecho privado colombiano**
Scope and effects of nullity in contractual networking in colombian private law
 Jonathan Zapata-Flórez
 Universidad de Antioquia, Colombia
- 116 **El concepto de discapacidad en las leyes relacionadas con el enfoque de derechos de la salud laboral en Colombia**
The concept of disability in laws related to the labor health rights approach in Colombia
 Natalia Eugenia Gómez Rúa
 Doris Cardona Arango
 Jaime Gañan Echavarría
 Universidad CES, Colombia
- 138 **Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia**
Legal regime applicable to international sales in Colombia
 William Fernando Martínez Luna
 Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colombia
- 164 **Proporcionalidad y sanciones transicionales Análisis del modelo de castigo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**
Proportionality and transitional sanctions Analysis of the Special Jurisdiction for Peace's (JEP) punishment model
 David Blanco Cortina
 Universidad Nacional de Colombia, Colombia
- 193 **Apuntes sobre la prohibición constitucional de pensiones convencionales**
Notes on the constitutional prohibition of conventional pensions
 Juan Pablo López-Moreno
 Juliana Patricia Morad Acero
 Giovanni González Umbarila
 Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
- 219 **FCPA and TCA: Introducing the Presumptions of Final Judgment and Joint Investigation**
FCPA y TCA: Introduciendo las Presunciones de Adjudicación Final e Investigación Conjunta
 Javier Coronado Diaz
 Pontificia Universidad Javeriana, Colombia





**Revista de
Derecho**

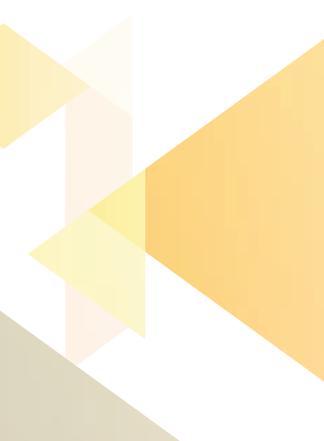
EDITORIAL

**Protocolo de Montreal y
el Convenio de Viena, ¿un
caso exitoso en Derecho
Internacional de protección
global del medio ambiente?**

*Montreal Protocol and Vienna Convention,
a succesful case in law International
Protection of the Global Environment?*

JUAN PABLO SARMIENTO E.

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte. jpsarmiento@uninorte.edu.co, juasarm@uniandes.edu.co. Esta revisión recoge algunos insumos del artículo publicado en el Anuario Colombiano de Derecho Internacional (V. rf.) y otras contribuciones aportadas por las estudiantes de derecho de la Universidad del Norte Paulina Buitrago, María Angélica Pombo y Daniela Visbal.



En 2015, los profesores Chipperfield, Dhomse et al. (2015) publicaron un artículo donde evidenciaron que la capa de ozono se ha venido recuperando o, por lo menos, había reducido el ritmo de erosión en la Antártida. En el citado artículo, los autores prueban que el agujero en la capa de ozono habría crecido en un 40 % en 2013, con una mayor pérdida en las latitudes subpolares, si no hubiera sido por el Protocolo de Montreal. Sin embargo, en la actualidad, la pérdida de ozono en ambos polos ha sido mucho menor. Si bien no se espera que el cloro estratosférico regrese a los niveles de 1980, sino hasta alrededor de 2050, se trata de un ejemplo poco frecuente en la historia del derecho internacional ambiental y que, por demás, supone una contribución para mitigar el calentamiento global, debido a la relación probada entre el aumento de la pérdida de ozono estratosférico, la dinámica estratosférica y el clima de la superficie.

En realidad, son pocos los casos en los que ha habido un avance efectivo en la historia de lo que hemos llamado aquí derecho internacional ambiental. Son varios los instrumentos internacionales que se han preocupado por el medio ambiente, como por ejemplo, el de Estocolmo en 1972¹, que en palabras de Shridath Ramphal, fue “el principio de un cimiento sobre el cual iba a elevarse, si no un monumento a la supervivencia de la humanidad, al menos las primeras bases de construcción para mantener la Tierra como un lugar adecuado para la vida humana” (Como se cita en Rodríguez, 1994, p. 3). También se resalta la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Protocolo de Kioto sobre el cambio climático, así más de 250 Acuerdos Multilaterales Sobre el Medio Ambiente (AMUMA) relativos a diversas cuestio-

¹ Concretamente, en Colombia, como consecuencia de la Convención de Estocolmo, se procuró el fortalecimiento institucional del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena). Igualmente, el Congreso colombiano procuró el desarrollo normativo en garantía del medio ambiente; así se expidió la Ley 23 de 1973, que concibió al medio ambiente como patrimonio común de los colombianos y autorizó al Ejecutivo para la expedición de un código de recursos naturales, que luego sería compendiado en el Decreto Ley 2811 de 1974. Con la expedición del Código de Recursos Naturales se armonizó la legislación dispersa existente en el momento y se imputó la gestión ambiental en cabeza del Ejecutivo. Este estatuto, todavía vigente, establece que el ambiente es patrimonio común y que el manejo de los recursos naturales es de utilidad pública e interés social; también regula lo relacionado con la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, y establece las condiciones de uso y aprovechamiento de tales recursos, etc. Empero, antes de década de los noventas el derecho ambiental colombiano todavía era muy incipiente; fue con la Constitución Política de 1991 que se logró incorporar la dimensión ambiental en el ideario político. Con la Constitución de 1991, el tema ambiental alcanza su máxima jerarquía jurídica. En esta se consagraron aproximadamente 50 disposiciones que se relacionan directa o indirectamente con el tema ambiental. En últimas, ha sido un hecho reiterado por la Corte Constitucional que en materia ambiental. La Constitución Política hace gala de uno de los sistemas más completos que para la protección del mismo han producido los Estados constitucionales modernos; así, es también conocida como “Constitución Verde” o “Constitución Ecológica” (Sánchez, 2002, p. 92).

nes ambientales (Sarmiento, 2018a)². Con todo, todas estas herramientas internacionales suelen contar con composiciones normativas que disponen de una amplia libertad de apreciación nacional, que jurídicamente configuran normas “soft law” o de “Derecho blando”³, y por ello resulta sorprendente que uno de estos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente hubiese ganado eficacia significativa.

Sorprende además que el Protocolo de Montreal sea uno de los tratados más ampliamente ratificados en la historia de la Naciones Unidas⁴. Su objetivo principal es la reducción del consumo de sustancias que agotan y deterioran la capa de ozono. Adicionalmente, es responsable hasta

² Otros convenios internacionales suscritos para la protección del medio ambiente son: Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres; Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología; Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales; Convenio de Cartagena sobre la protección y el desarrollo del medio marino en la región del Caribe; Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la Región del Gran Caribe; Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; Convenio de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos; Convenio marco de cambio climático; Convenio internacional de las maderas tropicales; Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos en el comercio internacional; Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes – POPs. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [MAVDT], 2011).

³ Aunque se reconoce que el término “soft law” fue introducido al lenguaje del derecho internacional por Lord McNair, lo cierto es que este acuñó el término para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda* y no para distinguir un fenómeno complejo que su pone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante, del “no derecho” al derecho, de lo *soft* a lo *hard*. Inicialmente con la expresión “soft law” se trataba de describir enunciados formulados como principios abstractos, con el transcurrir del tiempo el profesor Prosper Weil expuso los riesgos del derecho internacional ocasionado por la una excesiva variación normativa. Hoy por hoy, las expresiones “soft law” y “hard law” han adquirido mucha relevancia a nivel académico, no obstante, no deja de ser un término todavía ambiguo y fuertemente criticado (Del Toro, 2006, p. 518).

⁴ El 16 de septiembre de 1987, un total de 46 países firmaron el “Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono”. Este tratado ha sido considerado como un ejemplo excepcional de cooperación internacional, y en 2009 se alcanzó la suscripción universal, siendo el primer acuerdo ambiental multilateral que logró la participación de todos los países del mundo (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2018). En Colombia, la Ley 30 de 1990 aprobó el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), y por su parte, la Ley 29 de 1992 aprobó el Protocolo de Montreal, con sus enmiendas adoptadas en Londres el 29 de junio de 1990 y en Nairobi el 21 de junio de 1991. Las leyes 618 de 2000 y 960 de 2005 aprobaron la enmienda del Protocolo de Montreal, aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997, y la enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptada en Beijing, el 3 de diciembre de 1999, respectivamente. Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió un conjunto de normas que implementaron gradualmente el citado protocolo: Resolución 0619 de 1997, Resolución 0909 de 2008, Resolución 760 de 2010, Resolución 2153 de 2010, Resolución 1632 de 2012 y Resolución 2749 de 2017.

la fecha, conjuntamente con el Tratado de Viena, de una significativa reducción en el consumo de sustancias controladas que agotan la capa de ozono. En 2007 se llevó a cabo la Decimovena Reunión de las Partes (Montreal 17-21 septiembre, 2007), en donde se realizaron ajustes al Protocolo de Montreal. Dentro de estos cambios se encuentra la fijación de unos objetivos específicos a los que se deben ceñir los países adscritos al Protocolo para el control y la eventual erradicación en 2030 de las sustancias agotadoras de ozono (SAO) como los Hidroclorofluorocarbonos (HCFC), congelando su consumo en el promedio 2009-2010 (denominado línea de base) para 2013. Así, se estableció su aplicación progresiva de la siguiente manera:

- ▶ Reducción del 10 % de la línea de base para 2015.
- ▶ Reducción del 35 % de la línea de base para 2020.
- ▶ Reducción del 62.5 % de la línea de base para 2025
- ▶ Reducción del 97.5 % de la línea de base para 2030.
- ▶ La eliminación completa en 2040 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Resolución 2749 de 2017).

Para conseguir estas metas, Colombia creó el Plan de Manejo para la Eliminación del Consumo de HCFC en Colombia, denominado HPMP para el período 2011-2015. Este plan fue aprobado en la reunión 62ª del Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal, en diciembre de 2010. El HPMP comprende la estrategia nacional para el cumplimiento de las dos primeras metas de eliminación de HCFC en el marco del Protocolo de Montreal, correspondientes al congelamiento del consumo al nivel de la línea base (promedio consumo 2009 - 2010) en 2013 y la reducción del 10 % de la línea base en 2015 (MinAmbiente, s.f.).

La Etapa I del Plan de Manejo para la Eliminación del Consumo de HCFC en Colombia, denominado HPMP (en sus siglas en inglés), para el período 2011 - 2015 fue aprobada en la reunión 62ª del Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal, en diciembre de 2010. La estrategia que se va a implementar consta de 5 programas, los cuales incluyen 12 proyectos específicos, enfocados a los diferentes sectores consumidores de HCFC. Estos programas permitirán el fortalecimiento de las capacidades nacionales necesarias para lograr las metas de reducción del consumo de HCFC para el período 2011 - 2015.

El objetivo primordial del Plan de Manejo para la Eliminación del Consumo de HCFC es “el cumplimiento de las metas de congelamiento al nivel de la línea base y reducción del 10 % del consumo de los HCFC para los años 2013 y 2015, respectivamente”. En otras palabras, el cabal cumplimiento del Plan llevaría a Colombia al logro del primer objetivo trazado en la Decimovena Reunión de las Partes (Montreal, 17-21 de septiembre, 2007), a saber “Reducción del 10 % de la línea de base para el 2015”.

Para cumplir con el mencionado Plan, Colombia estipuló en el mismo la siguiente serie de subobjetivos:

- ▶ Eliminación del consumo de HCFC-141b y HCFC-22 en el subsector de manufactura de refrigeración doméstica.
- ▶ Eliminación del consumo de HCFC-141b y HCFC-22 en usos emisivos (limpieza de equipo electrónico, aerosoles y recubrimiento de agujas y catéteres).
- ▶ Eliminación del uso de HCFC-141b para barrido en el mantenimiento de equipos de refrigeración.
- ▶ Reducción del consumo de HCFC-22 (comparado con el nivel de línea base) en el mantenimiento de equipos de refrigeración y aire acondicionado para alcanzar las metas de reducción de 2015.

Si bien se trata de un caso que podríamos considerar exitoso, incluso, siguiendo a Stavro (2007), se constituye como un hito en los acuerdos internacionales para preservar el ambiente, ya que a la fecha reciente es el único que ha logrado resultados tangibles; la agenda de protección al medio ambiente no parece ser ahora la prioridad en el ámbito internacional.

El Acuerdo de París, aprobado en la XXI Conferencia sobre Cambio Climático (COP 21) en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, parecía abrir un espacio para la ampliación y despliegue urgente de medidas y herramientas jurídicas internacionales para la protección del medio ambiente; sin embargo, la contracción de las democracias liberales (Levitsky y Ziblatt, 2018) y la emergencia de liderazgos nacionalistas o neopopulistas como el de Donald Trump en Estados Unidos o Jair Bolsonaro en Brasil, dejan sentir sus posiciones en acciones concretas en contra de la implementación de los acuerdos para la protección del medio ambiente, y con ello ponen en juego no solo un sistema de gobierno, sino la supervivencia humana y la habitabilidad del planeta. Lo anterior, debido a que si las naciones del mundo se comprometieran efectivamente a seguir las orientaciones dadas en el Protocolo de Montreal, otra sería la historia. Probablemente, este escenario internacional y la cada vez menos relevante agenda internacional global tenga consecuencias a corto plazo, como la crisis humanitaria que podría provocar la migración económica o desplazamiento por el cambio climático (Sarmiento, 2018b).

Esperamos que con nuestra revista podamos seguir acogiendo propuestas editoriales y proyectos de investigación que permitan profundizar en los asuntos locales y globales que tienen impacto en nuestro futuro y en la formación de una comunidad jurídica y política informada. Este seguirá siendo un espacio que profundice en los problemas jurídicos y políticos que nos atañen, como miembros de una ciudadanía global, solidaria con las siguientes generaciones y portadoras de un efectivo desarrollo sostenible.

REFERENCIAS

- Chipperfield, M. P., Dhomse, S. S., Feng, W., McKenzie, R. L., Velders, G. J. & Pyle, J. A. (2015). Quantifying the ozone and ultraviolet benefits already achieved by the Montreal Protocol. *Nature communications*, 6, 7233.
- Del Toro Huerta, M. (2006) El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI.
- El Espectador (27 de noviembre de 2017). Colombia premiada por su contribución a la recuperación de la capa de ozono. Recuperado de: [elespectador.com: https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/colombia-premiada-por-su-contribucion-la-recuperacion-de-la-capade-ozono-articulo-725301](https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/colombia-premiada-por-su-contribucion-la-recuperacion-de-la-capade-ozono-articulo-725301)
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- Ministerio de Ambiente y de Desarrollo Sostenible (s.f.). Convención de Viena y Protocolo de Montreal. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69#enlaces](http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69#enlaces)
- Ministerio de Ambiente y de Desarrollo Sostenible (s.f.). Unidad Técnica Ozono – UTO. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/604-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-55](http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/604-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-55)
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (13 de febrero de 2018). Colombia presenta resultados de proyectos pioneros en eliminación de sustancias agotadoras de la capa de ozono. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/3580-colombia-presenta-resultados-de-proyectos-pioneros-en-eliminacion-de-sustancias-agotadoras-de-la-capade-ozono](http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/3580-colombia-presenta-resultados-de-proyectos-pioneros-en-eliminacion-de-sustancias-agotadoras-de-la-capade-ozono)
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (s.f.). Convención de Viena y Protocolo de Montreal. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69#enlaces](http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69#enlaces)
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT). (2011), *Tratados y Convenios Internacionales - Gestión Ambiental Sectorial*, Disponible [en línea] en: <https://goo.gl/kx8Bhn> [consultado el 03 de abril de 2016].
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (s.f.). Etapa I - HPMP. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=258:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-24](http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=258:plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-24)
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (s.f.). Planes Nacionales de Eliminación SAO. Recuperado de: [minambiente.gov.co: http://www.minambiente.gov.co/index.php/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/unidad-tecnica-ozono-y-protocolo-de-montreal/planes-nacionales-de-eliminacion-de-sao](http://www.minambiente.gov.co/index.php/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/unidad-tecnica-ozono-y-protocolo-de-montreal/planes-nacionales-de-eliminacion-de-sao)

- Ministerio de Justicia (2012). Resolución 2329 de 2012. Recuperado de: Sistema Único de Información Normativa: [http://www.suin-juriscal.gov.co/clp/contenidos.dll/Resolucion/4026308?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscal.gov.co/clp/contenidos.dll/Resolucion/4026308?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- Naciones Unidas (s.f.). Antecedentes del Protocolo de Montreal. Recuperado de: un.org: <http://www.un.org/es/events/ozoneday/background.shtml>
- Rodríguez, M. (1994). *Crisis ambiental y relaciones internacionales: Hacia una estrategia colombiana*. Fescol, Fundación Alejandro Ángel Escobar y CEREC.
- Sánchez, G. (2002), Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia. *Economía y Desarrollo*, 1. (marzo 2002).
- Sarmiento-Erazo, J. P. (2018a). Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el soft law y la prohibición a las barreras al comercio. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 187-220.
- Sarmiento-Erazo, J.P. (2018b). Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos. *Revista Jurídicas*, 15 (2), 53-69. doi: 10.17151/jurid.2018.15.2.4.
- Secretaría del Ozono (2017). Ozone Awards 2017. Recuperado de: ozone.unep.org: <http://ozone.unep.org/en/ozone-awards-2017>
- Secretaría del Ozono (2018). El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. Recuperado de: ozone.unep.org: <http://ozone.unep.org/es/manual-del-protocolo-de-montreal-relativo-las-sustancias-que-agotan-la-capa-de-ozono/5>
- Stavro, X. (2007). Implementación del Protocolo de Montreal en Colombia. *Producción + Limpia*, 2 (1), 91-105. Recuperado de: http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/523/1/PL_V2_N1_p091-105_protocolo_montreal.pdf

Sistema previsional y modelación de los derechos de la vejez en Argentina (2003-2017)*

*Social Security and Modelling of the
Rights of the Elderly in Argentina*

MAURO CRISTECHE

Abogado (UNLP) y doctor en Derecho (UBA). O'Brien Fellow in Residence, McGill University Centre for Human Rights and Legal Pluralism. Investigador del CONICET (Argentina). Profesor de Derecho Constitucional y de Políticas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Investigador y miembro del Consejo Directivo del Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP. Calle 48 N° 582, La Plata (1900), Argentina. maurocristeche@yahoo.com.ar

PABLO MUÑOZ

Abogado (UNLP), Magister en Derecho y Economía (UTDT). Diplomado en Derecho de la Seguridad Social (UCES). Abogado adscripto a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesor de Derecho Financiero en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Investigador del Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP. Calle 48 N° 582, La Plata (1900), Argentina. pablomuxoz@gmail.com

* Proyecto Promocional de Investigación y Desarrollo, PPID 2017/2018: "Estado, políticas públicas y derechos en Argentina. Políticas de trabajo, vivienda y asistencia social y su repercusión en los derechos (2003-2015)". Financiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad Nacional de La Plata, y por el CONICET, Argentina. Director: Dr. Mauro Cristeche.

Resumen

Este trabajo analiza las políticas públicas destinadas a la vejez en el período 2003-2017 en Argentina, en un contexto de profundas transformaciones en la estructura social del país, y en las políticas sociales y previsionales. Se combina el análisis teórico y estadístico sobre el objeto de estudio, desarrollando aspectos jurídicos, económicos y políticos. Primeramente, se caracteriza el sistema de bienestar argentino y se presenta una breve historización. Luego se presenta una síntesis de las transformaciones en la estructura social argentina que motivaron las reformas previsionales, y finalmente se analizan específicamente los dos programas más importantes del período: el “Plan de Inclusión Previsional” y la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”. En las consideraciones finales se busca dar cuenta del impacto social y económico de las transformaciones en el sistema previsional en el período.

PALABRAS CLAVE

Jubilaciones, cobertura, beneficios universales, empleo.

Abstract

This paper analyzes the public policies aimed at old age in the period 2003-2017 in Argentina, in a context of profound transformations in the social structure of the country, and in social and social security policies. It combines the theoretical and statistical analysis on the object of study, developing legal, economic and political aspects. First, the Argentine welfare system is characterized and put in its historical context. Then, a summary of the transformations in the Argentinian social structure that motivated the pension reforms is presented, and finally, the two most important programs of the period are specifically analyzed: the “Pension Inclusion Plan” and the “Universal Pension for the Elderly”. The final considerations seek to account for the social and economic impact of the changes in the pension system in the period.

KEYWORDS

Pensions, coverage, universal benefits, employment.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en un proyecto de investigación colectiva que se propone analizar las políticas de trabajo, vivienda y asistencia social en Argentina y su repercusión en los derechos en el período 2003-2015, con el objeto de avanzar en el análisis de un fenómeno que se ha conceptualizado como de “creciente estatización de la vida social” (Cristeche, 2013), esto es: una creciente intervención estatal en las relaciones sociales como una tendencia histórica del capitalismo local. El aumento de la participación del gasto público en el PBI, la presión fiscal, la extensión de las políticas sociales, las necesidades regulatorias son algunas de sus manifestaciones más importantes.

El sistema de previsión social ha tenido un rol protagónico en las últimas décadas, pasando de una situación de quiebra luego de la crisis de 2001 a su recomposición en los años posteriores, para ser renacionalizado en 2008. A partir de allí la Administración Nacional de la Seguridad social (ANSeS) se convirtió en la principal “caja” de recursos del Estado Nacional, fue objeto de debates resonantes y puntapié para un cúmulo de iniciativas. Durante el período 2003-2017 el sistema multiplicó la cantidad de beneficiarios (jubilados y pensionados), así como financió otras importantes políticas sociales, como la Asignación Universal por Hijo. No obstante, las sucesivas reformas fueron transformando el sistema en una especie de régimen asistencial de jubilación básica, tanto por los montos como por su concepción como un beneficio ajeno a la idea de derecho jubilatorio y en cierta forma a la de seguridad social.

Aquí se propone un acercamiento a las políticas públicas destinadas a la vejez en el período 2003-2017, enmarcadas en un contexto de análisis más general que considera las transformaciones producidas en la sociedad argentina, y en particular de las políticas sociales y previsionales.

Primero se hace una caracterización del sistema previsional argentino, seguido de una pequeña historización que puntualiza transformaciones y problemas. A continuación se presenta un breve análisis de las transformaciones producidas en la estructura social –especialmente en el mercado de trabajo– desde la década del setenta, para luego pasar a analizar más específicamente los dos programas más importantes del período: 1) el “Plan de Inclusión Previsional”, impulsado en el año 2004, que virtualmente eliminó los requisitos contributivos a los que la legislación argentina supedita el otorgamiento de una jubilación, aumentando sustancialmente la cobertura del sistema, beneficiando principalmente a las mujeres y contribuyendo a la disminución de los indicadores de pobreza en algunos sectores y por ciertos períodos, y 2) la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”, que reemplazó al anterior y que en una primera aproximación pareciera más consistente con un “enfoque de derechos”, pero que sin embargo plantea numerosos problemas, relativos a su carácter y suficiencia, mientras que otras características del nuevo programa (como su financiamiento) podrían conspirar contra su ampliación e incluso amenazar su sostenibilidad financiera y política.

En las consideraciones finales se procurará dar cuenta de la implicancia de estas políticas en un contexto de transformación de la estructura social argentina y de las políticas estatales, y sus consecuencias para el sistema previsional y para sus beneficiarios.

2. EL MODELO DE BIENESTAR ARGENTINO

Entre las características específicas atribuidas a los sistemas de la región conviene resaltar la centralidad que asume el análisis del mercado de trabajo, y en particular la informalidad laboral, en un contexto de acceso limitado de la población al trabajo registrado y a los derechos sociales que se desprenden de una relación laboral formal. También hay que atender la existencia de una marcada dependencia entre la provisión de bienestar, por un lado, y las estructuras familiares o ciertas relaciones políticas de tipo clientelar, por el otro. Asimismo, se ha ponderado la histórica presencia en la región de sociedades duales, mercados segmentados, regímenes políticos heterogéneos y sistemas de seguridad social caracterizados por severas dificultades financieras, estratificación extrema, desigualdad y niveles de beneficios relativamente bajos.

El caso puntual del sistema de políticas sociales argentino ha sido descrito hace ya algunos años como “un híbrido institucional, en el cual prevalecía una dinámica afín con un régimen ‘meritocrático’ o ‘corporativo’ (cuyos programas principales eran previsión social, seguros sociales de salud u ‘obras sociales’, y asignaciones familiares), pero que también contenía instituciones propias del llamado modelo ‘social-demócrata’ (educación y salud públicas)”. (Lo Vuolo et al., 1998, p. 183)

A su vez, “con poco peso presupuestario y de modo inorgánico, funcionaban programas asistenciales no estructurados, acordes con el denominado modelo ‘liberal’”.

Más concretamente, en Argentina: “los méritos para obtener la inclusión en el cuerpo central de los seguros sociales se definían como una combinación entre la posición ocupacional, el nivel de ingresos y la pertenencia a determinados grupos de presión política [...]. La ampliación de las coberturas se buscaba como suma de cuerpos autónomos de seguros sociales [y] los sectores postergados recibían beneficios (generalmente de menor calidad) por ‘cascada’ o ‘goteo’”. (Lo Vuolo et al., 1998, p.184).

Desde esta perspectiva, se favorecía así la expansión del sistema por un sendero de “imitación de privilegios”, conforme al cual “no se pugnaba por derechos básicos universales, sino que se legitimaban las diferencias de ‘estatus’ y los más rezagados buscaban ‘engancharse’ con los grupos que percibían beneficios máximos”. Como resultado de ello, “el modelo se desarrolló con permanentes tensiones entre particularismo y universalismo”.

A lo anterior debe sumarse que “las tradicionales hipótesis que sostenían la vigencia del pleno empleo y la difusión del trabajo asalariado en Argentina fueron perdiendo sustento”, en especial tras la crisis económica de la década de 1980 (Lo Vuolo et al., 1998, pp. 143 y 191).

Ahora bien, según Isuani (2010), el Estado de bienestar argentino no solo no fue desmantelado en el paso del keynesianismo al neoliberalismo sino que creció en términos de los recursos públicos que involucra hasta la crisis de la Convertibilidad. La caída de recursos experimentada a partir del 2002 habría sido fruto de la crisis de la estrategia neoliberal antes que de su implementación, pues no hubo cambio alguno significativo en su estructura, ya que continuó siendo un modelo fundamentalmente inspirado en el principio bismarckiano de la contribución y, por ello, asociado al modelo corporativo de los países europeos continentales.

Esta mirada no niega la existencia de cambios durante la década de 1990, pero resalta una “mayor resistencia” de la política social argentina frente al avance del pensamiento neoliberal y sus propuestas de focalización, descentralización y privatización, amén de que en el mismo período y dentro de plazos extremadamente breves, casi todas las empresas públicas fueron pasadas a manos privadas, mientras que el gasto destinado a servicios económicos fue reducido en forma dramática.¹

3. HISTORIA RECIENTE DEL SISTEMA PREVISIONAL NACIONAL

La historia del sistema de seguridad social argentino de las últimas décadas es particularmente rica, signada por crisis, déficit, privatizaciones y “re-estatizaciones”.

Promediando la década de 1980, atravesaba una profunda crisis -que incluyó el incumplimiento en el pago a los jubilados-. Su permanente déficit tenía que ser cubierto con otros fondos del Estado, e incluso en 1986 debió decretarse el “estado de emergencia del Sistema Previsional”.² Las deudas contraídas para cubrir el déficit previsional fueron canceladas mediante la emisión de

¹ En opinión de Isuani, esto habla de una fortaleza que camina en paralelo con una rigidez, desde que en las últimas décadas, “la sociedad argentina experimentó [...] transformaciones profundas en su estructura; la retracción de la capacidad productiva y regulatoria del estado, la apertura y competencia internacional y la flexibilidad laboral que transformó el mercado de trabajo con aumentos en la desocupación, subempleo y precarización; se incrementó significativamente la pobreza y la desigualdad de ingresos. No obstante estas monumentales transformaciones [...] tenemos en buena medida el mismo Estado de Bienestar que el del pasado, lo que significa un Estado de Bienestar para el pasado y que no ha tomado cuenta de las transformaciones sociales actuales. De hecho sigue estructurado para proveer principalmente ingresos previsionales a quienes dejan el mercado laboral por vejez o invalidez, cosa absolutamente adecuada a una sociedad de pleno empleo, pero no a la actual donde el número de jóvenes desempleados ha llegado a niveles alarmantes sin que esto se refleje en las prioridades del gasto público” (Isuani, 2010, pp. 20-21).

² La primera gran crisis del sistema se había registrado en 1962, en que se blanquea el déficit que impide cumplir con el “82% móvil” vigente por ley desde 1958.

bonos, o sea que multiplicaba la deuda externa. El volumen de la deuda y las presiones ejercidas por los organismos multilaterales de crédito -sumado a la desconfianza en el servicio público que había sido generada por las malas gestiones en las empresas estatales hasta ese momento- crearon las condiciones para la aceptación de “recetas” neoliberales.

En 1994 se sancionó la Ley 24.241 y se puso en vigencia el nuevo Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), que permitía al trabajador optar entre la permanencia en el sistema estatal de jubilaciones o el pase a un sistema de capitalización individual (ahorros personales), administrado por empresas privadas, las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP).

Se trató de un tipo de reforma “mixta” (Marco, 2004), por la cual no se clausuró el sistema público, sino que fue mantenido como un elemento solidario y básico del sistema, al que se incorporó un componente de capitalización individual complementario. De ese modo, las pensiones quedaron compuestas por partes provenientes del sistema público y del privado.³

Como fuera, el “negocio de las AFJP” (como luego se popularizara en los medios de comunicación argentinos) resultó una buena apuesta para las empresas prestadoras, pero no solucionó ninguno de los problemas que había venido a resolver. No redujo el gasto público, porque el Estado seguía financiando las pérdidas, pero además privó de importantes ingresos al fisco; garantizó ganancias (“comisiones”) siderales a los privados y facilitó la especulación y la fuga de capitales, al tiempo que la tasa de cobertura no superaba el 50 %, y el monto de la jubilación seguía siendo muy bajo (Pautassi, 2004). Luego, en 1994 esta reforma fue complementada con una extensión de cinco años de la edad jubilatoria.⁴

En 2002, ocho años después de su puesta en vigencia, el sistema estaba quebrado. Con casi 3 millones y medio de jubilados, recibía cada vez menos aportes de las empresas porque se habían reducido las contribuciones patronales, mientras que la morosidad en el pago de esos aportes aumentaba. En paralelo, el sistema absorbió grandes sumas de déficit de diez cajas provinciales, y por medio del decreto 926/2001, se produjo una de las medidas más repudiadas del período de crisis: la reducción del 13 % del monto de los haberes jubilatorios.

³ Cfr. Marco (2004). La autora también describe otros tipos de reformas que se dieron en América Latina: el “Substitutivo”, donde se reemplaza el sistema público de reparto y beneficio definido por uno privado de capitalización individual y contribución definida; y el “paralelo”, en el cual también se mantiene el sistema público, pero se le introducen reformas y tiene que competir con un nuevo esquema de capitalización individual, y los ciudadanos deben optar por uno de los dos.

⁴ En 1969 ya se había aumentado la edad jubilatoria para los trabajadores en relación de dependencia, de 55 a 60 años para los varones y de 50 a 55 años para las mujeres. En 1994 volvió a subir otros 5 años: se fijó en 65 años para los varones y 60 años para las mujeres, con opción de jubilarse hasta los 65 años.

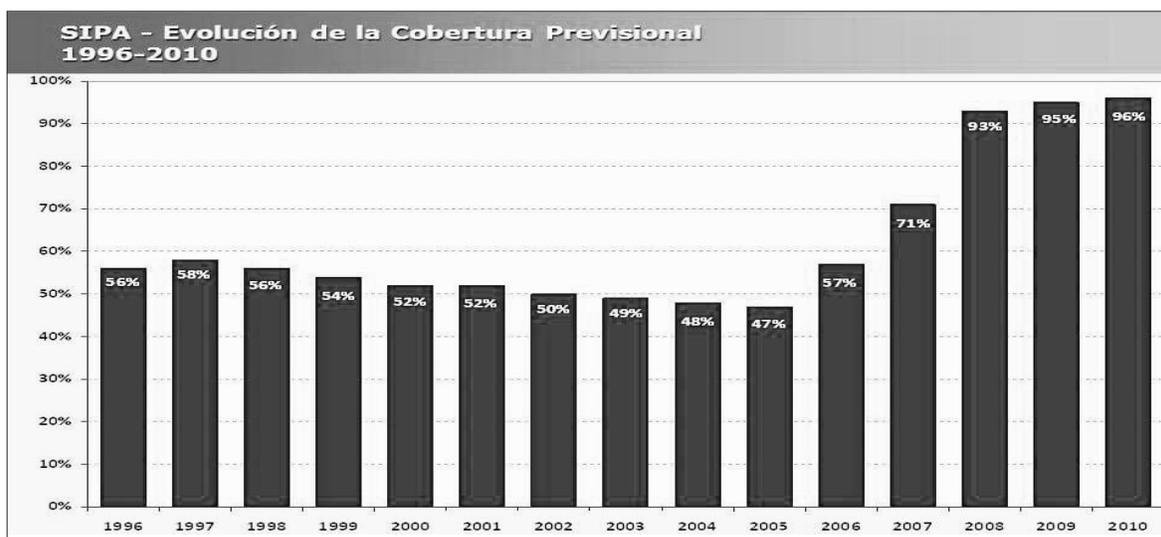
Desde que comenzó a regir el sistema de capitalización en 1994 hasta 2008, y sobre todo a partir de 2002 –en que se blanqueó la quiebra del sistema–, hubo numerosas propuestas y proyectos de reforma, sin que prosperara ninguno. El único cambio se registró en 2007, cuando se permitió que quienes ingresaran en la vida laboral pudieran optar por ingresar al sistema público de reparto, sin estar obligados a aportar a una AFJP. Por otra parte, dos meses antes de la “re-estatización”, en octubre de 2008, se sancionó la ley 26.417, que estableció una suerte de “movilidad de las prestaciones del régimen previsional público”.

Finalmente, en diciembre de 2008 entró en vigencia el nuevo Sistema Integrado Previsional Argentino, producto de la ley 26.425, que dispuso la unificación del sistema de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional público, financiado a través de un sistema solidario de reparto, “en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”. De esta manera, el Estado nacional a través de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) absorbió a los afiliados y beneficiarios del sistema de capitalización y los fondos que estaban en manos de las AFJP. La caja del sistema se componía entonces en un 56 % por los ingresos de los trabajadores activos y en un 44 % por otros impuestos, en particular el Impuesto al Valor Agregado (principal impuesto regresivo).

A partir de entonces ANSES comenzó a jugar un rol fundamental para la política económica del Gobierno, caracterizada por la expansión del gasto público, de los programas sociales y del consumo, con vistas a sostener un mercado interno que había resucitado con la reactivación del proceso de acumulación de capital que sucedió a la crisis de 2001-2002, con ventajas comparativas.

Por su lado, en 2010 la entonces presidente Cristina Fernández vetó una ley aprobada por el Congreso que apuntaba a restituir el “82% móvil” para las jubilaciones, por considerar que llevar adelante esa propuesta (impulsada por la oposición) significaría en el corto o mediano plazo la quiebra del sistema.

Durante el período 2003-2017 el sistema multiplicó la cantidad de beneficiarios (jubilados y pensionados), así como financió otras importantes políticas sociales, como la Asignación Universal por Hijo.



Fuente: Subsecretaría de Políticas de la Seguridad Social – Ministerio de Trabajo.

GRÁFICO 1

La cobertura previsional aumentó sensiblemente. El promedio del período 1996-2005 (previo a la primera moratoria del año 2004) fue de un 50 % de cobertura de las personas en edad de recibir un beneficio previsional, mientras que en 2010 el índice rondaba el 90 %. En 2003 se contaban en 3,5 millones de beneficiarios, mientras que en diciembre de 2016 esa cifra ascendía a 6,8 millones (5,2M de jubilaciones activas y 1,6M pensiones), lo que equivale al 95,1% de cobertura, de las más altas de América Latina.

4. TRANSFORMACIONES EN LA ESTRUCTURA SOCIAL ARGENTINA

La sociedad argentina ha gozado de condiciones de reproducción relativamente buenas durante la mayor parte de su historia.⁵ Pero desde los años setenta su proceso de acumulación de capital enfrenta profundos problemas competitivos. Como país agroexportador típico, su producción agraria se lleva a cabo con alta productividad, gracias a la presencia de condiciones naturales particularmente favorables. Por otro lado, los capitales industriales son pequeños, no competitivos, y operan con tecnología obsoleta. Hasta los años 70, la potencia agraria había funcionado como un mecanismo de compensación, pero comenzó a mostrarse insuficiente. Desde entonces, la estrategia parece haber girado a buscar en la baratura de la fuerza de trabajo la principal fuente de compensación de la debilidad del proceso de acumulación. Y el papel del Estado ha sido muy importante en ese camino.

⁵ El análisis y datos que se presentan en este título fueron tomados de Cristeche (2013 y 2018).

En cuanto al mercado laboral, hasta los años setenta Argentina no tuvo serios problemas de desempleo y subempleo. La clase obrera argentina ha disfrutado de condiciones materiales relativamente altas durante la mayor parte del siglo XX; de hecho sigue siendo la fuerza laboral más cara de América Latina. Pero comenzó a desarrollarse una tendencia al empeoramiento de las condiciones de vida y de fragmentación de la clase trabajadora, manifestada en el desempleo, el subempleo y la caída del poder adquisitivo del salario.

Desde el período que comienza con la dictadura militar (1976-1983), el nivel de los salarios reales viene cayendo como tendencia. El salario promedio de la última década (2003-2013) fue la mitad de lo que era en 1975 en términos de poder adquisitivo. En 1950, el salario promedio argentino equivalía al 70 % del estadounidense, en 1975 al 56 % y en 2000 solo al 30 %. Como resultado, durante la década de los 90 y la primera década del siglo XXI, la plusvalía extraordinaria resultante del deterioro de los salarios reales fue más importante que los ingresos provenientes del campo.

Además, las crisis económicas han significado un empeoramiento de los indicadores sociales. La crisis de 1989 fue particularmente grave, pero la de 2001 fue la peor de la historia argentina (más del 25 % de desempleo abierto y la mitad de la población bajo la línea de pobreza). Entre 2003 y 2013 Argentina tuvo el mejor crecimiento de su historia, pero los índices de pobreza siguen siendo como si se estuviera en el medio de una crisis: en 2017 un tercio de los argentinos era pobre y solo el 44 % de la población económicamente activa de 18 años y más tuvo acceso a un empleo formal, mientras que el 78.3 % de los empleados informales no tenían aportes previsionales (ODSA, 2018).

Como resultado de ese deterioro, en las últimas décadas se ha visto una expansión de las políticas sociales y del empleo público como una estrategia para compensar esas consecuencias y tratar de mantener niveles mínimos de consumo y reproducción social. En los años 90 aparecieron los grandes programas de asistencia, que comenzaron a cubrir a millones de familias. Después de la crisis de 2001-2002 se expandieron fuertemente, incluso cuando el desempleo disminuyó. Por ejemplo, el programa Asignación Universal por Hijo ha estado cubriendo a casi 5 millones de beneficiarios. Además, entre 1970 y 2017 el empleo público creció por encima del 277 % (se pasó de 1,3 millones de empleados públicos a más de 3,5 millones).

Por su lado, el sistema previsional argentino, que desde sus orígenes tuvo un evidente carácter contributivo -el acceso a los beneficios otorgados se asociaba a la inserción en el mercado laboral formal y al correspondiente pago de aportes- tuvo que adaptarse a un mercado laboral dominado por la informalidad y un bajo número de contribuyentes. A comienzos del nuevo siglo, los contribuyentes activos apenas alcanzaban el 50 %. Los sucesivos gobiernos buscaron paliar esta situación principalmente a través de políticas de blanqueo laboral, pero con muy pocos resultados. Según cifras del FMI (2017), en 2017 la informalidad representó casi el 50 % de la economía argentina.

El contexto de rápida recuperación económica y crecimiento posterior a la última crisis, marcado por una fuerte devaluación de la moneda en 2002 (y la consiguiente caída de los salarios) y la fenomenal suba de los precios internacionales de las materias primas (particularmente la soja), sumados a la necesidad de reconstruir el mercado interno, crearon las condiciones para desarrollar una política previsional cuya principal característica, como se verá a continuación, fue la extensión de la cobertura social a un número mayor de personas que habían quedado fuera del mercado.

5. EL “PLAN DE INCLUSIÓN PREVISIONAL”

Una de las respuestas que el gobierno nacional dio entre 2004 y 2014 a las problemáticas anteriormente descritas consistió en implementar distintas moratorias que permitieron que muchas personas que no reunían los requisitos de aportes exigidos por la legislación pudieran acceder a los derechos pretendidos. Ello es, en esencia, lo que se conoce como “Plan de Inclusión Previsional”.

Históricamente, en el sistema argentino accedían a la jubilación las personas de edad avanzada (la Ley 24.241 exigía 65 años para los hombres y 60 para las mujeres) que a su vez acreditaran una determinada cantidad de años de servicios con aportes (la misma ley los fija en 30).⁶ Sin modificar en lo formal dichos lineamientos, las moratorias previsionales simplificaron en extremo la manera en que la deuda en concepto de aportes podía ser abonada, estableciendo para tal fin muchas cuotas, una generosa tasa de interés y -sobre todo- la posibilidad de que los pagos respectivos se retuvieran directamente de las prestaciones, que eran así otorgadas sin dilaciones, pues no se requería que el importe supuestamente adeudado fuera cancelado en su totalidad. En la práctica, ello tornó innecesario durante cierto tiempo cumplir con el requisito

⁶ El 18 de diciembre de 2017 se aprobó la Ley 27.426 de reforma previsional, que modifica varios aspectos de la norma originaria, en particular los referidos a la actualización de las jubilaciones. En lo que respecta a la edad jubilatoria, la nueva norma establece: “A partir de que el trabajador cumpla setenta años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la prestación básica universal (PBU) establecida en el art. 17, inc. a) de la Ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales”.

Lo que debe analizarse de cara al futuro si esto significa un beneficio para el trabajador de continuar hasta los 70 años, o un aumento de la edad jubilatoria de 5 (para los hombres) o 10 años (para las mujeres) si al “beneficio” de solicitar la jubilación con anterioridad le corresponderá el haber total o uno menor -como ocurre con los regímenes especiales que contemplan la jubilación anticipada-.

contributivo fijado como condición para acceder a una jubilación -y eventualmente a una pensión por fallecimiento-, siempre que se admitiera adeudar dicho monto.

Al menos desde el punto de vista formal, entonces, las jubilaciones siguieron dependiendo de la trayectoria laboral de quien las solicitaba -además de la edad- y no de criterios más universales como el de ciudadanía o residencia. En cualquier caso, quien aspiraba al derecho bajo tales reglas debía admitir años de servicio como trabajador autónomo -o como monotributista, si ya se encontraba adherido a este régimen- no declarados en forma oportuna, para luego afrontar la correlativa deuda por cotizaciones a la seguridad social en las condiciones dispuestas, aunque dicho reconocimiento no reflejara su real condición y en verdad se tratara -por ejemplo- de una mujer que se había desempeñado como ama de casa durante toda su vida o bien de alguien que siempre había prestado tareas en relación de dependencia sin haber sido debidamente registrado por su empleador. Por esas razones, la política fue definida como “semi-contributiva” (Arza, 2013).

Cabe precisar que en primer lugar se había establecido, por medio de la ley 25.865, un nuevo régimen tendiente a la regularización de aportes debidos por trabajadores autónomos -inscritos o no- y cotizaciones adeudadas por monotributistas, aunque su existencia no hubiera sido hasta aquel momento exteriorizada, siempre que su vencimiento se produjera hasta la fecha de entrada en vigencia de la norma en cuestión.

Varios meses después, la Ley 25.994 introdujo una relevante innovación en esta moratoria, pues dispuso que para los trabajadores incorporados en ella que hubieran alcanzado la edad jubilatoria, la percepción del beneficio previsional se encontraría “sujeta al estricto cumplimiento del pago de las cuotas de la deuda reconocida” y no a la totalidad del monto regularizado (art. 6).

Algo similar vino a fijar el Decreto 1.454/2005 con relación a la moratoria estatuida más de 10 años antes por la Ley 24.476, en tanto que también condicionó el goce de los derechos al pago de las cuotas respectivas -no del total adeudado- e incluso previó en forma expresa la posibilidad de que ellas se descontaran directamente de las prestaciones otorgadas, dentro de los límites legales.⁷ Esta última alternativa fue reglamentada para todos los regímenes recién mencionados por la Resolución 253/2006, emanada de la ANSES.

El referido plan de la ley 25.865 se mantuvo vigente entre inicios de 2004 y el 30/04/2007 -conforme la prórroga dispuesta por el decreto 1451/2006-, mientras que el instaurado por la ley 24.476 asumió carácter permanente a partir de la sanción del Decreto 164/2004, pero como

⁷ Esto alcanzó no solo a una jubilación sino también a una pensión, ya que también se permitió a los derechohabientes previsionales de los trabajadores autónomos fallecidos que ingresaran a este régimen, bajo idénticas facilidades.

solo permite regularizar aportes devengados hasta el 30/09/1993, a medida que pasa el tiempo cada vez menos personas en edad de acceder a los beneficios pueden acogerse a él.

En rigor, ya con anterioridad a estas medidas se habían propuesto alguna vez en el país mecanismos similares para flexibilizar el acceso a prestaciones previsionales,⁸ pero la gran laxitud de los nuevos requisitos, en el particular contexto en que fueron planteados, acabó por delinear una de las principales políticas sociales de la última década.

Concretamente, entre enero de 2003 y mayo de 2010, el total de jubilaciones y pensiones del Sistema Nacional de Previsión Social aumentó en un 74,2 %, al pasar de 3,2 millones en enero de 2003 a 5,6 millones en mayo de 2010 (OSS, 2011; p. 12). Este aumento obedece en gran parte a la implementación de las moratorias, ya que con base en ellas se generaron, hasta diciembre de 2010, cerca de 2,6 millones de nuevas altas (Bertranou et al., 2011, p. 108).⁹ Hacia fines de 2011, estas llegaban a casi 2,7 millones (MTEySS, 2012, p. 35).

Es cierto que resulta difícil establecer la incidencia “neta” de la política en cuestión, por cuanto se desconoce cuántas personas que carecían de algún tipo de beneficio accedieron a él por este medio y, en cambio, qué proporción accedió a percibir otro más a través de aquella, si bien se ha estimado que la posible “duplicación” alcanzaría los 374 000 casos (Danani y Beccaria, 2011, p. 121, con cita de una presentación ante el Banco Mundial de Walter Arrighi). En otros trabajos se habla de “al menos 400 mil pensionadas” que “accedieron adicionalmente a su propia jubilación” (Cetrángolo y Grushka, 2008, p. 30).

De cualquier modo, los estudios especializados coinciden en resaltar el fundamental papel jugado por el “Plan de Inclusión Previsional” en el significativo aumento de la cobertura del sistema logrado a nivel país. Sobre la base de datos de la ANSES, se ha observado que en mayo de 2010, la tasa que mide dicha dimensión, calculada como la relación entre los adultos mayores que

⁸ El artículo 9 del Decreto 421/85 reconocía tal derecho una vez cancelado el 40% de la deuda regularizada y ordenaba que el saldo impago fuera descontado en cuotas mensuales sucesivas que no superaran el 20 % de la prestación. A su vez, cabe recordar que en el caso “REI ROSA” (1986), la Corte nacional se opuso, al remitir al dictamen del procurador fiscal, a la interpretación “mecánica” del artículo 31 de la Ley 18.038 t.o. 1980-, según el cual era condición, para acceder a las prestaciones previsionales, que al momento de la solicitud se encontraran totalmente abonados los aportes correspondientes, como así también cancelados los planes de regularización a los cuales el afiliado se hubiera acogido. El tribunal entendió entonces que debía otorgarse la jubilación que había sido denegada con invocación de dicha norma, afectando las prestaciones resultantes al pago de las deudas existentes, en la proporción del 20 %, límite que a las deducciones dispuestas en concepto de créditos a favor de los organismos de la seguridad social establecía el artículo 34 inc. d) de la misma ley. Esta decisión inspiró soluciones semejantes en muchos otros casos de la época, hasta que su doctrina fue severamente limitada años más tarde por la misma Corte, en ocasión de decidirse el caso “BARRERA” (1995).

⁹ El dato incluye las altas por pensiones (103 mil) y por “jubilación anticipada” (solo 47 mil).

cuentan con un beneficio previsional y la población que por su edad estaría en condiciones de recibirlo (“cobertura individual”), se ubicaba en 87,6 %, lo que implicaba un incremento del 59 % respecto de 2005, año en que tal indicador ascendía apenas al 55,1 % (ANSES, 2010:13).

En un sentido similar se ha revelado, con fundamento en información extraída principalmente de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), que hacia 2005 alrededor del 65 % de los mayores de 65 años recibía algún tipo de ingreso por jubilación o pensión, mientras que a fines de 2010 esa cifra ya llegaba al 91 % -93 % entre las mujeres y 87 % entre los hombres-. También se ha advertido que la cantidad de personas de esa edad con acceso a beneficios en forma directa o indirecta, es decir, por sí o a través del cónyuge (“cobertura conjunta”), pasó en igual período de cerca del 79 % a más del 92 % -con el crecimiento concentrado entre las mujeres, que alcanzarían el 96 %- . Asimismo, el número de hogares con adultos mayores que reciben ingresos por las causas mencionadas o bien por el ejercicio de una ocupación (“cobertura previsional y/o laboral”) habría pasado en los años de referencia de cerca del 85% al 97% -valor este último apenas menor para hombres que para mujeres- (Bertranou et al., 2011, pp. 104-106).¹⁰

En general, puede decirse que este programa trajo aparejada, además, una mejora en la distribución intrageneracional de los beneficios, lo que desde una perspectiva de género reviste una especial importancia. En tal sentido Arza (2012, p. 37) destaca que hacia 2005, época en que el 78 % de los hombres en edad de jubilarse recibía una jubilación o pensión, solo el 54 % de las mujeres se encontraba en igual situación, mientras que ya sobre el final de 2010, las cifras ascendían a 88 % y 83 %, respectivamente.¹¹

Igualmente, se redujeron las brechas de cobertura asociadas a la edad (manteniéndose la tendencia a favor de los grupos etarios superiores pero haciéndose menos marcadas las diferencias entre todos ellos), al estado civil (de modo tal que la cantidad de divorciados o separados protegidos se duplicó entre 2005 y 2010, hasta llegar al 71 %, aunque en la comparación estos sigan siendo los grupos menos favorecidos) y a indicadores socioeconómicos, tales como el nivel de educación formal (que en 2010 ya directamente no tenía efectos significativos sobre el acceso

¹⁰ En palabras de Rofman y Olivieri (2011): “el impacto de la moratoria se puede observar en el incremento excepcional en la cobertura ocurrido a partir de 2006, el cual marcó un brusco quiebre con respecto a la tendencia previa. La cobertura ascendió a 84,3 % en ese año y continuó creciendo gradualmente hasta alcanzar en 2010 un 89,6 % de la población mayor de 65 años, la tasa más alta en la historia Argentina. Este rápido crecimiento en la cobertura previsional implicó que la tasa de cobertura de Argentina se convierta en la más alta de la región, superando a Brasil en 3 puntos porcentuales y a la de Uruguay en 4 puntos porcentuales en el año 2009” (p.18).

¹¹ La autora calcula las tasas de cobertura sobre el total de personas en edad de jubilarse, tomando 60 años para las mujeres y 65 para los hombres. Esto puede explicar ciertas diferencias con otros datos aquí reproducidos, estimados sobre la base de personas mayores de 65 años, independientemente del sexo.

a los beneficios) o el ingreso per cápita. Respecto a este último, la distribución se volvió piramidal, con mejor cobertura entre los grupos intermedios que en los extremos, por cuanto en el superior ella no avanzó y en el inferior creció mucho más que en el resto, pero no lo suficiente para modificar su posición relativa (Arza, 2012, pp. 38-41).

Desde una perspectiva análoga se ha concluido que los principales beneficiarios de la moratoria previsional fueron las mujeres (que incrementaron su cobertura en 27 p.p.), las personas menores de 70 años (con un incremento de 32 p.p.), las personas con bajo nivel educativo (27 p.p.) y las personas ubicadas en el primer quintil de ingresos (47 p.p.) (Bertranou et al., 2011, p.108).

A su vez, el “Plan de Inclusión Previsional” parece haber tenido efectos positivos en materia de distribución del ingreso per cápita familiar. De algunas estimaciones se desprende que la diferencia entre el coeficiente de Gini real observado y el que existiría si no se otorgaran jubilaciones o pensiones habría crecido en el país durante la primera década de este siglo, especialmente a partir de 2007, año en que se acelera la incorporación de beneficiarios a través de las moratorias. Así, en 2010 dicho valor habría alcanzado 2,3 puntos porcentuales, cuando en 2006, aún luego del intenso proceso de recomposición de los haberes mínimos, este se habría ubicado en 1,6 (Rofman y Olivieri, 2011, pp. 36-37). Por lo demás, el coeficiente de Gini correspondiente a la población adulta mayor verificó una reducción mucho más intensa que el del total de la población en el mismo período, de suerte que la diferencia entre ambos pasó de 0,031 en 2006 a 0,066 en 2010 (Danani y Beccaria, 2010, pp.126-127).

Con respecto a la cuantía de las prestaciones otorgadas, como ya señaláramos, la mayoría de quienes accedieron a jubilaciones o pensiones mediante acogimiento a las moratorias bajo estudio pasaron a percibir valores muy cercanos al haber mínimo (MTEySS, 2012, pp. 23 y 29), de los que a su vez deben descontarse los pagos correspondientes a la deuda regularizada, que según lo establece la Ley 25.865 -a la que también remite el artículo 5 de la ley 24.476, tras la modificación introducida por el decreto 1454/05-, puede cancelarse hasta en 60 cuotas.

Según datos oficiales de entonces, por cierto muy cuestionados, las jubilaciones medias de los beneficiados por el “Plan de Inclusión Previsional” ascendían en 2010 a \$1.072, monto equivalente a un 43 % del salario promedio de la economía, a un 28 % de la remuneración promedio imponible de los trabajadores estables (“RIPE”)¹², al 285 % de la canasta básica total (“CBT”)¹³

¹² Definida como el cociente entre la masa de remuneraciones sujeta a aportes con destino al SIPA y el total de trabajadores estables -es decir, aquellos dependientes que presentan una continuidad laboral de al menos 13 meses- que figuran en las nóminas de las declaraciones juradas presentadas por los empleadores (MTEySS, 2012, p. 53). Se diferencia del salario promedio de la economía porque éste incluye, entre otros, a trabajadores formales e informales, asalariados y cuentapropistas.

¹³ Utilizada para medir la pobreza.

elaborada por el INDEC para esa época y al 169 % de este último valor, ajustado por el IPC 7 provincias (Bertranou et al., 2011, pp. 116 y 118).

Además de lo expuesto, se ha observado que aunque existe una baja de los niveles de pobreza en Argentina entre el cuarto trimestre de 2003 e idéntico período de 2009, esa reducción es más intensa proporcionalmente en el grupo de adultos mayores, lo cual se explicaría en parte por el impacto positivo del plan (INDEC, 2010, p.19).

Ahora bien, existe coincidencia en señalar algunas debilidades en el diseño de la política bajo análisis. Según ha sido explicitado desde el organismo ejecutor, el “Plan de Inclusión Previsional” surgió como medida de corto plazo para incorporar al ámbito de la seguridad social a los adultos mayores que, castigados por los cambios registrados en el mercado de trabajo y en el sistema previsional en los años 90, en particular referidos a la edad jubilatoria y los años de contribución necesarios para acceder a la prestación previsional, se encontraban en una situación de vulnerabilidad social al no contar con un haber jubilatorio (ANSES, 2010, p. 8).

Ciertamente, al cabo de la década del 90 la cantidad de beneficiarios sobre el total de mayores de 65 años había registrado una marcada baja, que se pronunció en el lustro siguiente, pues se ha calculado que pasó de 78,09% en 1992 a 70,70% en 2000 y luego a 67,82 % en 2004. A la par de ello decreció el número de aportantes al sistema, se lo midiera sobre la denominada “población económicamente activa” -46,76 % en 1992, 39,04 % en 2000, 34,95 % en 2004-, las personas ocupadas -49,71 % en 1992, 45,28 % en 2000, 39,45 % en 2004- o el total de asalariados -72,44% en 1992, 63,24% en 2000, 53,26% en 2004- (Rofman, Lucchetti y Ourens, 2008:33).

Esta información parecería en principio convalidar la justificación oficial del lanzamiento de las moratorias, toda vez que resulta razonable asociar el deterioro de los índices expuestos al aumento de la desocupación, la subocupación, el trabajo precario y el no registrado que caracterizaron a la época indicada, así como también a las reformas paramétricas verificadas.¹⁴

¹⁴ Por un lado, la Ley 24.241 subió la edad necesaria para jubilarse bajo el régimen general, de 55 a 60 años para las mujeres y de 60 a 65 años para los hombres. A su vez, aumentó los años de servicios con aportes exigidos a tal fin directamente a 30, cuando la legislación anterior había previsto originalmente 30 años de servicios, de los cuales al menos 10 debían ser con aportes, mínimo este que fuera subido primero a 15 y luego a 20 (conf. leyes 18.037, 18.038, 21.451 y 22.193, así como también Decreto 2016/91). Por lo demás, entre 1994 y 2008 se fue reduciendo gradualmente la cantidad de años de servicios pasibles de ser acreditados mediante la simple declaración jurada del afiliado, hasta eliminar por completo dicha posibilidad (conf. art. 38 de la Ley 24.241), que la normativa previa había admitido con mucha mayor amplitud (pudo usarse para 15 o 10 años, según el período).

Sin embargo, en la medida en que para extender la protección no se avanzó en reformas estructurales del sistema previsional, ni tampoco se solucionaron profundos problemas del mercado de trabajo argentino como la precarización o la informalidad laboral, los interrogantes sobre la situación en que se encontrarían las generaciones futuras empezaron a cobrar peso. Al respecto, se ha evaluado que, como los requisitos contributivos para acceder a los beneficios previsionales no se modificaron y la mayoría de las mejoras en la cobertura fueron generadas por iniciativas menos institucionalizadas, tales como las moratorias, el paso del tiempo haría probable que la población enfrentase, nuevamente, problemas de acceso al sistema, a menos que otras políticas fueran desarrolladas (Arza, 2013, p. 15). Es decir que los problemas de cobertura reaparecerían si asumimos que, como resultado de la situación del empleo, una alta proporción de personas no podría realizar aportes e incorporar así derechos en la materia (Arza, 2012, p. 16).

Desde una postura similar, hace ya algunos años se había pronosticado que la alta probabilidad de que las futuras generaciones no accedieran a los beneficios del sistema por insuficientes años de aporte (en un grupo que ya había mostrado dificultades para aportar) dejaba abierta la posibilidad a nuevas futuras moratorias destinadas a evitar la existencia de importantes grupos poblacionales sin posibilidad de percibir prestación alguna (Cetrángolo y Grushka, 2008, p. 20).

Justamente ello es lo que sucedió en 2014, cuando se aprobó un nuevo régimen de regularización de deudas, plasmado en la Ley 26.970, que según fuera planteado en el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso, representaba una segunda etapa del “Plan de Inclusión Previsional”.

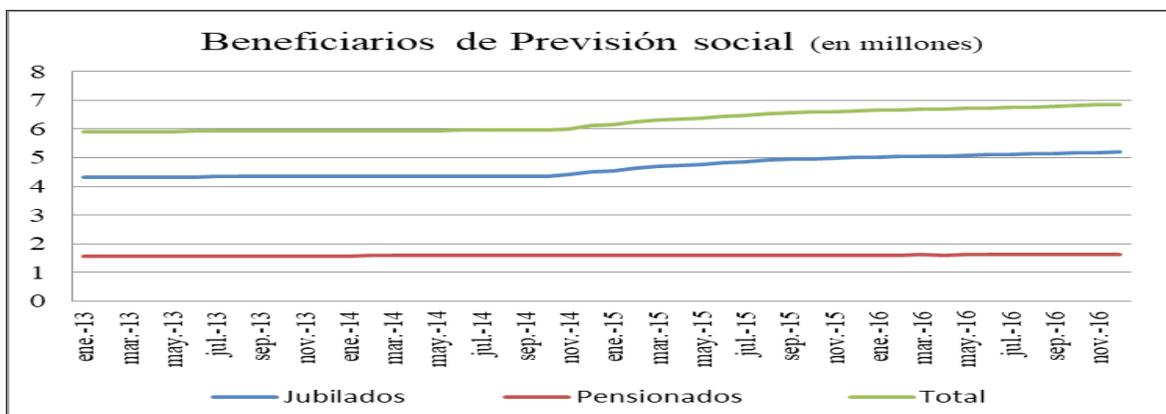
En dicho mensaje comenzaba por destacarse que “... en el año 2003, el 66,1% de los adultos mayores contaba con una prestación”, mientras que “en el año 2013, este valor se encuentra en el 93,8%”, lo que se explica “en gran parte por el Plan de Inclusión Previsional”. A continuación se reconocía, sin embargo, que “en los últimos años la tendencia es a una leve baja”, apuntándose incluso que en 2010 el mismo índice ascendía a 95,8 %. Con datos de la EPH se precisaba que la caída de la cobertura previsional en el segmento de mujeres entre 60 y 64 años, desde el segundo trimestre de 2009 hasta el de 2013, había alcanzado los 2,6 puntos porcentuales. Ello se atribuía a los límites de la única moratoria por entonces vigente, es decir, la instituida por Ley 24.476 -y sus modificatorias-, así como también al “elevado costo de la deuda previsional”, fuera de la posibilidad de acceder a un régimen de facilidades de pago.

Sucede que también el plan finalmente aprobado por Ley 26.970 contenía varias restricciones. De hecho, el propio mensaje del Poder Ejecutivo destacaba que esta nueva moratoria era incluso más acotada que las originales. Por un lado, brindaba a los trabajadores autónomos -inscriptos o no-, como también a los contribuyentes adheridos al régimen de monotributo, la posibilidad de que regularizaran únicamente sus obligaciones previsionales devengadas hasta diciembre de 2003, siempre que ya hubieran alcanzado la edad jubilatoria o bien cuando la cumplieran dentro del plazo de dos años contado desde la entrada en vigencia de la ley en cuestión.

En otro orden, la referida ley incorporó una previsión que no había sido formulada en los regímenes anteriores, y fue que la ANSES, en forma previa a determinar el derecho a una prestación previsional, realizaría evaluaciones patrimoniales o socioeconómicas sobre la base de criterios objetivos, a fin de asegurar el acceso al régimen de las personas que presenten mayor vulnerabilidad” (art. 3, pár. Segundo).

Al margen de la prudencia con la que puedan haberse definido los parámetros a tomar en cuenta en dicha tarea (v. res. conj. 533/2014 de ANSES y 3673/2014 de AFIP) y de la cantidad de jubilaciones otorgadas en esta segunda etapa del plan (unos ochocientos mil más entre octubre de 2014 y diciembre de 2016, lo que a su vez habría elevado la cobertura previsional) no deja de ser significativo el hecho de que la norma establezca requisitos propios de los programas sociales focalizados (dirigidos específicamente a un determinado grupo, en el caso “las personas que presenten mayor vulnerabilidad”), dejando en manos de la administración la determinación de los procedimientos tendientes a acreditar el carácter exigido. Como se verá, esta disquisición reviste importancia en la actualidad porque el ámbito de aplicación de la Ley 26.970 ha sido ampliado.

Sin perjuicio de lo referido, como puede verse en el gráfico 2, la medida analizada implicó retomar un crecimiento en la cantidad de beneficiarios (mayormente jubilados) a partir del tercer trimestre de 2014.



Fuente: elaboración propia en base a datos de la Secretaría de Política Económica.

GRÁFICO 2

Antes de finalizar este repaso por los aspectos más salientes del “Plan de Inclusión Previsional”, es oportuno referir que, al margen de los valores de dicha tasa en los distintos períodos, un estudio reciente sobre el punto informa, sobre la base de datos de la EPH para el segundo trimestre de 2015, que la “individual” se habría ubicado en 90,8 %, la “conjunta” en 94,5 % y la “conjunta ocupacional” en 99,1 % (Grushka, Gaiada y Calabria, 2017).

6. LA “PENSIÓN UNIVERSAL PARA EL ADULTO MAYOR”

El nuevo gobierno nacional iniciado en diciembre de 2015 no propuso eliminar las moratorias lanzadas en el marco del “Plan de Inclusión Previsional”, aunque tampoco buscó prorrogarlas. El proyecto del Poder Ejecutivo que antecedió al dictado de la Ley 27.260 en 2016¹⁵ incluía una regla según la cual “las previsiones del artículo 3° de la Ley 26.970 serán aplicables para quienes soliciten en lo sucesivo, beneficios previsionales con reconocimiento de servicios amparados por la Ley 24.476, modificada por el Decreto 1.454/05”. De esta manera se buscaba extender el ámbito de aplicación de la disposición incorporada en la segunda etapa del “Plan de Inclusión Previsional” a la única moratoria que en principio permanecería vigente (debido a su carácter permanente, aunque solo sirva para regularizar obligaciones anteriores al 30/09/1993), que supeditaba el otorgamiento de la jubilación a la acreditación de un “estado de mayor vulnerabilidad”, dejando en manos de la administración la regulación de los procedimientos establecidos a tal fin.

Sobre el punto hay que añadir que, en virtud de una decisión del Congreso, la moratoria aprobada a través de la Ley 26.970 fue finalmente prorrogada para las mujeres que cumplieran la edad jubilatoria por el lapso de 3 años y la instaurada mediante la ley 25.865 (modificada, a su vez, por la Ley 26.994 y el Decreto 1454/05) fue restablecida para los hombres solo por un año más. Si bien La Ley 27.260, que así lo dispuso, contempla la posibilidad de nuevas prórrogas, sólo establecidas en favor de las mujeres, hasta el año 2022 (conf. art. 15, Dec. 894/2016 y Resol. ANSES, 158/2019).

Entre las razones esgrimidas en el mensaje del Poder Ejecutivo como fundamento de la “Pensión Universal para el Adulto Mayor” se mencionaba expresamente la necesidad de implementar una solución que -a diferencia de las moratorias- instituyera con carácter permanente un derecho ciudadano de alcance universal, capaz de garantizar un piso de protección social a todos los adultos mayores, con independencia de sus historias laborales, por cuanto “el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) exhibe dificultades para proporcionar elevados niveles de cobertura a través del régimen contributivo, debido a [...] las consecuencias del desempleo y la informalidad laboral en la vida activa de los trabajadores”. Como se ha visto, esto último es cierto, pero no lo es menos que el nuevo derecho creado presenta ciertos rasgos regresivos.

Por un lado, la edad establecida para acceder a esta pensión fue fijada en 65 años para hombres y mujeres, cuando a ellas tanto las moratorias como el régimen previsional general contenido en

¹⁵ Esta ley fue otra de las leyes “ómnibus”, porque abarcó cuestiones tan variadas como el “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, la “Pensión Universal para el Adulto Mayor” y el blanqueo de capitales. Básicamente esta última finalidad y la subyacente necesidad del fisco de conseguir financiamiento parecen haber sido el motor de su sanción.

la Ley 24.241 solo les exigen 60 años.¹⁶ Sobre la base de dicha comparación, parte de la oposición denunció en el Congreso un virtual aumento de la edad jubilatoria femenina, mientras desde el oficialismo la situación se planteó de manera inversa, empleando a tal efecto el recurso de comparar el nuevo requisito con el de 70 años que corresponde a las pensiones no contributivas, otorgadas bajo el régimen del artículo 9 de Ley 13.478 -reglamentado por el Decreto 582/2003-, o a la prestación por edad avanzada de la Ley 24.241 y sus modificatorias, lo que pareciera desconocer cuál es, por finalidad y alcance, el antecedente más directo de la política actual.

Además, el monto de la nueva pensión fue establecido en un 80 % de la jubilación mínima. Con relación a este aspecto, en el Congreso se reeditó una discusión similar a la trabada en torno a la edad de las beneficiarias: parte del oficialismo insistió con que, para valorar la suficiencia del beneficio, debía tomarse en cuenta que las pensiones no contributivas vigentes a nivel nacional otorgaban “el 70% de la asignación básica”. En sentido contrario, desde la oposición se criticó que se estuviera proponiendo un importe inferior a la propia jubilación mínima y que de ese modo viniera a distinguirse entre “jubilados de primera y de segunda”. Más aún, se cuestionó que en rigor se negara la calidad de “jubilado” o “jubilada” a las personas que recibirían la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”, en el entendimiento de que la responsabilidad por la falta de aportes no podía serles imputada, por lo que se reputaba más justa la lógica del “Plan de Inclusión Previsional”, que integraba en un mismo esquema a quienes accedían a los derechos pretendidos mediante las facilidades por éste dispuestas y a quienes lo hacían por las vías ordinarias, con la única diferencia de que aquellos debían abonar la cuota correspondiente, en general de monto reducido.

Otra sugestiva diferencia que el proyecto bajo análisis introdujo entre jubilados, por una parte, y beneficiarios de la “Pensión Universal...”, por la otra, radica en el financiamiento de las respectivas prestaciones. Mientras que las de aquellos son atendidas con recursos del sistema de seguridad social, de afectación específica, las de estos deben ser afrontadas por el Tesoro nacional, con fondos provenientes de rentas generales (excepto en lo relativo a asignaciones familiares).

Por último, merece mencionarse que, frente a la declamada intención de superar las limitaciones temporales que caracterizaron a las moratorias previsionales de la etapa anterior, resultaba al menos técnicamente cuestionable que el proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo Nacional previera un plazo de vigencia de 3 años para la pensión establecida. Esto era, sin embargo, lo que se desprendía del juego de los artículos 12 y 13 del texto original, pues la última de dichas normas establecía como requisito para acceder a tal derecho que la solicitud pertinente se formalizara dentro del término al que hacía referencia la otra regla aludida, que por su parte creaba el “Consejo de Sustentabilidad Previsional”, organismo al cual se le encargaba la tarea

¹⁶ La nueva Ley 27.426 habría significado una regresión aun mayor en este punto, elevando la edad de ambos géneros a 70 años, aun con el “beneficio” de solicitar la jubilación con anterioridad.

de elaborar un proyecto de ley sobre un nuevo sistema previsional dentro de 3 años, contados a partir de que la preceptiva bajo análisis entrara en vigencia. La restricción en cuestión fue finalmente eliminada en el texto legal aprobado por el Congreso, aunque se mantuvo la función asignada al Consejo indicado, que de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 27.260 debería haber elaborado “un proyecto de ley que contenga un nuevo régimen previsional, universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto para su posterior remisión por el Poder Ejecutivo nacional a consideración del Honorable Congreso de la Nación [...] dentro de los tres años de la entrada en vigencia de la [...] ley”.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema previsional argentino observó desde sus inicios un marcado carácter contributivo, es decir que el acceso a las prestaciones otorgadas estuvo en general asociado a la inserción en el mercado de trabajo formal y al correspondiente pago de aportes y contribuciones.

A su vez, como hemos señalado, “el modelo se desarrolló con permanentes tensiones entre particularismo y universalismo”, al decir de Lo Vuolo (1998). Tal sistema presenta los problemas propios de los sistemas de la región. Está atado a un mercado laboral con alta precarización e informalidad, en un contexto de limitado acceso de la población al trabajo registrado y a los derechos sociales que se desprenden de una relación laboral formal. Luego, convive con una marcada dependencia entre la provisión de bienestar, por un lado, y las estructuras familiares o ciertas relaciones políticas de tipo clientelar, por el otro.

Además, el sistema ha sufrido importantes transformaciones en el período analizado. Entre 2001 y 2002 el país asistió a la más profunda crisis económica y social de toda su historia, una crisis que se venía incubando desde hacía muchos años. A partir de mediados de 2002 la economía comenzó a mostrar rasgos muy claros de mejoría, empujada principalmente por los precios internacionales de las materias primas, uno de los pilares de la estructura social argentina. La remontada de la acumulación de capital en el período 2003-2009 fue notable, y se tradujo en un mejoramiento de los indicadores sociales, que de todos modos no significó una reversión de la tendencia a la precarización de las condiciones de vida que se venía registrando desde mediados de los años 70. De hecho, ese mejoramiento no se consolidó, y a partir de 2009 el crecimiento económico comenzaría a desacelerarse e incluso estancarse, también con consecuencias sociales.

El referido contexto de crecimiento permitió desarrollar una política de extensión de la cobertura social a un mayor número de beneficiarios. A la salida de la crisis de 2001-2002, la respuesta que el Gobierno argentino dio consistió en implementar distintas moratorias que permitieron que muchas personas que no reunían los requisitos de aportes exigidos por la legislación pudieran acceder a los derechos pretendidos. En 2003 el sistema de seguridad social argentino

contaba con casi 3,5 millones de beneficiarios, mientras que a fines de 2016 solo los jubilados y pensionados sumaban unos 6 millones, y unos 7 millones si se cuentan otro tipo de prestaciones. Es decir que la cantidad de beneficiarios prácticamente se duplicó en poco más de una década; según los indicadores oficiales, Argentina tiene una de las mejores tasas de cobertura de la región. Así, un informe de la Cepal (2012) indicaba por entonces que Argentina pasó a tener la tasa de cobertura en materia de jubilaciones más alta de América Latina, con 9 de cada 10 mayores en edad jubilatoria que reciben algún tipo de beneficio previsional. Mientras que en 1996 se encontraban en esta situación el 69 % de los adultos mayores del país.

Por su lado, el sistema ha mejorado las enormes desigualdades de género, apuntando a la incorporación de mujeres trabajadoras domésticas que no cumplían con los requisitos.

En cuanto al Gasto Público, Previsión Social es su principal rubro. Además, es el que más ha crecido en el período 2003-2016, llegando a casi el 12 % del PBI, rondando el 35 % del Gasto Social. Esto se explica no solo por la extensión del sistema a más beneficiarios, sino también por la absorción de otro tipo de obligaciones.

El otro fenómeno que se destaca en el período es que el sistema se ha extendido en cantidad pero fundamentalmente sobre la base de haberes bajos. En 2003, el porcentaje de jubilados que percibía el haber jubilatorio mínimo era cercano al 30 %, mientras que el 55 % percibía el haber medio. En 2012, el 72.5 % recibía el haber mínimo y menos del 7 % el haber medio (Cristeche, 2018). Esta tendencia al amesetamiento del sistema fue profundizada con la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”, fijada en un 80 % de la jubilación mínima, en una época en que esta ronda la tercera parte de la canasta familiar calculada por el INDEC.

Hasta la crisis de 2001-2002, más allá de los enormes problemas del sistema, de la falta de cobertura de una importante capa de la población y de las distintas políticas regresivas adoptadas para el cálculo del beneficio y la movilidad,¹⁷ las jubilaciones y pensiones guardaban una cierta relación con los salarios percibidos durante la época activa. Es decir que en algún punto seguían conservando su naturaleza de “salario diferido”.

Por las características que ha ido adoptando, la estrategia posterior parece haberse dirigido a la transformación del sistema previsional en una especie de régimen asistencial de jubilación básica, carácter que la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”, ideada por el gobierno de Macri, parece agravar desde dos puntos de vista: de un lado, por la forma en que se establece su monto, y del

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en las disposiciones de la eufemísticamente llamada “Ley de Solidaridad Previsional” N° 24.463 y su cuestionada convalidación por parte de la Corte Suprema de los 90 en el caso “Chocobar” (Fallos 319:3241).

otro, por su concepción como un beneficio ajeno a la idea de derecho jubilatorio y en cierta forma a la de seguridad social. Estaríamos así en presencia de una progresiva transformación que implica, por un lado, la universalización de un subsidio para la vejez al estilo de las políticas asistenciales, y por otro, la desnaturalización de las jubilaciones y pensiones como salario diferido. Más aún, la última ley de “reparación histórica” confirma el hecho de que “el 82 % móvil para los jubilados” ha quedado en el olvido.

Pese a que, en una primera aproximación, la “Pensión Universal...” pareciera mostrarse desde un punto de vista formal como más consistente con un enfoque de derechos, justamente por no exigir otra condición que la de ciudadano/a o residente durante un lapso determinado de tiempo, la importancia real de este aspecto resulta menor cuando se piensa que en el marco del “Plan de Inclusión Previsional” el carácter de trabajador/a exigido podía ser acreditado mediante una simple declaración. En todo caso, la ventaja del nuevo derecho podría radicar en su pretendido carácter permanente, pero esto no solo depende de la definición legal (y ya se ha visto que la originalmente proyectada en rigor lo establecía por un plazo de 3 años) sino además de que en este aspecto la Ley 27.260 no sea derogada o modificada en el futuro, por ejemplo frente a circunstancias económicas adversas. Al respecto, viene al caso preguntarse, por otra parte, si separar tajantemente -como lo hace dicha norma- a los adultos mayores que realizaron aportes durante su vida laboral de los que no los hicieron no podría acaso conspirar contra la sostenibilidad política de la pensión destinada a estos últimos, quienes suelen carecer de la influencia necesaria para asegurar la suficiencia de las transferencias recibidas o sostenerlas ante reducciones presupuestarias.

Finalmente, el financiamiento del sistema previsional se sustenta principalmente con aportes de los trabajadores e impuestos indirectos que en su mayoría recaen también sobre la población trabajadora. Estos últimos gravámenes constituyen, asimismo, la primordial fuente de recursos para sufragar la “Pensión Universal para el Adulto Mayor”. La sostenibilidad del sistema está profundamente cuestionada. Además de los argumentos que suelen esgrimirse sobre el crecimiento demográfico y el alargamiento de la esperanza de vida, el grave problema del sistema argentino es la informalidad laboral y de la economía en general. Los contribuyentes al sistema son alrededor de 12 millones para soportar a casi 7 millones de beneficiarios (es decir, hay 1,7 trabajadores activos por cada jubilado o pensionado, mientras que los especialistas aconsejan que la relación entre contribuyentes y pasivos debiera ser de 3 a 4). Pero además, otro factor clave es que las contribuciones patronales se han ido reduciendo con el tiempo (en marzo de 2018 fue anunciada la última); y esto, sumado a las diferentes políticas de exenciones para “promover el empleo”, han hecho que las empresas queden exentas de asumir el costo de las transformaciones del sistema.

Es evidente que no ha habido ni hay a la vista un cambio de orientación estratégica que priorice el bienestar de la tercera edad por sobre los intereses del capital. Se trata más bien de adaptaciones a un mercado laboral degradado y de formas de redistribución de ingresos al interior de la clase obrera.

8. Referencias

- Arza, C. (2012). Extending coverage under the argentinian pension system. *International Social Security Review*, 65. pp. 29-49.
- Arza, C. (2013). Basic pensions in Latin America: toward a rights-based policy? En R. Lo Vuolo (Ed.), *Citizen's income and welfare regimes in Latin America – from cash transfers to rights*. Estados, Unidos: Palgrave Macmillan.
- Bertranou, F., Cetrángolo, O., Grushka, C. y Casanova, L. (2011). *Encrucijadas en la seguridad social argentina: reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones*. Buenos Aires: Cepal y OIT.
- Cetrángolo, O. y Grushka, C. (2008): *Perspectivas previsionales en Argentina y su financiamiento tras la expansión de la cobertura*. Serie Financiamiento del Desarrollo n° 205, Cepal. Santiago de Chile.
- Cristeche, M. (2018): The pension reforms in Argentina as a manifest of labor market transformations. "What Kind of Work for the Future?" *International Conference*. Interuniversity Research Centre on Globalization and Work, Montréal.
- Cristeche, M. (2013). Estado, gasto público y formas jurídicas. Nociones sobre el sistema presupuestario argentino. *Derecho y Ciencias Sociales*, 8. pp. 185-201
- Danani, C. y Beccaría, A. (2011). La (contra) reforma previsional argentina 2004-2008: aspectos institucionales y político-culturales del proceso de transformación de la protección. En C. Danani y S. Hintze (Coord.), *Protecciones y desprotecciones –la seguridad social en la Argentina 1990-2010*. Universidad Nacional de Gral. Sarmiento.
- Grushka, C., J. Gaiada y A. Calabria (2017). *Sistema(s) previsional(es) en la Argentina y cobertura: análisis de las diversas de las diversas fuentes de datos y de los diferenciales por edad, sexo y jurisdicción*. Buenos Aires: ANSES.
- Isuani, A. (2010). "The Argentine Welfare State: enduring and resisting change". *International Journal of Social Welfare*. pp. 104-114
- Lo Vuolo, R. (1998) La retracción del Estado de Bienestar en Argentina. En R. Lo Vuolo y Barbeito. *La nueva oscuridad de la política social*. Buenos Aires: Ciepp/Miño y Dávila.
- Marco, F. (2004). *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*. Países Bajos: Cepal.
- Pautassi, L. (2004). Legislación previsional y equidad de género en América Latina. En F. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*. Países Bajos: Cepal.
- Rofman, R., L. Lucchetti y G. Ourens, (2008). *Pension Systems in Latin America: Concepts and Measurements of Coverage*. Social Protection and Labor. The World Bank, October 2008.
- Rofman, R. y M.L. Olivieri (2011). *La cobertura de los sistemas previsionales en América Latina: conceptos e indicadores*. Banco Mundial. Serie de Documentos de Trabajo sobre Políticas Sociales n° 7.

Documentos e informes

Administración Nacional de la Seguridad Social [ANSES] (2010). *Datos abiertos sobre beneficiarios*. Disponible en <https://www.anses.gob.ar/institucional/datos-abiertos/beneficiarios/>

Cepal (2012). *Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe*. ONU, jun de 2012.

Fondo Monetario Internacional [FMI] (mayo de 2017). *Regional Economic Outlook: Restarting the Growth Engine*.

Instituto Nacional de Estadística y Censos [INDEC] (2010). *Informe en base a la Encuesta Permanente de Hogares*. También se consultaron los correspondientes informes de los años 2013 y 2017.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social [MTEySS] (2012). *Boletín de Estadísticas Laborales*.

Ministerio de Hacienda, Secretaría de Política Económica. *Series de Gasto Público Consolidado*. Se consultaron varios documentos.

Observatorio de la Deuda Social Argentina [ODSA] (2018). *Características de los trabajadores del sector micro-informal y efectos sobre el desarrollo humano. 2010-2017*.

Observatorio de la Seguridad Social [OSS] (2011). *Análisis de la cobertura previsional del SIPA: Protección, inclusión e igualdad*. Administración Nacional de la Seguridad Social, Julio de 2011.

Dejar las armas, buscar los votos: la transformación de las guerrillas latinoamericanas en partidos políticos*

*Leaving weapons, seeking votes: the transformation
of Latin American guerrillas into political parties*

* Este artículo presenta resultados del proyecto de investigación INV-EES-2335 "Transformación de grupos guerrilleros en partidos políticos: una perspectiva comparada de Latinoamérica", financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

M A R Í A A N D R E A G A R C Í A R U I Z

Docente de Planta Facultad de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, Universidad Militar Nueva Granada. Politóloga, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Resolución de Conflictos Armados y magíster en Ciencia Política, Universidad de los Andes. Doctorant en Ciencia Política, Universidad Paris Est.: maria.garcia@unimilitar.edu.co, marian_gr6@hotmail.com

I V Á N S A N T O S M A L D O N A D O

Politólogo y antropólogo de la Universidad de los Andes. makonen1930@gmail.com

Resumen

Este artículo busca identificar elementos que permitan entender mejor el desempeño electoral de grupos guerrilleros latinoamericanos que, una vez superadas las confrontaciones, deciden transformarse en partidos políticos. Así, se pretende establecer en qué medida características clave de los grupos guerrilleros como el control territorial, la estructura organizativa, las posturas ideológicas y las alianzas conformadas permiten establecer relaciones causales con respecto al desempeño electoral de la URNG, el FMLN, el FSLN, el M-19 y el MLN-Tupamaros.

PALABRAS CLAVE

Guerrillas latinoamericanas, adaptación partidista.

Summary

The article seeks to identify elements that allow a better understanding of the electoral performance of Latin American guerrilla groups that, once the confrontations have been overcome, decide to transform themselves into political parties. Thus, the aim is to establish to what extent key characteristics of guerrilla groups such as territorial control, organizational structure, ideological positions and alliances allow the establishment of causal relations with respect to the electoral performance of the URNG, the FMLN, the FSLN, the M-19 and the MLN-Tupamaros.

KEYWORDS

Latin American guerrillas, partisan adaptation.

Translated with www.DeepL.com/Translator

1. INTRODUCCIÓN

En distintos países latinoamericanos el cierre o superación de los conflictos armados protagonizados por organizaciones guerrilleras tuvo un común denominador: la transformación de esas guerrillas en movimientos políticos con aspiraciones electorales. Es el caso de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) en El Salvador, el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) en Nicaragua, el Movimiento 19 de Abril (M-19) en Colombia y el Movimiento de Liberación Nacional – Tupamaros (MLN-T) en Uruguay. Estos cinco grupos subversivos cambiaron, por distintas vías, las balas por los votos y decidieron participar en la política legal de sus países.

En el caso de Guatemala, la URNG firmó en 1996 un acuerdo de paz con el Gobierno, pero se convirtió en un partido político hasta 1998, y hasta el momento su desempeño electoral ha sido bastante marginal (Nasi, 2007).

Por su parte, el FMLN, en El Salvador, sí logró consolidarse como una alternativa de poder real desde el momento en que dejó las armas. Esa guerrilla participó oficialmente en las elecciones presidenciales de 1994, donde se posicionó como la segunda fuerza electoral en el país. Desde entonces su porcentaje de votación creció con cada elección y logró obtener las mayorías en el Congreso en varias oportunidades. Finalmente, en 2009 el FMLN ganó las elecciones presidenciales y se convirtió en el partido de gobierno (Nasi, 2007; Martí, Garcé y Martín, 2013; Almeida, 2010).

En Colombia, el M-19 aglutinó la participación en política de sus integrantes y de miembros de otras organizaciones armadas que se acogieron a los acuerdos de paz de finales de los años 80. Competieron en las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 1990 y obtuvieron la segunda votación más alta del país, lo que les permitió jugar un rol de liderazgo en la elaboración de la Constitución de 1991. No obstante, a pesar de este éxito electoral inicial, el M-19 y demás organizaciones fueron poco a poco cooptadas por el sistema y rápidamente desaparecieron del panorama político (Boudon, 2001). En los últimos años, antiguos miembros de esa guerrilla han desempeñado, a título individual, importantes cargos de representación, como la alcaldía de Bogotá en 2011 y la gobernación del departamento de Nariño en 2008.

En Nicaragua, el FSLN logró tomarse al poder por la vía armada en 1979. A partir de ese momento se convirtió en la primera fuerza política del país y gobernó hasta 1990, cuando perdió las elecciones presidenciales frente a una coalición de partidos políticos de oposición. En 2005 ganaron de nuevo las elecciones presidenciales y hasta el momento se mantienen en el poder (Nasi, 2007).

Los Tupamaros, por su parte, fueron derrotados por el Ejército a principios de los 70; posteriormente, con el regreso de la democracia a Uruguay, algunos de los líderes, entre ellos José Mujica, fueron liberados. En 1989 el MLN-T decidió participar legalmente en política a través del Movimiento de Participación Popular (MPP) e ingresaron formalmente a la coalición de izquierda el Frente Amplio. Posteriormente, el MPP se convierte en el sector más poderoso de este partido y José Mujica, uno de los fundadores de la guerrilla tupamara, es elegido presidente de Uruguay en 2010 (Martí, Garcé y Martín, 2013). El Frente Amplio continúa actualmente en el poder con el presidente Tabaré Vázquez, elegido en 2015, quien ya había sido elegido para el periodo 2005-2010.

Partiendo de lo anterior se pone de manifiesto la justificación del artículo, pues la violencia política, los alcances de los respectivos conflictos armados y la naturaleza de los grupos guerrilleros en la región han sido ampliamente documentados, mientras que la llegada de las antiguas guerrillas a las urnas ha recibido una menor atención, especialmente desde una perspectiva comparada. De allí que en este artículo se busque identificar diferentes elementos que permitan entender mejor el desempeño electoral de esas organizaciones, una vez superadas las confrontaciones. Más específicamente, se pretende establecer en qué medida características clave de los grupos guerrilleros, de los conflictos armados y de las condiciones en que ocurre el fin del conflicto permiten establecer relaciones causales con respecto al desempeño electoral de las cinco organizaciones mencionadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo se divide en cuatro secciones. En la primera se analiza la relación entre el control territorial que ejercieron los grupos durante el enfrentamiento armado y su desempeño electoral una vez se convierten en actores políticos legales. En la segunda se discute la estructura organizativa de los grupos objeto de estudio. En la tercera se revisan las posturas ideológicas de los grupos, así como las alianzas que lograron establecer con otras organizaciones de carácter político y social. En la última sección se discuten las conclusiones del trabajo.

La estrategia metodológica de la investigación se apoya en los planteamientos del *Process Tracing*, expuestos principalmente por Henry Brady y David Collier en su texto *Rethinking social inquiry: Diverse tools, shared standards* (2010). De acuerdo con sus partidarios, esta metodología consiste en llevar a cabo una observación de los procesos causales que explican un fenómeno partiendo de inferencias descriptivas basadas tanto en el conocimiento previo sobre el fenómeno como en la evidencia disponible sobre el mismo (Collier, 2011, p. 823). Para llevar a cabo dichas inferencias hace falta, plantea Collier, identificar un hecho o circunstancia que tenga una trayectoria en el tiempo y que, a la vez, pueda desagregarse en momentos puntuales susceptibles de ser descritos con claridad (Collier, 2011, p. 824). Igualmente son relevantes para este estudio los aportes de Falleti (2016) a la metodología del *Process Tracing*, en la medida en que propone que este puede desarrollar mayor relevancia en la comprobación de hipótesis y en la construcción de teorías si se combina con el método comparado. Según Falleti, la capacidad del *Process Tracing* para analizar temporal y causalmente un fenómeno es fortalecida por la pers-

pectiva comparada, en tanto esta permite identificar “patrones de secuencias” y sus respectivas causas y consecuencias (Falleti, 2016, p. 456)

Teniendo en cuenta lo anterior puede afirmarse que la aproximación desde el *Process Tracing* a un fenómeno como el desempeño electoral de movimientos guerrilleros convertidos en partidos políticos es pertinente. No solo se trata de un fenómeno que se puede desagregar en momentos puntuales, en términos de Collier, sino también es posible identificar secuencias y patrones causales relevantes para cada caso y para la comparación con los demás, siguiendo a Falleti.

En ese sentido, una vez establecido el desempeño electoral de los antiguos grupos guerrilleros como la variable dependiente de la investigación, se exploran algunas variables independientes que permitirán la identificación de los procesos causales. Como se mencionó anteriormente, estas variables son incidencia territorial, estructura organizativa y alianzas e ideología. A partir de estas variables se desarrolla un ejercicio de comparación con el fin de encontrar diferencias y similitudes entre los cinco casos de estudio, y así determinar en qué medida las variables estudiadas pueden explicar el desempeño electoral de las antiguas guerrillas.

2. INCIDENCIA TERRITORIAL

Uno de los factores que, de manera intuitiva, puede asociarse con el desempeño electoral de los grupos guerrilleros convertidos en partidos políticos es la presencia geográfica que tuvieron durante el conflicto. Sin embargo, típicamente los grupos subversivos establecen la ubicación de sus estructuras con la intención de convencer y ganar seguidores para su causa entre las poblaciones en las que hacen presencia¹. En ese sentido, debe tenerse en cuenta un componente que podría denominarse de influencia sobre la población que está estrechamente ligado a la presencia sobre el territorio pero que no se limita a ella. Por lo tanto, se sugiere la categoría incidencia territorial para hacer una alusión más cualificada de la presencia que ejercieron las antiguas guerrillas en los territorios.

La intención de esta sección es explorar la relación entre la incidencia territorial que tuvieron los grupos guerrilleros durante el conflicto armado –medida en localidades (municipios o ciudades)– y el éxito electoral que obtuvieron cuando decidieron participar en la política legal de sus países –medido en alcaldías o circunscripciones regionales en el congreso–. Así, a partir de un ejercicio de confrontación de la información electoral² se busca determinar si la incidencia

¹ Sin duda la influencia proveniente de un grupo subversivo que está armado combina el proselitismo político con la amenaza y el uso de la violencia. En la práctica es muy difícil diferenciar cuáles afinidades fueron conseguidas con la palabra y cuales con las armas.

² Esta información fue consolidada en el marco de esta investigación a través de una matriz que reúne los

territorial de cuatro³ de los grupos estudiados impactó en algún sentido los resultados que estos lograron en las urnas una vez desarmados.

El primer caso de observación es el colombiano. Allí es posible asegurar que prácticamente no hubo coincidencia entre los municipios donde tuvo incidencia territorial el M-19 y las localidades donde obtuvo alcaldías en tres elecciones desde 1992 a 1997. Mientras que la mayor parte de los hombres, las acciones y la influencia de ese grupo guerrillero se concentró en grandes ciudades como Bogotá y Cali a finales de los 70 y departamentos como Cauca, Putumayo y Caquetá desde mediados de los 80 (Luna Benites, 2006), las alcaldías que ganó son municipios en los departamentos de Sucre, Cesar y Antioquia. La única alcaldía que corresponde en cierta medida con el carácter urbano que predominó en el M-19 es Riohacha, capital del departamento de La Guajira, la cual obtuvieron en 1994. Sin embargo, este grupo subversivo no tuvo una incidencia preponderante en este departamento del norte del país.

Un segundo grupo guerrillero de talante casi exclusivamente urbano es el MLN- los Tupamaros de Uruguay. En este caso se expresa una relación mucho más coherente entre las localidades donde los Tupamaros tuvieron una incidencia muy fuerte, como Montevideo y Bella Unión, en el departamento de Artigas⁴, y los resultados electorales en circunscripciones regionales y locales alcanzados por el Partido Frente Amplio (PFA). En seis elecciones, entre 1989 y 2015, el PFA ganó, sin excepción, la Intendencia (Gobernación de departamento) de Montevideo, y entre 1994 y 2015 logró poner, sin falta, alcaldes, concejales y ediles en casi todos los municipios del departamento de Montevideo y en Bella Unión, Artigas.

En el caso de El Salvador, la correlación también es muy fuerte. En 8 elecciones a alcaldías realizadas entre 1994 y 2015, el partido FMLN obtiene resultados, marcando una constante en la que figuran casi sin excepción los cinco departamentos en los que tuvo incidencia territorial histórica como grupo subversivo en el norte del país: Cabañas, Chalatenango, Cuscatlan, Morazán y San Salvador. Las únicas excepciones se registran en las elecciones de 1994, cuando no gana alcaldías en San Salvador, y 2009, año en el que no obtiene alcaldías en Cabañas. Asimismo, debe

resultados electorales de los cinco países durante las elecciones posteriores a los acuerdos de paz o el fin de la dictadura. En ella se incluyeron tanto los comicios a nivel nacional (presidencia y congreso) como las elecciones regionales (gobernaciones y alcaldías)

³ No fue posible encontrar la distribución geográfica del desempeño electoral del FSLN en Nicaragua a lo largo del tiempo.

⁴ Bella Unión, al norte de Uruguay, en límites con Brasil, ha sido históricamente un municipio de vocación agrícola y allí se ubicaban, aún hoy, las plantaciones de caña, cuyos jornaleros desempeñaron un rol fundamental en el surgimiento de Los Tupamaros en los años 60. Para ver más sobre la relación de los cañeros y el MLN-Los Tupamaros véase Marenales, J. (2005). *Uruguay, Breve historia del Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros*.

resaltarse el caso del municipio de Tenancingo, departamento de Cuscatlan, donde miembros del FMLN protagonizaron una de sus primeras tomas en 1983 (Van der Borgh, 2003), cuya alcaldía ha sido ganada por miembros del partido FMLN en 6 de las 8 elecciones realizadas hasta hoy.

En cuanto a la incidencia territorial de la URNG, se observa una correspondencia intermedia entre la presencia que tuvo como movimiento guerrillero y los cargos que ha obtenido como movimiento político después del acuerdo de paz. Ese grupo guerrillero tuvo presencia desde los años 80 en los departamentos de la región occidental del país: San Marcos, Quiché, Sololá, Quezaltenango y Chimaltenango (CEH, 1999, pp. 175 y 192), y entre 1999 y 2015 ha alcanzado, en promedio, 7 alcaldías entre las que figuran, en cada elección, mínimo dos de estos departamentos. Sin embargo, no hay localidades que sean realmente constantes a través de las distintas elecciones, pues en cada ocasión ganan alcaldías en distintos municipios de distintos departamentos.

En suma, es posible resumir la tendencia descrita anteriormente como una relación positiva entre la incidencia territorial de las guerrillas y los resultados obtenidos por estas en elecciones a nivel regional. Mientras los partidos derivados de las guerrillas en Colombia y Guatemala muestran poca o nula correlación entre sus bastiones históricos y los distritos en los que obtuvieron cargos de elección popular, en los casos del FMLN y el MLN-T se evidencia una fuerte concordancia entre la antigua presencia armada y la injerencia política actual. Por lo tanto, en el esfuerzo de hallar líneas causales que ayuden a explicar el desempeño electoral de los antiguos grupos subversivos, la variable incidencia territorial hace una contribución que no se puede descartar.

3. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

Algunos de los estudios sobre la conversión de organizaciones guerrilleras en partidos políticos llaman la atención sobre factores de tipo organizacional, que pueden explicar el éxito o fracaso electoral de esas colectividades (Allison, 2006, p. 2016). En este caso se busca hacer lo propio revisando la forma en la que estaban organizadas en lo político y militar, así como el nivel de fraccionamiento que llegaron a tener durante su vida clandestina inmediatamente anterior a incursionar en la política legal.

Algunas de las preguntas clave que dirigen este apartado tienen que ver con el nivel de jerarquización, el grado de organización y las tensiones o divisiones internas que tuvieron las estructuras guerrilleras bajo estudio. La intención es evaluar si alguno de estos factores organizacionales es relevante para entender por qué una vez pasan a la legalidad algunos partidos tienen más éxito que otros en las urnas.

Revisando el caso del FMLN en El Salvador, se encuentra que esta organización no funcionó como una entidad cohesionada con mando unificado ni fluidez entre sus componentes. Por el contrario, el FMLN fue desde su nacimiento en 1980 una especie de organización sombrilla bajo la

cual accedieron a ubicarse las cinco organizaciones político- militares que venían trabajando en proyectos revolucionarios desde comienzos de los 70. Estas organizaciones, a saber, el Partido Comunista de El Salvador (PCS), las Fuerzas Populares de Liberación (FPL), Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), Fuerzas Armadas de la Resistencia Nacional (FARN) y Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC), convergieron bajo el nombre del FMLN, pues compartían la idea que por las vías electorales y el reformismo de la izquierda legal no era posible solucionar los problemas de injusticia, inequidad y represión que vivía el país en ese momento. Sin embargo, todo lo demás se mantuvo fraccionado entre 1980 y el inicio de las exploraciones de paz con el gobierno de Cristiani en 1983. Cada organización mantuvo sus propios estatutos, conservó su estructura orgánica, procuró su financiamiento y escogió sus líderes de forma independiente (Zamora, citado en Allison y Álvarez, 2012, p. 95).

En ese sentido, aunque las organizaciones integrantes del FMLN lograron un buen nivel de coordinación en el desarrollo de operaciones militares como la *Ofensiva general* de 1981 y la *Ofensiva final* de 1989, con las cuales lograron causar importantes reveses a las Fuerzas Militares, en términos programáticos permaneció la tensión y las divisiones internas fueron la regla.

Sin embargo, algunos factores exógenos intervinieron en favor de la cohesión del Frente a partir de 1983. Por una parte, Cuba hizo evidente su incapacidad para continuar proporcionando armas y apoyo económico a esta organización guerrillera, y tanto Fidel Castro como el gobierno sandinista abogaron para que el FMLN incursionara en una estrategia de guerra combinada con exploraciones de paz (Krujít, 2008). Adicionalmente, la muerte del comandante de las FPL, Salvador Cayetano Carpio, uno de los más insistentes en la vía militarista, contribuyó a que los componentes más jóvenes de esa y otras organizaciones sobrepusieran el enfoque político al militar y condujeran los destinos de la naciente organización política de forma más condescendiente (Allison y Álvarez, 2012, p. 97).

Asimismo, una vez constituido como partido político el FMLN vivió un proceso de fuerte tensión entre el ala que abogaba por la moderación de las ideas del partido y otra que impulsaba el mantenimiento del pensamiento socialista de forma ortodoxa. No obstante, una vez la facción ortodoxa toma el control organizacional del partido en 2004, este experimenta un proceso de cohesión y coherencia ideológica que le permite establecer alianzas a corto plazo con organizaciones no revolucionarias, permitiéndole, al mismo tiempo, mejorar su desempeño electoral al contar con votos de sectores más moderados (Allison y Álvarez, 2012, p. 109).

En lo que tiene que ver con el FSLN, desde 1974 hasta poco antes de su entrada en Managua en el 79 fue una organización que se esforzó por mantener un equilibrado carácter político-militar. Sin embargo, su estructura se basaba en un fuerte centralismo, que privilegiaba los enlaces verticales y los compartimentos rígidos asociados a las jerarquías (Martí i Puig, 2002, p. 12).

Se trataba de una estructura organizativa en la que los militantes debían cumplir sus responsabilidades de manera “casi religiosa”, bajo el entendido de que cada una de las acciones en la clandestinidad comprometía la imagen y el futuro del Frente (Martí i Puig, 2002, p. 13).

Sin embargo, en contraste con esa rígida estructura organizacional, tanto en la comandancia como en los lineamientos programáticos del Frente primó la fragmentación. Desde sus primeros años hasta mediados de los 70, el FSLN promulgó una tendencia ideológica de Guerra Popular Prolongada (TGPP), consistente con la concentración de las fuerzas revolucionarias en áreas rurales para concientizar paulatinamente a los campesinos y sectores marginados, con el objetivo de tomarse el poder cuando las condiciones estuvieran dadas. Sin embargo, surgirían dos nuevas tendencias a partir de 1974, fecha en la que una gran ofensiva del Frente (en la que logran la liberación de varios de sus miembros en poder del régimen, entre ellos Daniel Ortega) y la consecuente oleada represiva de Somoza, obligaría a las estructuras a ponerse a la defensiva y a muchos de sus líderes a salir del país (Monroy, 2015, p. 29).

Así, debido a su aislamiento, los comandantes del Frente no tuvieron la oportunidad de discutir sus posiciones sobre el destino programático de la organización. En esa medida tomó fuerza la denominada Tendencia Proletaria (TP), impulsada por quienes buscaban una organización de carácter netamente proletario y sindical en las zonas urbanas, mientras que, de otro lado, también avanzó la Tendencia Insurreccional (TI o terceristas), que consideraba que las condiciones para una ofensiva insurreccional estaban dadas y que debía orquestarse su avanzada con aliados estratégicos en las élites y los sectores influyentes contrarios a la dictadura (Martí i Puig, 2002, p. 10).

Al final, para 1978 y 1979 el Frente, dominado hasta ese momento por la TI, entró en un proceso de reunificación gracias a que estos últimos decidieron apoyar el trabajo que venían impulsando las otras dos tendencias en los campos y centros urbanos, al tiempo que los terceristas endurecieron su postura frente algunos sectores de la élite salvadoreña y con respecto a Estados Unidos. De esa forma, en marzo de 1979, cuando la sociedad y el grupo guerrillero se alistaban para el derrocamiento de Somoza, el FSLN anunció la creación de la Dirección Nacional Conjunta, compuesta por comandantes de las tres tendencias y una visión relativamente cohesionada del proceso de insurrección que se daría pocos meses después (Monroy, 2015, p. 133).

Para el caso de la URNG puede decirse que el esquema organizativo era bastante similar al del FSLN. La jerarquía y verticalidad fueron componentes fundamentales para la operación de esta organización y, al contrario de lo sucedido con el FMLN en El Salvador, las estructuras que se agruparon bajo el esquema de la URNG sí lograron consolidar una dirección nacional marcada por el centralismo (Martí y Figueroa, 2008, p. 104). Este nivel organizativo le permitió incluso conformar una Comisión política-diplomática en el marco de las negociaciones de paz para poner mayor atención a las decisiones tomadas en las conversaciones.

No obstante, lo anterior no implica que las organizaciones integrantes de la URNG mantuvieran una cohesión ideológica o programática. Por el contrario, a pesar de estar organizadas en una forma más centralizada que el FMLN, la dirección nacional no logró mantener la unidad en los asuntos sustantivos. Durante el proceso de negociaciones de paz, e inmediatamente después de él, la URNG no tuvo la capacidad de mantener unidos a sus miembros. Una buena porción de ellos abandonó la organización y se unió a otras colectividades de izquierda y a organizaciones de la sociedad civil (Allison, 2016, p. 1051).

Pueden mencionarse dos momentos críticos en términos de tensiones internas. El Primero tuvo lugar en mayo de 1995, cuando en la mesa de diálogos con el Gobierno, los delegados de la Unión aprobaron un documento sobre cuestiones agrarias y reformas económicas, lo cual ocasionó que los miembros de la Comisión política-diplomática renunciaran, al considerar que dichas reformas no solo no se aproximaban a una transformación estructural, sino que además iban en detrimento de lo que se había intentado negociar por parte de los sectores más comprometidos de la URNG desde un año atrás (Rosada-Granados, 1997, p. 10). El segundo momento ocurrió cuando la URNG ya era una colectividad política legal antes de las elecciones presidenciales de 2003. En ese punto se creó una disidencia llamada Corriente Revolucionaria que obtuvo mejores resultados electorales que aquel grupo (Martí y Figueroa, 2008, p. 14).

Por su parte, el MLN-T se diferencia de las organizaciones guerrilleras ya reseñadas en lo relativo a la estructura organizativa. Debido a la heterogeneidad ideológica en sus filas y a la preferencia por el pragmatismo, los Tupamaros concedieron bastante autonomía a sus distintas estructuras (Garcé, 2010, p. 1602). Sus propios miembros han reconocido que los Tupamaros privilegiaron desde sus inicios la práctica sobre la teoría, lo que implicaba que no había una directriz ideológica única excluyente y rígida por el contrario, buscaban construir una batería teórica a partir de la praxis. La organización se estructuraba sobre la base del centralismo democrático, esto es, decisiones con talante de órdenes que provenían de la aprobación de la mayoría. No obstante, “el MLN-T fue una organización desorganizada, una guerrilla invertebrada, mutante, camaleónica, dotada, eso sí, de una llamativa habilidad para la comunicación política” (Garcé, 2010, p. 1602). Además, debido a la incidencia del anarquismo en su matriz ideológica, los miembros de los Tupamaros privilegiaron la toma de decisiones a nivel colectivo sobre las jerarquías, lo cual implicó no pocas tensiones internas.

Durante los últimos años de la década del 60 tuvo lugar un proceso de rompimiento dentro del MLN-T que dio origen a dos organizaciones: Fuerza Revolucionaria de los Trabajadores y el Movimiento 22 de Diciembre. El primero fue un grupo de personas que abandonaron los Tupamaros por considerar que su accionar estaba demasiado enfocado en lo militar y se descuidaba el componente ideológico, mientras que el segundo se formó con miembros que no compartieron

la decisión del MLN-T de participar con un brazo político⁵ en la coalición del Frente Amplio, por considerar que era una decisión populista y antirrevolucionaria (Alonso y Figueredo, 2011).

Estas y otras expresiones de fraccionamiento que se hicieron evidentes durante la etapa de aislamiento de los miembros del MLN-T tras su derrota militar en 1972, no impidieron que en 1989 esa guerrilla decidiera reorganizar su estructura para participar en la política desde la legalidad, moderar su discurso y establecer alianzas como la que llevó a cabo con el Frente Amplio (Garcé, 2010, p. 1599).

Por último, sobre el M-19 puede decirse que en términos generales fue una guerrilla centralizada. Contaba con una Comando Superior que definía los destinos del movimiento a nivel nacional, una instancia encargada de coordinar y autorizar las operaciones militares denominada Fuerza Militar (FM) y otra coordinadora del trabajo político denominada Organización Político-militar (OPM) (Velásquez, 2000, p. 339). Asimismo, se estructuraba en frentes regionales principalmente ubicados al sur del país y en pocas ciudades capitales con comandos pequeños en barrios marginales. Sin embargo, de acuerdo con algunos de sus militantes, siempre primó dentro de sus estructuras un talante heterogéneo similar al del MLN-T. Como organización militar no privilegiaba la jerarquía ni la verticalidad del mando. Durante los años 80, principalmente después de la muerte en 1983 de su máximo comandante, Jaime Bateman Cayón, el grupo guerrillero actuaba mostrando un alto grado de desarticulación entre sus estamentos militares y políticos (Velásquez, 2000, p. 339).

El grueso de las divisiones presentes en el M-19 tenía que ver con esa escisión, anclada en su misma estructura organizacional, entre los aspectos políticos y los de carácter militar. En el marco de la toma del Palacio de Justicia en Bogotá, así como en las negociaciones de paz que culminaron en el 90, se hicieron evidentes estas divisiones entre el ala militarista, que privilegiaba las vías de hecho y la confrontación directa para tramitar sus demandas, frente a un ala más interesada en desarrollar un programa de paz con el Gobierno. Es posible afirmar que mientras en lo sucedido en el Palacio de Justicia triunfó el ala militarista, en los acuerdos de finales de los 90 se impuso la perspectiva de la negociación. No obstante, estas tensiones no representaron una problemática crítica ni constante en la historia del movimiento (Gómez, Herrera y Pinilla, 2010, p. 328).

La llegada de Carlos Pizarro a la comandancia del M-19 en 1985, fue un hecho que permitió la cohesión del grupo guerrillero en tanto se trataba de un hombre con experiencia en lo militar, pero con una visión clara en torno a la salida negociada del conflicto, que además recogía los

⁵ En 1971 el MLN-T decide conformar el Movimiento 26 de Marzo para dar un “apoyo crítico” a la coalición Frente Amplio, que desde ese entonces buscaba unificar a la mayor parte de la izquierda uruguaya.

principales planteamientos del desaparecido comandante Bateman (Grabe, s.f., p. 11). Ese esfuerzo de unificación contribuyó con fuerza a la positiva votación alcanzada por este grupo en la elección a la Asamblea Nacional Constituyente, aun cuando este éxito no logró sostenerse en el mediano plazo.

Se observa entonces que en el desempeño electoral de los partidos estudiados tienen más peso los factores asociados a la fragmentación del grupo que su estructura organizacional. Como vimos, los aspectos relacionados con la jerarquía y la centralización en la toma de decisiones se desarrollaron de manera disímil en movimientos guerrilleros cuyo desempeño en las urnas ha sido exitoso, como es el caso del FSLN, el FMLN y el MLN-T. Así, mientras que en el FSLN la jerarquía y la verticalidad eran valores imprescindibles, en el FMLN y el MLN-T eran requisitos con poca relevancia. Asimismo, en los dos casos menos exitosos también se observan tendencias diferentes, pues la URNG se caracterizó por ser una guerrilla con estructuras jerárquicas rígidas, a diferencia del M-19, que privilegió una forma de organización más horizontal. Por lo tanto, con la información disponible no es posible trazar una tendencia que relacione de manera efectiva el esquema organizativo de estos grupos guerrilleros con su desempeño en la política legal.

Ahora bien, en lo que se refiere al fraccionamiento y los procesos de cohesión de estas organizaciones, se observa que las divisiones internas son un fenómeno bastante común en procesos de acción colectiva como los que convergen dentro de un movimiento subversivo. Sin embargo, y más importante para este caso, la cohesión del grupo en torno a unos pilares mínimos de su proyecto político, en el momento clave en el que se plantean cambiar las armas por los votos, aumenta las posibilidades de tener un buen desempeño electoral.

En tal sentido, lo más relevante en términos de cohesión para una organización guerrillera que se transforma en partido político no es tener un historial de aparente unificación o de fuertes tensiones, sino afrontar el momento de transición a la vida legal de manera unificada. Así lo lograron, luego de múltiples dificultades, el FMLN, el FSLN y los Tupamaros e incluso el M-19, cuyas comandancias lograron, por distintos medios, aglutinar a sus militantes de cara al momento de transición. En contraste, la URNG no tuvo la capacidad de unificar a sus miembros y quedó inmersa en un escenario de marginalidad electoral que se mantiene hasta la actualidad.

En conclusión, puede sugerirse que mantener el control y la cohesión de sus integrantes al momento de incursionar en la política legal permite al naciente partido político no solo tomar decisiones estratégicas (como alianzas o modificaciones sustanciales) de manera más eficaz, sino también transmitir una imagen de mayor coherencia ante sus potenciales votantes, condiciones ambas que pueden convertirse en factores de éxito en los comicios.

4. ALIANZAS E IDEOLOGÍA

Los diferentes estudios que discuten el proceso de adaptación partidista de organizaciones guerrilleras que incursionan por primera vez en entornos electorales, concentran su atención en aspectos organizacionales propios de estos grupos o del diseño institucional existente en cada país⁶, solamente los trabajos de Garcé (2010) y Martí, Garcé y Martín (2013) abordan los factores ideológicos que incidieron en la adaptación del MLN-T, el FSLN y FMLN a la política electoral de sus respectivos países. Este acápite busca recoger esa perspectiva sobre la composición ideológica de las organizaciones guerrilleras, para entender su incidencia en el posterior desempeño electoral de las mismas.

Así, se busca discutir en qué medida una postura radicalizada de los antiguos grupos guerrilleros facilitó o entorpeció su desempeño en las urnas, prestando especial atención a la capacidad de estas organizaciones para establecer alianzas con otros partidos o movimientos, con antelación o durante su proceso de incursión a la política legal.

Iniciando con el M-19, puede decirse que fue una organización representativa de las tradiciones revolucionarias latinoamericanas influenciadas por el triunfo del Che Guevara en Cuba y la consigna de “Vencer o morir”. En esa medida, desde su surgimiento y hasta finales de los años 70, el M-19 mantuvo una postura radical respecto a la realidad del país y a las vías de acción disponibles para su transformación. Aunque sus planteamientos ideológicos no estaban alineados con el marxismo-leninismo reinante entre la izquierda colombiana y en general de la región, su perspectiva sí privilegiaba el uso de las armas y la toma violenta del poder como únicas posibilidades de lograr un cambio en favor de las mayorías en el país.

Sin embargo, poco antes de terminar la década del 70, varios factores impulsaron al M-19 a replantear el radicalismo y orientar su lucha política y militar en favor de la democracia y de una negociación con el Establecimiento. El primer hecho fue la respuesta multitudinaria de organizaciones sociales y de defensa de los derechos humanos frente a la represión militar que venía recibiendo la sociedad civil a causa de las acciones del M-19 y otras guerrillas. El segundo fue el desencanto del M-19 respecto a la posibilidad de llegar a unificar y cooperar con las demás organizaciones guerrilleras en el país, y el tercero fue la toma de la Embajada de República Dominicana por uno de sus comandos en febrero de 1980, donde lograron forzar una negociación con el Gobierno para que liberara a varios de sus presos y permitiera que los responsables de la toma salieran a Cuba, lugar donde recibieron asilo. Juntos, estos factores contribuyeron a la moderación del discurso del M-19 en tanto convencieron a la comandancia y a buena parte del

⁶ Ver, por ejemplo, los estudios sobre el MLN-T de Garcé (2010), el FSLN de Martí i Puig (2010), la URNG de Allison (2016) y el FMLN de Allison y Álvarez (2012).

grupo guerrillero de que la vía democrática podía ser instaurada en el país y que, a juzgar por lo sucedido en la toma de la embajada, la salida negociada al conflicto tenía buenas posibilidades de éxito (Patiño, Grabe y García-Durán, 2000, p. 60).

En lo que tiene que ver con las alianzas, el M-19, en concordancia con el cambio estratégico que sufrió su organización desde comienzos de los 80, se aproximó a sectores con los que estableció coaliciones aun antes de su desmovilización y enfrentó las elecciones del 11 de marzo de 1990. Es el caso de la Acción Nacionalista por la Paz, que involucró a organizaciones de izquierda como el Frente Democrático, Colombia Unida, así como la Democracia Cristiana y un grupo de demócratas independientes (Patiño, Grabe y García-Durán, 2000, p. 83). Lo propio sucedió en el mes de abril de 1990 para enfrentar las elecciones a la presidenciales cuando un nuevo movimiento, encabezado por el partido AD-M19, en el que confluyeron sectores de la Unión Patriótica, el Frente Popular, Socialismo Democrático, Colombia Unida, Movimiento Inconformes y otras agrupaciones cívicas y políticas de alcance regional (Patiño, Grabe y García-Durán, 2000, p. 84).

De otra parte, el FSLN mantuvo un debate ideológico protagonizado por las tres facciones que pujaban dentro de la estructura, para imponer su perspectiva sobre la labor revolucionaria y los actores sociales con los que esta debía ejecutarse. Aun poco antes del triunfo sandinista en 1979, la tendencia GPP mantenía el planteamiento más radical, en el sentido de que serían los campesinos liderados por la vanguardia armada del FSLN quienes se tomarían el poder. Por su parte, la tendencia Proletaria buscaba el protagonismo de los sectores obreros con conciencia de clase, pero sería una radical negativa a aliarse con sectores sociales no proletarios de las ciudades, a los cuales denominaba genéricamente como la “burguesía” (Monroy 2015, p. 89).

En contraste, la Tendencia Insurreccional implementó desde 1977 un abordaje de alianzas estratégicas con grupos sociales pertenecientes a la burguesía (representantes de la iniciativa privada, intelectuales y dirigentes religiosos de alto reconocimiento en Nicaragua) (Monroy, 2015, p. 96). Esta aproximación implicaba dos movimientos clave para el posterior éxito revolucionario: por una parte, una moderación ideológica del FSLN, liderada por la facción Insurreccional, para atraer a la lucha a sectores con intereses privados aunque de carácter democrático, y por otra, la aceptación de esos sectores élites, opuestos a Somoza, de apoyar la lucha armada en el país.

Esa disposición para establecer alianzas fue una característica clave, pues, aunque generó fuertes divergencias entre las tendencias del grupo guerrillero, la postura estratégica Insurreccional logró interpretar bien la coyuntura de descontento con el régimen que venía tomando fuerza en los sectores más influyentes del país. Una expresión de lo anterior fue la consolidación del denominado Grupo de los Doce, organización integrada en julio de 1977 por distintos notables de Nicaragua con poder económico, político y simbólico y una visión desde la Social Democracia. Este Grupo, junto con los representantes de la Iglesia católica afines a la propuesta Insurreccional y otras colectividades políticas, ejercieron presión para la salida de Somoza de la presidencia

y posicionaron al FSLN como interlocutor relevante en el proceso de transición (Martí i Puig, 2002, p. 12).

Con posterioridad al triunfo sandinista en julio de 1979, la postura sobre las alianzas tuvo mejor acogida entre las facciones del Frente. Aunque la TGPP y la TP mantuvieron algunos planteamientos radicales en contra de los dueños de los medios de producción en el país, en la práctica privilegiaron la política de alianzas liderada por la TI, con la intención de consolidar un gobierno más amplio y fuerte que capitalizara el avance revolucionario (Monroy, 2015, p. 140). De hecho, en la junta de gobierno instaurada desde 1979 denominada Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, el FSLN comulgó de forma eficiente no solo con el Grupo de los Doce, sino también con el Movimiento Pueblo Unido, donde tenía lugar el Partido Comunista de Nicaragua y con el Frente Amplio Opositor donde convergían los partidos Socialista, Social Cristiano, agremiaciones sindicales y hasta el partido Conservador (Monroy, 2015, p. 123).

En el caso de la URNG, sus comandantes mantuvieron una postura recalcitrante con respecto a las transformaciones que creían necesarias para el país aún incluso cuando avanzaban las conversaciones de paz con el gobierno. Las organizaciones pertenecientes a la URNG persistieron en una interpretación radical asociada a la revolución social en Guatemala y asumieron los acercamientos de paz como una instancia táctica para mantener y prolongar su proyecto político subversivo (Martí y Figueroa, 2008, p. 10). Únicamente el curso de las negociaciones y los acuerdos alcanzados con el Gobierno convencieron paulatinamente a los miembros de la Unidad de la apuesta por la salida negociada al conflicto y por un proyecto democrático, lo que vino acompañado de un proceso de moderación ideológica.

Desde mediados de 1995, cuando se aproximaban las elecciones presidenciales, la URNG hizo evidente la reconfiguración de sus líneas de pensamiento y propuso, sin que terminaran las negociaciones de paz, un proyecto político reformista que se apartaba de los pilares socialistas que promulgaba apenas meses atrás (Martí y Figueroa, 2008, p. 11). En ese orden de ideas, la Unidad abrió la posibilidad de establecer alianzas con otras organizaciones de la izquierda guatemalteca en un proceso que tuvo más torpezas que aciertos.

De cara a los comicios electorales de finales de 1995, la URNG participó en un proyecto político de coalición que buscó integrar partidos políticos de la izquierda legal del país como el Partido Social Cristiano y el Partido Revolucionario, organizaciones sociales y estructuras que aún estaban en la clandestinidad como las que integraban la misma URNG. La alianza, denominada Frente Democrático Nueva Guatemala (FDNG) no logró llegar unida a las elecciones, pues la imposición, por parte de los dirigentes de la URNG, del candidato presidencial causó el descontento y desvinculación de una de las organizaciones sociales que apoyaba una candidatura diferente. Aunque el FDNG logró un desempeño nada despreciable (7 % de los votos para presidente) para una organización aún anclada a la lucha subversiva, no pudo mantener su frágil cohesión para las siguientes elecciones

(Martí y Figueroa, 2008, p. 12). Para 1999, la URNG ya había firmado los acuerdos de paz y se había constituido en partido político, lo que contribuyó a que se auto concibiera como la nueva vanguardia de la izquierda en Guatemala, prescindiera de la coalición con el FDNG y afrontara las elecciones de ese año con una alianza de menor alcance denominada Alianza Nueva Nación (ANN), que tampoco tendría una proyección muy sólida (Allison, 2016, p. 1050).

En lo que tiene que ver con el FMLN, las organizaciones que lo componían promulgaron en los años 70 una postura intransigente en favor de la vía violenta para la toma del poder, y esta fue reproducida desde la comandancia del Frente a partir de su nacimiento en 1980. Sin embargo, el progresivo robustecimiento de las Fuerzas Militares salvadoreñas, sustentado económicamente por el Gobierno norteamericano desde mediados de la década de los 80, y las represalias cada vez más fuertes contra la guerrilla y sus bases sociales, convencieron al Frente de explorar otras posibilidades para persistir en su lucha revolucionaria (Álvarez, 2011, p. 221).

Dadas las condiciones de empate en las que terminó la ofensiva final lanzada por el FMLN en noviembre de 1989 y la necesidad de buscar visibilidad y apoyo entre los países promotores de las negociaciones de paz en la región, el Frente se convenció de la necesidad de un proyecto democrático para el país y asimiló la solución negociada del conflicto como una propuesta seria de prolongación de su lucha, “de forma que a la altura de 1990 el tipo de revolución que proponía era cualitativamente diferente a la que defendía originalmente y su estrategia combinaba la lucha armada y la negociación como forma de poner fin al conflicto” (Álvarez, 2011, p. 209).

Este cambio de perspectiva por parte del FMLN no solo permitió el avance de las negociaciones de paz hasta su culminación en febrero de 1992, sino que también se vio expresado en un lento pero exitoso proceso de asociación del partido político FMLN con sectores sociales populares clave en la coyuntura salvadoreña de finales de los 90. Durante los gobiernos de derecha alineados con los principios de privatización y libre mercado que estuvieron en el poder en los años inmediatamente posteriores a la firma de los acuerdos, el FMLN mantuvo una postura de oposición vehemente pero ceñida a las vías democráticas en favor de los trabajadores urbanos y campesinos desde la Asamblea Legislativa. El Frente incrementó paulatinamente su poder en el legislativo y en las alcaldías de varios municipios hasta casi igualar la influencia del partido de coalición de gobierno en 1997 (Almeida, 2012, p. 206). Esa representación creciente y la presión que ejercía el Gobierno sobre los trabajadores y sindicatos de empresas públicas estrecharon los lazos existentes de tiempo atrás con el FMLN.

La coyuntura incentivó el proceso de asociación y movilización de múltiples organizaciones sociales centralizadas en la denominada Concertación Social y Laboral (CSL), conformada en 1999. Allí convergieron estudiantes, organizaciones campesinas, profesores y trabajadores de la salud, quienes protagonizaron una nutrida huelga que fue apoyada por el partido FMLN. Esa reivindicación de las demandas del fortalecido movimiento social salvadoreño le significó al

partido un mayor apoyo en las elecciones del año 2000, en las que superó al partido gobernante en la Asamblea y ganó cargos de representación en ciudades grandes, incluyendo San Salvador. A partir de ahí sería oficial la alianza del FMLN con el movimiento social y popular del país, al punto que el partido presentaría un líder de las huelgas populares como candidato a la vicepresidencia en las elecciones de 2004 (Almeida, 2012, p. 208). Esta asociación representaría un empoderamiento creciente del FMLN que lo llevaría a ganar la presidencia de El Salvador en 2009.

Finalmente, en el caso del MLN-T es posible sugerir que no era una guerrilla radicalizada, debido a que entre sus miembros siempre comulgaron distintas fuentes doctrinarias, como el marxismo, leninismo, anarquismo, liberalismo y nacionalismo, y esa heterogeneidad ideológica abrió espacio a una postura relativamente moderada para dirimir sus tensiones internas y concebir la transformación de la sociedad uruguaya de forma más comprensiva (Garcé, 2010, p. 1602). Una muestra de ello es que en su intención de anteponer la práctica a la teoría revolucionaria, los Tupamaros se enfocaron en las acciones de impacto mediático y en manejar un lenguaje comprensible para el uruguayo del común, lo que significó una especie de blindaje contra las posiciones intransigentes típicas de otras organizaciones de izquierda revolucionaria (Garcé, 2010, p. 160). Como consecuencia de lo anterior, el MLN-T mantuvo, en sus primeros años de accionar, una férrea distancia con los sectores tradicionales de la izquierda uruguaya. Para el grupo guerrillero, los sectores de izquierda del país privilegiaban la ideología y olvidaban la importancia de las acciones (Gatto, 2004, p.132).

Sin embargo, tras la finalización de la dictadura en 1985, el MLN-T se debate entre conformar un nuevo foco guerrillero o reestructurar su organización en el marco de la democracia. En ese arduo proceso de decisión que no tomó poco tiempo ni estuvo exento de tensiones, el MLN-T abre la posibilidad de aliarse con el Frente Amplio (existente desde 1971), del que hacían parte el Partido Socialista, el Partido Demócrata Cristiano, Democracia Avanzada y otras organizaciones de izquierda (Garcé, 2011, p.118). Para 1989, haciendo formalmente parte del FA a través de la colectividad Movimiento de Participación Popular (MPP), los Tupamaros lograron llegar a puestos de representación en la Cámara de Diputados (1994), el Senado (1999) y finalmente la presidencia de la República (2009) (Garcé, 2011, p.118).

De acuerdo con lo anterior, es posible identificar una relación positiva entre la disposición a despojarse de las posturas radicales y el éxito a la hora de afrontar un proceso de transición hacia la actividad política legal. Con las particularidades de cada caso, se observa que las organizaciones que lograron superar los planteamientos intransigentes con los cuales interpretaron la etapa temprana de su lucha armada, tuvieron un proceso más efectivo de adaptación a la vida electoral. Adicionalmente, la capacidad para construir alianzas y coaliciones parece un indicador efectivo del proceso de moderación ideológica, en la medida en que una organización política tiene mejores posibilidades de establecer vínculos con otras si cuenta con mecanismos para lidiar con el radicalismo y adaptarse al dinamismo de la acción política electoral.

En ese sentido, los grupos como el FSLN, FMLN y M-19, que pasaron por un proceso efectivo de moderación ideológica y lograron establecer alianzas con otras colectividades para enfrentar la coyuntura de cambio de cara a las urnas, lograron un mejor desempeño electoral, mientras que la URNG demostró dificultades para superar el radicalismo, y eso se ha visto reflejado en la constante marginalidad electoral de esa colectividad política.

En el caso del MLN-T, se encuentra que su estructura ideológica contaba desde el principio de su lucha revolucionaria con mecanismos para tramitar el radicalismo, lo que le permitió reestructurar su colectividad después de su desarticulación orientándola hacia la actividad política con una visión de alianzas altamente exitosa hace el presente.

Así, bien para entrar en un proceso de negociación (URNG, FMLN, M-19) o para reestructurar su colectividad dentro del ordenamiento institucional (MLN-T y FSLN), la construcción de una postura temperada basada en la moderación ideológica parece constituir un factor de éxito para las organizaciones guerrilleras que buscan entrar en la política legal.

5. CONCLUSIONES

En este artículo se discutieron características clave de los grupos guerrilleros, los conflictos armados y las condiciones en que ocurre el fin del conflicto. Elementos que aportan a la comprensión del proceso de adaptación partidista de la URNG en Guatemala, el FMLN en El Salvador, el FSLN en Nicaragua, el M-19 en Colombia y el MLN-T en Uruguay. Específicamente, se analizaron las variables incidencia territorial, estructura organizativa y alianzas e ideología, con el fin de establecer en qué medida existe una relación positiva entre estos elementos y el desempeño electoral de los grupos guerrilleros mencionados. A respecto es posible concluir lo siguiente:

Primero: Se observa una relación positiva entre la incidencia territorial de las guerrillas y los resultados obtenidos por éstas en elecciones regionales. En el caso de la URNG y el M-19 se presenta una mínima correlación entre las zonas donde tradicionalmente ejercieron una presencia territorial y los distritos en los que ganaron cargos de elección popular. En los casos del FMLN y el MLN-T se evidencia una fuerte concordancia entre sus bastiones históricos y la injerencia política actual.

Segundo: En lo que se refiere a la cohesión y a la estructura organizativa de una organización guerrillera que se convierte en partido político, lo esencial no parece ser la unidad o la división que caracterizó al grupo cuando se encontraba en armas, sino la forma como este afronta la transición. En otras palabras, la cohesión en el momento exacto de incursionar en la vida política legal parece ser un factor de éxito determinante en los comicios.

Tercero: En lo relativo a las alianzas y las ideologías es posible identificar una relación positiva entre el éxito electoral y la disposición del grupo a despojarse de las posiciones intransigentes. En otras palabras, aquellos que lograron superar los planteamientos intransigentes que los caracterizaron durante la lucha armada, tuvieron un proceso más efectivo de adaptación a la vida electoral. Adicionalmente, la capacidad para construir alianzas también parece ser un indicador de moderación ideológica, pues son las organizaciones políticas menos radicales las que tienen mejores posibilidades de establecer vínculos con otros sectores, lo que a su vez facilita su proceso de adaptación a la vida política legal.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Allison, M. E. (2006). The transition from armed opposition to electoral opposition in Central America. *Latin American Politics and Society*, 48(4), 137-162.
- Allison, M. E. (2016). The Guatemalan National Revolutionary unit: the long collapse. *Democratization*, 23(6), 1042-1058.
- Allison, M. y Alvarez, A. (2012). Unity and disunity in the FMLN. *Latin American Politics and Society*, 54(4), 89-118.
- Alonso, J. y Figueredo, (2011). El fraccionamiento como proceso político el caso del Movimiento de Liberación Nacional- Tupamaro. *Colección Avances de Investigación*, 3-24
- Almeida, P. (2012). Movimientos populares y elecciones en El Salvador, 1990-2009. *Observatorio Latinoamericano*, 9, 204-201.
- Álvarez, A. M. (2011). De guerrilla a partido político: el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, 25, 207-233.
- Boudon, L. (2001). Colombia's M-19 Democratic Alliance: A case study in new-party self-destruction. *Latin American Perspectives*, 28 (1), 73-92.
- CEH (1999). *Guatemala. Memoria del silencio*. Ciudad de Guatemala: UNOPS.
- Collier, D. (2011). Understanding process tracing. *Ps: Political Science & Politics*, 823-830.
- Falleti, T. G. (2016). Process Tracing of extensive and intensive processes. *New Political Economy*, 21(5), 455-462.
- FMLN. (12 de diciembre de 1992). Marxists.org. Recuperado de: Marxists.org: <https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/index.htm>
- Gatto, H. (2004). El cielo por asalto. El Movimiento de Liberación Nacional (Tupamaros) y la izquierda uruguaya (1963-1972). Montevideo: Taurus-Santillana.
- Garcé, A. (2010). De guerrilleros a gobernantes: El proceso de adaptación del MLN-Tupamaros a la legalidad ya la competencia electoral en Uruguay (1985-2009). En XIV Encuentro de Latinoamericanistas

- Espanoles: Congreso Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (pp. 1598-1619).
- Gómez Gallego, J. A., Herrera Vergara, J. R. & Pinilla Pinilla, N. (2010). Informe final: comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia.
- Grabe, V. (s.f.). M-19: de la lucha armada a la renuncia a la violencia. Fundación Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del Estado Autonómico.
- GuatemalaUN. (7 de diciembre de 1996). guatemalaun.org. Recuperado de: [guatemalaun.org:http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20reformas%20constitucionales%20y%20r%C3%A9gimen%20electoral.pdf](http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20reformas%20constitucionales%20y%20r%C3%A9gimen%20electoral.pdf)
- Kruijt, D. (2008). Guerrillas: War and peace in central america. London: Zed Books.
- Luna Benítez, M. (2006). El M-19 en el contexto de las guerrillas en Colombia. *Sociedad y Economía*, 10, 157-188.
- Martí i Puig, S. (2002). La izquierda revolucionaria en Centroamérica: el FSLN desde su fundación a la insurrección popular. *Institut de ciències polítiques i socials*.
- Martí, S., Garcé, A. y Martín, A. (2013). ¿Liderazgo, organización o ideología? Las diferentes vías de adaptación partidaria de los movimientos guerrilleros los casos de Nicaragua, El Salvador y Uruguay *Revista Española de Ciencia Política*, 33, 57-79
- Martí i Puig, (2010). The Adaptation of the FSLN: Daniel Ortega's Leadership and Democracy in Nicaragua. *Latin American Politics and Society*, 52(4), 79-107.
- Martí i Puig, S. y Figueroa Ibarra, C. (2008). De la lucha guerrillera a la marginalidad electoral. Un análisis de las organizaciones revolucionarias guatemaltecas desde su aparición hasta las elecciones de 2003.
- Monroy, J. (2015). Tendencias ideológico-políticas del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) 1975-1990. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Nasi, C. (2007). Cuando callan los fusiles impacto de la paz negociada en Colombia y Centroamérica. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Patiño, O., Grabe, V. y García-Durán, M. (2000). El camino del M-19 de la lucha armada a la democracia: Una búsqueda de cómo hacer política en sintonía con el país. En *De la insurgencia a la democracia*. Estudios de caso (pp. 43-106). Bogotá: CINEP.
- Rosada-Granados, H. (1997). Guatemala. El desafío de la paz. *Nueva Sociedad*, 147 (1997), 18-26.
- Van der Borgh, C. (2003). Cooperación externa, gobierno local y reconstrucción posguerra. La experiencia de Chalatenango, El Salvador, Amsterdam, Rozenberg.
- Velásquez, M.E. (2000). Escrito para no morir. Bitácora de una militancia. Bogotá: Ministerio de Cultura.

La jurisdicción de los obispados de México y Michoacán en el siglo XVI: Fray Juan de Zumárraga contra Vasco de Quiroga

The jurisdiction of the bishoprics of Mexico and Michoacán in the 16th century: Fray Juan de Zumárraga against Vasco de Quiroga

FERNANDO MÉNDEZ SÁNCHEZ

Doctor en Derecho con mención cum laude; Maestro en Derecho Económico con mención ad honorem; Docente certificado por la Secretaría de Gobernación como especialista en Derechos Humanos en el nuevo Sistema Penal Adversarial; miembro Consejero del Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia del Estado de Puebla; miembro del Instituto Colombiano de Historia del Derecho, Secretario de Investigación de la Asociación Amigos de Palafox.

Es catedrático en la Universidad de las Américas, Tecnológico de Monterrey Campus Puebla y Escuela Libre de Derecho de Puebla. Actualmente es director de la Facultad de Derecho de la UPAEP. Ha participado como coordinador y consejero técnico en facultades de Derecho, y ha sido ponente a nivel nacional e internacional; su labor como compilador y/o autor se ha visto reflejado en diversas obras y artículos publicados en México y Latinoamérica. Actualmente sus líneas de investigación se centran en Historia del Derecho y del Estado y nuevas disciplinas jurídicas. fms291077@gmail.com

Resumen

El objetivo de este trabajo de investigación es abordar, de manera general, el desarrollo del procedimiento jurídico que tendría como fin la resolución de un conflicto entre Vasco de Quiroga, obispo de Michoacán y don Juan de Zumárraga, obispo de México, respecto a los límites jurisdiccionales de sus respectivas diócesis. En este análisis se presentaron importantes puntos de controversia, destacando las bases para iniciar la medición de cada obispado, así como las resoluciones de la Audiencia, en las que abundaban oscuridades y tipo de redacción que provocó incluso que las partes se confundieran respecto a cual de ellas habían obtenido la razón.

PALABRAS CLAVE

Juan de Zumárraga, Vasco de Quiroga, Real Audiencia, obispado, Nueva España.

Abstract

The objective of this research is to analyze in a general way, the development of the legal procedure that resolve a conflict between Vasco de Quiroga, Bishop of Michoacán and Don Juan de Zumárraga, Bishop of Mexico, regarding the jurisdictional limits of their respective dioceses. In this analysis, important points of controversy were presented, highlighting the basis for starting the measurement of each bishopric, as well as the resolutions of the Hearing, in which there were many obscurities in the writing that even caused more confusion between the parties about which of them obtained the reason.

KEYWORDS

Juan de Zumárraga, Vasco de Quiroga, Royal Audience, bishopric, New Spain.

INTRODUCCIÓN

Las diócesis novohispanas tuvieron que pasar por diversas transformaciones debido preponderantemente, a las necesidades que el nuevo territorio y población exigían; mas se debe subrayar que la existencia de las jurisdicciones episcopales, dictadas desde las sedes diocesanas, desempeñaron un importante papel en el ordenamiento territorial de los vastos obispados hispanoamericanos.

Los obispados se pueden definir como

[...]grandes extensiones territoriales, principalmente, a partir de las cuales la Iglesia implantó su gobierno. En su capital residía el obispo, con su cabildo o consejo, y sus funcionarios. También concentró un conjunto de instituciones y flujos de rentas, circulación de ideas y de personas que fueron características de las ciudades episcopales. (Cervantes, 2015, 167, 169, 170)

Cervantes (2015, p. 172) señala que fue gracias a la existencia de los obispados y sus jurisdicciones y territorios episcopales que se introdujo la única subdivisión territorial de la Nueva España y que operó orgánicamente hasta que las reformas borbónicas instauraron las intendencias en el siglo XVIII como jurisdicciones menores que agruparon varias alcaldías y obispados en servicio de los intereses de la corona. De esta manera, la organización eclesiástica a la dominación territorial en la etapa del virreinato se caracterizaba por (Cervantes, 2015, p. 172):

- ▶ El territorio parroquial como elemento esencial de control poblacional y de gobierno.
- ▶ La autoridad diocesana como medio de articulación para los cambios del mundo hispánico.
- ▶ La parroquia o doctrina fue como centro de flujos controlados, pero cada vez más integrados a una autoridad episcopal ligada directamente a la política imperial.

Los obispos que en el siglo XVI dirigieron los destinos de las diócesis novohispanas eran oriundos de la Península Ibérica, y difícilmente retornaban al viejo continente (situación común a los dos personajes que aborda este artículo), por el aprovechamiento que necesariamente se debía realizar de su experiencia en los asuntos de gobierno; en muchos casos, se premiaban sus méritos con obispados mejores y con mayores rentas (Salazar Andreu, 2005, p. XVII).

Si bien los primeros obispos solo disponían del subsidio concedido anualmente por el rey en su calidad de patrón, debe destacarse que también recibían un ingreso de los diezmos pagados por la escasa población de origen español, entrada económica, de la que indudablemente dependía la sobrevivencia del obispado.

1. BREVE SEMBLANZA DE JUAN DE ZUMÁRRAGA

Nacido en Durango en 1468, en el Reino de Castilla, fue hijo de Juan López de Zumárraga, descendiente por la línea materna de la casa de Muncharas; conforme a Galindez (2003):

Su familia debió ser acomodada. Una tradición local asegura que vivían en una casa situada a la salida de la villa, en el camino de Bilbao, frente al actual cementerio. [...] La única referencia exacta que contamos es la del propio Zumárraga, quien alude a su familia en la carta que dirige desde México a su sobrino Sancho García de Larraval [...] entre otras muchas referencias familiares, dice: “mi padre que era rico entonces”, y más adelante: “mirad lo que erades y lo que sois y las casas y asientos que teneis, el mejor de Durango.”(p. 486)

Manejó como idiomas el euskera, castellano y el latín (siendo el primero su lengua materna), y apenas sería un puberto cuando se presentó el descubrimiento de América. No se cuentan con muchos datos precisos de su vida, con excepción de que ingresó muy joven como novicio franciscano en el convento guipuzcoano de Nuestra Señora de Aránzazu (Galindez, 2003, p. 486).

Mientras Zumárraga concluía sus estudios, en América el panorama era complejo; los primeros funcionarios reales novohispanos sostenían diversas disputas con Hernán Cortés, al tiempo que se hacía evidente una serie de problemas y conflictos relacionados con el abuso de los castellanos sobre la población nativa de la Nueva España, que ya había sido denunciada por fray Bartolomé de las Casas, por lo que el emperador decide designar una autoridad civil (cinco oidores constituidos en Real Audiencia; con Nuño de Guzmán como presidente; junto con los licenciados Alonso de Parada, Francisco Maldonado, Juan Ortiz de Matienzo y Diego Delgadillo) y una autoridad eclesiástica, que se confió a Juan de Zumárraga quien renuente, aceptó la mitra que se le asignó el 12 de diciembre de 1527; sin embargo, la situación política internacional provocó que Zumárraga partiera a su diócesis sin ser consagrado obispo, pero también con el título de “Protector de lo Indios”.

No tardaría Zumárraga en presentar choques constantes con la Primera Audiencia debido a la ambición desmedida de estos y de muchos castellanos presentes en el Nuevo Mundo, al grado que estos últimos emitirían un bando que prohibía acudir con el obispo para presentar queja alguna; sin embargo, Juan de Zumárraga logró, pese a muchos obstáculos, transmitir la realidad de la Nueva España a la Corona, la cual decidió nombrar en 1530 una Segunda Audiencia que no tardó en realizar juicio de residencia a los primeros oidores, causas que provocaron que el obispo de México tuviera que regresar a la península ibérica de 1532 a 1534 (Galindez, 2003, p. 491).

Ya de regreso a territorio novohispano se aboca a la organización religiosa de la diócesis; organiza el cabildo catedralicio, construye edificios, aumenta el número de objetos sagrados para el culto; e incrementa el bautizo de los indígenas y busca reforzar en ellos la tendencia del matrimonio monogámico.

En todos estos problemas, de organización o de conciencia, se nota el carácter de Zumárraga, bien formado, sencillo, eficaz; carácter que se revela también en el empeño que pone para eliminar de las ceremonias religiosas católicas aquellos aspectos paganos, tan del gusto de algunos conquistadores y resabio agradable para los indígenas recién conversos, pero ajenos a la simplicidad del culto en tierra vasca. (Galindez, 2003, p. 492)

Cabe señalar que desde un primer momento Juan de Zumárraga había mantenido buenas relaciones e, incluso, en opinión de Mundaca (2010, p. 7), una gran amistad con Vasco de Quiroga, aseverando el mismo doctrinario que fue Zumárraga quien le enseñó la Utopía de Moro (con anotaciones de su propio puño) a Quiroga. Zumárraga consideró a este último la persona ideal para organizar y mejorar la inestable y volátil situación que en la actual Michoacán se tenían con los naturales, ya que el mismo Zumárraga había sido testigo de la labor de Quiroga en Santa Fe, donde había establecido su primer hospital-pueblo en donde los indígenas vivían, trabajaban y producían en paz, ganando su sustento y pagando tributos a la Corona (Mundaca, 2010, p. 7). Muestra de la admiración por el trabajo desarrollado por Quiroga, que tenía Zumárraga se puede observar en el siguiente texto, de la posición de este último en el juicio de residencia de Quiroga en 1536:

[...] El licenciado Quiroga fue a la dicha provincia [Michoacán] y en ella hizo harto fruto como en la dicha pregunta se contiene; e que después acá que fue se han hecho cinco o seis monasterios, e que este dicho testigo tiene relación cierta del mucho fruto que se hace en ellos y cada día crece la cristiandad y policía hasta adobar cueros y hacer jabón y sillas de caballos y zapatos y chapines y otras cosas en que ellos ganan de comer y que en la idolatría cada día se enmiendan y se casan allí e a bendición, y que el hospital de Santa Fe que allí fundo el dicho Licenciado Quiroga está mucho aumentado y es gran refugio a lo espiritual y temporal de los dichos naturales de aquella tierra. (Mundaca, 2010, p. 7)

Finalmente, tras arduo trabajo y un número considerable de publicaciones, en 1546, el obispo, ya de setenta años, comienza a sentir el peso del tiempo y la enfermedad hace presa de él, situación que enfrentó con su típica entrega al trabajo, hasta que en 1548 murió en Ciudad de México.

2. BREVE SEMBLANZA DE VASCO DE QUIROGA

La fecha de nacimiento de Vasco de Quiroga es punto de controversia, ubicándose entre 1470 a 1485. Su padre se llamaba Vasco Vázquez de Quiroga y su madre María Alonso de la Cárcel, originaria de Arévalo. Su padre, de origen gallego, llegó a ser gobernador del priorazgo de San Juan y poseedor de haciendas y mayorazgos (Campo, 2009, p. 70). Cabe señalar que rondando la fecha de su nacimiento, particularmente en 1470, la reina Isabel de Castilla ya se había casado con Fernando de Aragón y se estaba construyendo la unidad de España. Es objeto de discusión si realizó sus estudios de Derecho en Valladolid o en Salamanca, pero para 1492 prestó sus servicios a los Reyes

Católicos en Granada y en Orán, donde fue juez en 1525. Para el momento en que el Rey-Emperador consideró renovar la Real Audiencia de Nueva España por sus excesos, nombró entre los oidores que se mandaron a Vasco de Quiroga, quien recibió la orden de la emperatriz Isabel, esposa de Carlos V, mientras se hallaba en Murcia, el 13 de diciembre de 1529 (Campo, 2009, p. 71).

Campo (2009, p. 72) también señala que durante su labor como oidor apoyó las tareas de Juan de Zumárraga como “Protector de los Indios” y evitar su esclavitud, objetivo al cual, se debe subrayar, se abocaría por el resto de sus días.

Para 1536 recibiría el nombramiento de obispo de Michoacán, el cual desarrollaría hasta 1565, debiendo enfrentar, en su defensa de los naturales, infinidad de problemas y procesos jurídicos, incluso contra miembros de su propia diócesis; de dichos procesos se debe subrayar el que enfrentaría con su amigo Zumárraga por la jurisdicción de sus respectivos obispados, objeto de este estudio.

3. LOS LÍMITES DE LOS OBISPADOS.

Fue por Real Cédula de 20 de febrero de 1534, sin un conocimiento exacto del territorio y firmada en Toledo, que se dio lugar a la primera división de la Nueva España en cuatro provincias: Michoacán, México, Coatzacoalcos y la Mixteca (De la Torre, 1970, p. 4). Cédula que se recibió en la Real Audiencia de México-Tenochtitlán el 2 de julio de 1535, señalando que se proveyera de “prelados en la provincia de Michoacán e Oaxaca e Guacaquineco demás de las provincias de México e Tlaxcala e Guatemala” (Don Fray Juan de Zumárraga Obispo de México con Don Vasco de Quiroga Obispo de Michoacán sobre repartición de los distritos de sus obispados, 1544); siendo necesario subrayar que se autorizó a la Audiencia a dar límites a cada uno de los mencionados obispados, con un cálculo de quince leguas (medida o cálculo no muy exacto, ya que era la distancia que una persona podía recorrer en el lapso de una hora, pudiendo abarcar entre 4 a 7 kilómetros).

Ciertamente, la Real Cédula, pese a establecer las quince leguas, dejó un muy amplio campo de decisión a la Real Audiencia, permitiéndole declarar los límites jurisdiccionales por encima de la medida establecida en caso de necesidad (nuevamente el desconocimiento del territorio se hace patente). De esta forma, la Audiencia procedió inicialmente a establecer los límites del Obispado de México, que abarcó los territorios de Chalco y Huejotzingo, siendo necesario señalar que el Obispado de Tlaxcala contaba con tan solo once leguas hacia este último punto. Para fijar los límites se establecieron mojoneras diversas en puntos tales como Tetela, Cuernavaca, Taxco, Jecocotulan, Pachuca, Zongolica y Huexotzingo (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544). Los puntos que se pueden apreciar para el desarrollo de las mediciones, de acuerdo con el expediente del caso y las declaraciones del escribano Francisco de Lucena, a quien se le encargó el cálculo en presencia de los canónigos Velázquez y Martínez, representantes de los obispados de México y Michoacán, respectivamente, fueron diversos. Partieron de la sede obispal de México hasta la Iglesia de Veracruz, en el pueblo de Tacuba, de ahí a Cacayuca; sin embargo, posteriormente, los

puntos a los que llegan las mediciones se vuelven menos precisos, ya que menciona casas de indígenas, construcciones derribadas, y accidentes geográficos diversos, hasta llegar a la primera de las estancias, que era la de Juan de Burgos, de donde partieron hasta Michoacán (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 96-100). Por su parte, del lado opuesto, las mediciones iniciaron desde la Iglesia de San Francisco hasta las afueras de donde se asentaba la población, de donde continuaron hasta la Iglesia de Santiago y la Estancia de Aranda, de donde continuaron hasta el entonces barrio de Chaquinito; pero es en este punto donde hubo problemas para continuar la medición, ya que ninguno de los presentes conocía muy bien esos caminos, que eran propios de los naturales nada más. Continuaron sin guía adecuada hasta la población Huacareo, y de ahí a la estancia de Inquera (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 115-123).

Sobra decir que la división causó serios trastornos, ya que la imprecisa delimitación representó problemas para administrar los obispados, y de manera casi inmediata se presentaron inconformidades por parte de los obispos, que vieron severamente afectados sus intereses económicos, ya que algunas zonas se encontraban totalmente alejadas de la diócesis (De la Torre, 1970, pp. 6-7).

De tal suerte fue todo lo anterior que en 1537 se elevó por parte de los obispos de México, Guatemala y Oaxaca una petición para modificar la extensión de los obispados (posible punto de inicio del conflicto que aquí se aborda). Los obispos Zumárraga, Marroquín y López de Zárate escribieron suplicando que se revisaran los límites realizados por la Real Audiencia y estableciendo una más óptima división para cada uno de los obispados, considerando además la cercanía de su sede con los pueblos. Afirman además que el Obispado de México, “siendo el principal de esta tierra, recibe detrimento mucho en estar adjudicadas al obispado de Tlaxcala la ciudad de los Ángeles, y Huaxocingo, Cholula e Tepeaca”. Además en el documento se señala la mala distribución de las extensiones de los obispados en relación con Colima, Oaxaca e incluso Veracruz.

Otras muchas cosas de esta calidad hay en que se pueden tener diferencias y al presente las hay, las mande V. Majestad quitar; porque entre obispos no es razón que haya diferencias, sino toda conformidad para edificación de estos naturales. (De la Torre, 1970, p. 7)

4. LAS JURISDICCIONES DE MÉXICO Y MICHOACÁN

Sería en marzo de 1541 cuando don Juan de Zumárraga, obispo de México-Tenochtitlán, pidió justicia a la Real Audiencia para resolver sobre el conflicto de jurisdicciones existente entre los obispados de México y Michoacán, la cual había comenzado con la delimitación realizada por el virrey Antonio de Mendoza, con base en la Cédula de 1534. El problema de la delimitación se presentó especialmente en relación con determinadas estancias y los diezmos que de las mismas se obtenían; dichas estancias eran pertenecientes a los Burgos, Soria, Soto, Sosa, Durán, Salazar y Vejerano (Don Fray Juan De Zumárraga, 1544, p. 15).

Así, en la primavera de 1541, don Juan de Zumárraga pediría a la Audiencia de la Nueva España:

1. Aclarar la jurisdicción del Obispado de México en relación con el Obispado de Michoacán
2. Ordenar al Obispado de Michoacán que se abstuviera de cobrar los diezmos a las estancias en referencia. (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 34-35)

Cabe señalar que don Antonio de Mendoza y la Real Audiencia habían procedido de buena fe y conforme a lo establecido en la Cédula en la que se establecía que cada obispado debía extenderse quince leguas; sin embargo, el proceso en análisis encontraría su primera gran controversia en referencia al punto de partida para realizar la medición en dos momentos: el primero, cuando se realiza la delimitación original, y el segundo, como resultado de la petición presentada por el Obispado de México. De la división inicial, Zumárraga aseveraba que había una diferencia de casi una legua, que afectaba de manera negativa al Obispado de México (Don Fray de Zumárraga, 1544, p. 46).

Vale la pena subrayar un punto obvio, pero de radical importancia para este estudio: la medición de las quince leguas sería muy distinta si se comenzaba a medir de los límites de cada asentamiento, a que si se iniciaba del lugar donde se asentaba la diócesis de manera precisa; especialmente si se considera que esto se realizó en dos momentos y el avance de cada asentamiento fue diferente pero considerable; el proyecto de los “Hospitales-pueblos” de Quiroga había dado buenos resultado, pese a la resistencia inicial de castellanos que no querían vivir en esa utopía de Vasco, tan beneficiosa para los indígenas (Mundaca, 2010, p. 7).

La respuesta a la petición de Zumárraga por parte de Vasco de Quiroga se daría un mes después, en abril de 1541, después de realizada la segunda medición.

5. EL PROBLEMA DE LA SEGUNDA MEDICIÓN

Ante la petición del obispo de México, el virrey Antonio de Mendoza ordenó una segunda medición de los obispados, asignando para ello a Juan Note Durán; sin embargo, dos problemas se presentaron en estas mediciones:

La brújula o aguja se descompuso, por lo que una aseveración de las partes de que la medición no hubiera sido adecuada era lógica. El problema se relata en el expediente de la siguiente manera:

Desde la iglesia catedral de dicho obispado según que más largo en la dicha cédula se contiene cumplimiento de la cual el dicho visorrey estando en la ciudad de Michoacán mando a Juan Note Duran por una experta en el ante midiese y partiese los términos de los dichos obispados presentes las personas que para ello cada uno de los dichos obispos nombraron el cual los midió por el aguja el reloj de marcar como todo con esta y pues es por este término de que hacemos presentación que

ahora es venido a nuestra noticia que pordicho obispo de Michoacán ha reclamado e contra dicho la dicha división e partición de términos diciendo que antes que el dicho Juan Note Duran acabase de medir e amojonar los dichos términos se le quebró el aguja e esta causa el no pudo medir ni amojonar derechamente los dichos términos e que de esto el dicho obispo [...].(Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 41-43)

Por su parte, el Obispado de México consideraba que las mediciones habían sido correctas, señalando que se habían realizado los amojonamientos y que si bien la aguja se había en realidad descompuerto, esto había sido hasta el final de las mediciones, por lo que no se les afectaba en realidad.

[...] pedimos e suplicamos a nuestra majestad porque conste de la verdad y como el medir e amojonar de los dichos términos fue justamente hechos y que aguja no se quebró ni dio en ella desconcierto a lo menos hasta acabado el medir e amojonar los dichos términos porque después aunque la dicha aguja se quebrase o desacertarse no paraba prejuicio a la dicha a mojonera mande al dicho Juan Note Duran [...]. (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 41-43)

El mismo Juan Note señaló que las indicaciones del virrey fueron realizadas por él en compañía de un representante de cada obispado que daría testimonio de las mediciones por realizar. Así, guiados por brújula, buscaban señalar y establecer las mojoneras de piedra necesarias; no obstante, cerca del actual municipio de Jocotitlán, Estado de México, la aguja o brújula se dañó, situación de la que Note culpó a los indígenas que la llevaban consigo. Pero faltando poco de medir, Juan Note consultó con los representantes, aseverando que poco afectaría este hecho, ya que podrían seguir haciendo la medida con reloj de sol, a lo que los representantes aceptaron su dicho, al menos de manera inicial (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 48-53).

De lo anterior cabe destacar también un segundo problema en la medición, consistente en que Note Durán realizó las mediciones del lado michoacano desde la sede del obispado, mientras que las del lado de México se realizaron desde los límites de la ciudad, sin considerar el crecimiento que esta última ya había tenido (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 84).

Resultado de esta segunda medición, la Real Audiencia determinó un cambio en las mediciones que perjudicaba al Obispado de Michoacán, el cual recaudaba originalmente los diezmos de las estancias comentadas, ordenando el retraimiento de la jurisdicción michoacana a casi una legua, ordenando a, su vez, que los mojones establecidos originalmente fueran también removidos y adecuados a las nuevas medidas, asignando para todo ello nuevamente a Juan Note Durán (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, p. 74).

E para retraer el dicho mojón de a donde ahora esta las dichas seis cuerdas hacia la parte de la iglesia del obispado de Michoacán en que según dicho es parece ser agraviada la iglesia de México nombro e [...] para ello a vos Juan Note Duran y porque retraído el dicho mojón según dicho es sin necesidad de hacerse desde el una línea norte sur por estar la ciudad de México e la de Michoacán le

este/oeste/para dividir y apartar lo que cabe a cada obispado e se amojone e porque a vos el dicho Juan Note Duran se os entiende las cosas de esta calidad. (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, p. 74)

6. LA RESPUESTA DE VASCO DE QUIROGA A LA SEGUNDA MEDICIÓN

En la primavera de 1541 Quiroga presentaría respuesta a las segundas mediciones realizadas por Note Durán, haciendo patente su desacuerdo con la decisión de que las estancias de Burgos y de Soto quedarán comprendidas en la jurisdicción de México (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 59-62). Asevera que la segunda medición se realizó en dos sentidos y de manera distinta que alteraba sustancialmente el resultado entre ambas; en otras palabras, la medición en dirección México-Michoacán se realizó a partir de los límites de una ciudad ya había crecido considerablemente, y la realizada de Michoacán a México que se realizó desde su centro, y no desde los límites, por lo que reitera que la medición se debía realizar desde la salida de la ciudad de Michoacán y no a partir de su iglesia, lo que implicaba una diferencia de dos leguas.

[...] tanto prejuicio del dicho obispado e iglesia de Michoacán y medirse cuya asentado aprobado y consentido sino que desde el con tanta autoridad limitado he dado e asentado por quince leguas adelante se me da lo más cercano como por parte del dicho obispos iglesia de Michoacán esta pedido requerido he presentado tiempo y [...] que se midiese y al tiempo que se medió e después que se acabó de medir por cordeles e aguja quebrados y medidas cerradas e inciertas. (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 58-59)

De igual forma, Quiroga acusa el fallo de la aguja y la imprecisión del reloj de sol, aseverando además que Juan Note, tras estos fallos, no reinició las mediciones desde los puntos debidos; es decir, de sede obispa a sede obispa, sino de salida de las poblaciones; de igual manera remarcó la confiabilidad de los resultados por la dificultad para medir de México a Michoacán por el tipo de terreno. Afirma también que las mediciones originales estaban autorizadas por el Consejo de Indias (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 60-62). Quiroga aduce también al hecho de que el ganado de las estancias pasta dentro del Obispado de Michoacán, por lo que aún si estas pertenecieran a la jurisdicción de México, su diezmo corresponde al obispado michoacano y que despojar a este de los diezmos de dichas estancias, le causaría un grave daño económico (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 63-65).

Pero pese a las inconformidades presentadas por don Vasco de Quiroga, la Real Audiencia ordenó la reducción de la jurisdicción de Michoacán, dejando fuera las estancias en disputa y sus respectivos diezmos; razón por la cual Álvaro Ruíz y Diego de Ribera, en representación del Obispado de Michoacán, presentaron inconformidad, denunciando nuevamente la brújula descompuesta, haber terminado las mediciones con reloj de sol y el inicio de las mediciones en Michoacán (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 129). Lógicamente, en este pleito se adicionaron los problemas de cobranza que tendrían los obispados con los dueños de las estancias de Burgos, Soria, Soto, Sosa y

Durán, que se negarían a cubrir diezmos, aduciendo siempre el pago realizado a la contraparte en el pleito, o bien la aclaración de a quién se debía pagar. Para 1541, la negación al pago de diezmos realizada en las estancias orillaron incluso a amenazas de excomunión y privación de la libertad por parte del obispado michoacano, a lo que los deudores respondieron entonces con amenazas espada en mano (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 255-261). En este punto cabe señalar que Diego de Logroño y Miguel López habían cobrado los diezmos en nombre del Obispado de México, razón por la cual Quiroga solicitó la restitución de dichos pagos, en atención y consideración a la poca renta de la que gozaba su obispado (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 144-150).

De las querellas presentadas en contra del cobro de diezmos realizado por lo representantes de México se realizaron ciertos interrogatorios para verificar su cobro y la negación a pagar nuevamente a cargo de Michoacán, a cargo de algunos de los principales de la provincia michoacana, con preguntas en las que se verificaran los siguientes puntos (Don Fray Juan de Zumárraga, 1544, pp. 215-230):

1. Los límites de la jurisdicción del Obispado de Michoacán.
2. Verificar la calidad de Vasco de Quiroga como aquel a quien originalmente le pagaron los tributos las estancias en discordia.
3. La afectación al sustento del obispado michoacano en relación con la pérdida de las estancias, comparando el mismo con los considerables ingresos del Obispado de Ciudad de México, que no se comparaban con el del primero.
4. Las mediciones de Juan Note Durán y, con ello, si los testigos estaban enterados del problema de la aguja y la medición de reloj.

Las respuestas en general apoyaban el reclamo de Quiroga en el sentido de la afectación económica que sufriría el Obispado de Michoacán y del conocimiento general que ya se tenía respecto a los problemas al momento de realizar las mediciones entre México y Michoacán.

7. LA CONFUSA RESOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE OBISPADOS

Para 1542, el expediente se había enviado ya al Consejo de Indias en la península ibérica, por el escribano Antonio Turaos y a petición de Juan de Zumárraga, con el debido traslado para Vasco de Quiroga, a fin de que el mismo Consejo resolviera de manera definitiva el conflicto de jurisdicciones; sin embargo, su resolución no se presentó sino hasta el 2 de julio de 1544.

La resolución del Consejo de Indias fue en apoyo a lo decidido finalmente por la Real Audiencia, ordenando que ya no se tomen en cuenta las quince leguas, más que como un referente, dejando las estancias en disputa dentro del Obispado de México. Es necesario señalar que ha-

biendo existido de manera previa dos resoluciones de la Audiencia respecto a la asignación de las jurisdicciones de cada uno de los obispos, cada una de las partes sufrió confusión respecto a lo resuelto, solicitando aclaración al mes siguiente, la cual se brindó, confirmando lo ya mencionado en el mismo mes.

8. CONCLUSIÓN

El litigio analizado refleja en primer lugar una importante muestra de la manera en la que debían resolverse dichos procesos frente a la Audiencia, así como la forma en que el poder de los obispos se encontraba siempre supeditado al Real Patronato, representado por la Audiencia y el Consejo de Indias.

Aunado a lo anterior, el caso en análisis brinda luz sobre otro tema de gran relevancia: la complejidad respecto a la división inicial que se realizó de un territorio completamente desconocido por parte del grupo conquistador. El verdadero e inicial problema de este juicio radicó en un cálculo y una orden general dada por la Corona y el Consejo de Indias sobre una medición de un territorio accidentado, todavía poco explorado y con la formación de unos obispados que, pese a ser base de una división política y jurídica inicial en la Nueva España, no contaban con igual extensión pese a las leguas asignadas.

A lo anterior debe añadirse la importancia de las figuras que se confrontaron, siendo ambos destacados humanistas, buenos amigos y personajes que compartieron ciertos ideales, razón por la cual su pleito revela la necesidad apremiante de recursos que ambos obispados tenían, destacando en este sentido, con base en las declaraciones, Michoacán; especialmente si se considera el ambicioso proyecto que buscaba llevar a cabo Vasco de Quiroga y la constante oposición que a ello tuvo su feligresía, que culminó en la conformación de la actual Morelia.

9. REFERENCIAS

- Campo, F. (2009). Don Vasco De Quiroga Promotor de la educación indígena. *Rhela*, 13. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rhel/n13/n13a05.pdf>
- Cervantes, F. (2015). Las reformas eclesiásticas y la territorialización del obispado de Puebla, c. 1570-1660. En F. Cervantes y M. Martínez, *Reformas y resistencias en la Iglesia novohispana*. Recuperado de: <https://goo.gl/oLiZ22>
- De la Torre, E. (1970). Erección de obispados en el siglo XVIII. *Estudios de Historia Novohispana*, 03. Recuperado de: <http://www.ejournal.unam.mx/ehn/ehn03/EHN00307.pdf>
- Galindez, J. (2003). Rasgos vascos en la personalidad y obra del obispo Zumárraga. *Donostia: Eusko Ikaskuntza*, 7, 485-511. Recuperado de: <http://hedatuz.euskomedia.org/2970/1/07485511.pdf>

Mundaca, D. (2010). Vasco De Quiroga en Nueva España (1470-1565). Rasgos de una mentalidad utópica. *Tiempo y Espacio*, 24. Recuperado de: <https://goo.gl/akvCYC>

Salazar J. (2005). *Obispos de Puebla de los Ángeles en el Periodo de los Austria (152-1700)*. México: Editorial Porrúa.

Expediente

Don Fray Juan de Zumárraga Obispo de México con Don Vasco de Quiroga Obispo de Michoacán sobre repartición de los distritos de sus obispados. Archivo G-446-5, Justicia, 1909, N.1., 1544, Archivo General de Indias.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Protección contra el despido arbitrario de trabajadores contratados a tiempo parcial en el Perú

*Protection against arbitrary dismissal of
part time hired workers in the Perú*

D É V O R A F R A N C O G A R C Í A

Maestra en Derecho Constitucional, Maestra en Administración de la Educación, miembro honorario de la Alliance Defending Freedom, miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Directora de la Escuela Profesional de Derecho, Directora del grupo de investigación Francisco de Vitoria, docente titular de las de las materias de Derecho Constitucional, entrenadora en competencias de Derechos Humanos de la Universidad Católica San Pablo, Quinta Vivanco s/n, Urb. Campiña Paisajista, Arequipa, Perú. dfranco@ucsp.edu.pe

Resumen

El ordenamiento jurídico peruano ha adoptado un sistema de mínima protección respecto al derecho a la estabilidad laboral, el cual no alcanza a trabajadores que laboran a tiempo parcial. Esta investigación tiene por objeto, a través de la argumentación jurídica propia del derecho constitucional, fundamentar las razones por las que la jornada de trabajo no puede constituir un factor determinante para despojar a los trabajadores contratados a tiempo parcial de protección contra el despido arbitrario y evidenciar que cualquier medida que adopte el Estado con la finalidad de promover la inversión privada debe adoptarse en el marco de respeto a los derechos fundamentales. Demostraremos que arrebatar a los trabajadores tiempo parcial de protección contra el despido arbitrario constituye una medida desproporcionada e irrazonable contraria a estándares de protección internacional y a los principios que sustentan a una economía social de mercado, al principio protector y al principio igualdad.

PALABRAS CLAVE

Derecho al trabajo, contrato a tiempo parcial, estabilidad laboral, despido arbitrario, indemnización.

Abstract

The Peru has adopted a system of minimum protection respect to the right to employment stability, this right not protect to part-time workers. The objective of this research is explain if the working day is a determining factor that justifies not assigning to part-time workers a protection against arbitrary dismissal. I will demonstrate that this action is disproportionate and unreasonable and contrary to international protection standards and the values of a social market economy, the protective and equality value.

KEYWORDS

Right to work, part-time contract, employment stability, arbitrary dismissal, compensation.

1. INTRODUCCIÓN

Los diversos pronunciamientos en torno a la protección del derecho al trabajo hacen necesario volver la mirada a la estabilidad laboral, que aunque mínimamente reconocida por el ordenamiento jurídico peruano, su defensa se ha abierto paso vía jurisprudencial. Dicho esto, es necesario escrudiñar, a la luz de la legislación interna y del derecho internacional, los alcances de la estabilidad del empleo con el propósito de definir las obligaciones que emanan del Estado. En tal sentido, analizaremos si la protección adecuada frente al despido arbitrario alcanza a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

A tal efecto, en la primera parte examinaremos como parte del ámbito de tutela del derecho al trabajo –desde una perspectiva integral–, la figura de la estabilidad laboral y la protección contra el despido arbitrario. Posterior a ello, analizaremos si la jornada de trabajo es un factor que debe incidir en la titularidad y ejercicio de derechos de naturaleza laboral. Finalmente, invocaremos principios del derecho constitucional y del derecho laboral con objeto de determinar si a los trabajadores contratados a tiempo parcial les corresponde una protección adecuada frente al despido arbitrario.

2. EL DERECHO AL TRABAJO

El trabajo se identifica con la persona misma, puesto que, al requerir el despliegue de capacidades morales, intelectuales y físicas, lo impregnan de un signo personal que responde a la vocación personal. Constituye un bien necesario, un deber exigido por la propia naturaleza humana que le va a permitir satisfacer necesidades de índole personal y familiar para la obtención de una vida digna (Franco García, 2018, p. 24), configura la clave esencial de toda cuestión social que condiciona el desarrollo económico, cultural y moral (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005).

El derecho al trabajo desde sus orígenes ha encerrado una finalidad protectora que ha buscado compensar la desigualdad material existente entre el trabajador y empleador (Blancas Bustamante, 2015, p. 67), que bajo la concepción antropocéntrica propia del neoconstitucionalismo busca garantizar que ninguna relación laboral pueda ignorar o rebajar la dignidad del trabajador (Franco García, 2013, p. 330). En tal sentido, es necesario acentuar que cualquier forma de materialismo o economicismo que pretendiese reducir a la persona a un elemento impersonal o mero instrumento de producción, a simple fuerza-trabajo con valor únicamente material (Franco García, 2018, p. 13) termina por desconocer su dignidad y, con ello, la esencia del trabajo; por ello, en palabras del Tribunal Constitucional del Perú (en adelante TC), “la dignidad del traba-

gador es el verdadero fin de todo proceso productivo” (Tribunal Constitucional [Perú], 2005, STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, F.J. 18)¹.

Este derecho forma parte de un vasto *corpus iuris* internacional², que en forma coetánea ha ido acompañando de un proceso de constitucionalización, que reconoce el trabajo como una prioridad del Estado, cuyo contenido constitucionalmente protegido entraña el derecho a acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido salvo por causa justa (Tribunal Constitucional [Perú], 2012, STC Exp. N° 00263-2012-AA/TC, F.J. 3.3). Esto aunado al reconocimiento de la estabilidad laboral y a la protección contra el despido injustificado, proclamado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988, art. 7.d.), no hacen más que reafirmar su finalidad protectora a fin de tutelar a la parte débil de la relación laboral -consecuencia de la relación de subordinación-³.

Estabilidad laboral

En el Perú, la regulación del derecho a la estabilidad laboral ha sufrido profundas transformaciones. En sus primeras manifestaciones adoptó un modelo garantista⁴, para posteriormente, ser remplazado con la Constitución vigente por el modelo de mínima protección (Blancas, 2015, p. 98).

La estabilidad laboral es un derecho que tiene por objeto la conservación del contrato de trabajo -manifestación del principio de continuidad- ante las incidencias que se puedan presentar en una relación laboral, evitando con ello su extinción, salvo por causa prevista por ley. Constituye una garantía indispensable para el ejercicio de los demás derechos laborales; sin esta “serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos, y los mecanismos de tutela no tendrían la suficiente exigibilidad” (Toyama, 2011, p. 403), vaciándose de contenido el derecho al derecho al trabajo.

¹ Aun cuando no se pueda ignorar la importancia del componente objetivo del trabajo, este está subordinado a la realización del hombre, y por ello a la dimensión subjetiva, que responde a la vocación y finalidad de la persona, razón por la que se puede afirmar que el trabajo es para el hombre y no el hombre para el trabajo. (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005).

² La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social de las Américas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea.

³ El TC ha señalado que “la relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte fuerte y el trabajador en la parte débil” (Tribunal Constitucional [Perú], 2005, STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC).

⁴ Este modelo de estabilidad laboral absoluta en el que trabajador solo podía ser despedido por causa justa prevista por ley y fehacientemente comprobada fue introducido por el Decreto Ley 18471 en 1970 y se impuso con la Constitución de 1979.

En concordancia al Protocolo de San Salvador (1988) que impone como obligación a los Estados el adoptar medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo y protección a la estabilidad de los trabajadores (art. 7.d.), es conocido que la dicha estabilidad posee dos claras manifestaciones: i) la estabilidad laboral de entrada, como garantía a no ser despedido una vez superado el periodo de prueba⁵ y ii) la estabilidad laboral de salida, como forma de protección frente al despido arbitrario, mediante su prohibición excepto por causa justa, pudiendo solo cesar por causas taxativas (Toyama, 2011, p. 404).

Bajo esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) precisó que “la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador” (p. 150).

Asimismo, implantó como obligaciones de todo Estado —en el ámbito privado— los deberes de: i) adoptar medidas idóneas que garanticen una regulación y fiscalización adecuada del derecho a la estabilidad laboral, ii) proteger al trabajador contra el despido injustificado, iii) remediar la situación del trabajador despedido arbitrariamente a través de la reinstalación o del pago de una indemnización y iv) disponer de mecanismos efectivos de reclamo ante situaciones de despido injustificado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 149). En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó que el Estado incumple con la obligación de tutelar el derecho al trabajo cuando se abstienen de adoptar medidas contra vulneraciones imputables a terceros (Observación General N° 18 de la ONU, 2005).

En tal virtud, la estabilidad laboral es un derecho protegido bajo estándares internacionales cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone el deber de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, la estabilidad laboral no se trata de una imposición discrecional antojadiza, sino de una exigencia instituida que busca tutelar a la parte débil de la relación laboral frente a actos que desprovistos de toda juricidad conculcan el derecho al trabajo y con ello, el proyecto de vida.

⁵ El período de prueba en el Perú es de tres meses, concluido el trabajador goza del derecho a la protección contra el despido arbitrario. En caso de capacitación o adaptación se podrá pactar un plazo mayor, siempre que se justifique. (República de Perú, 1997, artículo 10 del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. D.S. N° 003-97-TR, 27).

3. PROTECCIÓN ADECUADA FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO

El despido es una “institución causal” que bajo el principio de tipicidad representa una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad (Franco García, 2016, p. 65). Esta razón lleva a la inadmisibilidad del despido libre *ad nutum*, debiendo obedecer a una causa justa tipificada por ley (Tribunal Constitucional [Perú], 2006, STC Exp. N° 03710-2005-PA/TC, F.J. 6), en concomitancia con lo estipulado en el C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de la OIT⁶.

La trascendencia individual y social que reviste al despido se ha decantado por dotarlo de exigencias sustantivas y materiales con objeto de proteger al trabajador frente a decisiones extintivas que tienen por único fundamento la discrecionalidad del empleador (Blancas, 2015, p. 109). Aforismo que en palabras del TC encarna que “[...] cuando la conservación de un puesto de trabajo es conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, es viciado de inconstitucionalidad” (Tribunal Constitucional [Perú], 1999, STC Exp. N° 482-99-AA/TC; STC Exp. N° 555-99-AA/TC; STC Exp. N° 712-99-AA/TC; STC Exp. N° 673-99-AA/TC; y 2001, STC Exp. N° 150-2000-AA/TC).

A su vez, el Protocolo De San Salvador (1988) ha impuesto como obligación que, en casos de despido injustificado, el trabajador tenga derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional (art. 7.d). Con ello exige el reconocimiento de la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa (Franco García, 2013, p. 334). La primera ocasiona la ineficacia del despido, garantizando la reincorporación a su puesto laboral, mientras que la segunda brinda protección contra el despido sin llegar a asegurar la reincorporación del trabajador.

En el ámbito normativo peruano, la Constitución Política abraza el principio de protección frente al despido por medio de la ley. En efecto, la ley es la que determina los alcances de la protección, traduciéndola en el pago de una indemnización, como “única” reparación por el daño sufrido⁷.

⁶ El artículo 4 del C158 – Convenio de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador señala que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta. Este Convenio al no haber sido ratificado por el Estado peruano, tiene la calidad de recomendación. R166 - Recomendación de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo.

No obstante, este convenio C158 es citado en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional [Perú], 2009, STC 02168-2008-PA/TC, F.J. 6).

⁷ “... Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización, como única reparación por el daño sufrido” (República de Perú, 1997, Art. 34 del Decreto Legislativo N° 728).

Ante tal postura, el supremo intérprete constitucional resaltó que el hecho de que la Carta Magna no haya indicado los términos de la protección adecuada contra el despido, no significa que haya otorgado una convalidación implícita para cualquier desarrollo legislativo, el cual debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o constituir una medida razonable; para ello abordó las diversas formas de protección contra al despido arbitrario desde una perspectiva de carácter sustantivo y procesal (Tribunal Constitucional [Perú], 2003, STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, F.J. 11).

Desde la perspectiva de carácter sustantivo, precisó que el legislador puede optar por i) una protección preventiva, evitando mediante ley el despido arbitrario, salvo causa –previamente tipificada–, en la medida que se llegue a probar, mediante proceso disciplinario; incluso la Corte IDH ha destacado que corresponde al empleador acreditar las razones suficientes para imponer una sanción, para que frente a ello “el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 150) y por ii) una protección reparadora, a través de una una compensación económica -indemnización-.

Mientras que desde la perspectiva de carácter procesal determinó que el legislador puede adoptar simultáneamente por un sistema de protección de: i) eficacia restitutoria, facultándose al trabajador a solicitar su reposición laboral cuando haya cesado el vínculo laboral de manera injustificada o por la infracción de derechos fundamentales o en tratados relativos a derechos humanos (Tribunal Constitucional [Perú], 2003, STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, F.J. 15); o ii) eficacia resarcitoria, mediante el pago de una indemnización prevista por ley a consecuencia del daño causado -penalidad que se impone al empleador por un accionar arbitrario-; en tal supuesto, no se evita el despido, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias⁸.

En este estado de cosas, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de la hermenéutica, ha dotado de contenido al principio protección contra el despido arbitrario, otorgando a los trabajadores la potestad, en forma excluyente, de optar por el pago de una indemnización -la cual configura una forma de protección adecuada cuando sea el trabajador quien considere que con ella se le ha reparado el daño ocasionado- o por la reposición laboral⁹. Esto en virtud del principio protector, el cual

⁸ “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones” (República de Perú, 1997, D.S. N° 003-97-TR, art. 38). Si el trabajador fue contratado bajo un contrato sujeto a modalidad, “la indemnización será equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato con el límite de doce remuneraciones” (República de Perú, 1997, Art. 76 del D. Leg. N° 728).

⁹ Conforme al precedente vinculante Lara Garay, el cobro de la indemnización por despido arbitrario supone la aceptación de la forma de protección reparadora brindada por ley (Tribunal Constitucional [Perú], 2010, STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC).

busca amparar la situación de precariedad de aquellos trabajadores que en forma intempestiva han dejado de percibir su remuneración a causa de un acto de poder arbitrario del empleador.

4. TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL

Se denomina “contrato de trabajo a tiempo parcial” a la prestación personal de servicios bajo una relación de dependencia, pero con una dedicación sensiblemente inferior a la jornada ordinaria de trabajo un trabajador a tiempo completo en situación comparable (Toyama, 2011, p. 47-48). Esto significa que tenga un mismo tipo de relación laboral y realice igual o similar trabajo o profesión (Organización Internacional de Trabajo, Convenio C175 y Recomendación R182 sobre el trabajo a tiempo parcial¹⁰).

Se trata de un contrato de trabajo cuya jornada de trabajo es inferior a cuatro horas diarias o en promedio semanal en relación con los días laborables semanales (República de Perú, 1996, art. 12 del Decreto Supremo N° 001-96-TR), aplicable a cualquier tipo de actividad laboral sujeta al régimen de la actividad privada, de modo tal que un trabajador contratado a tiempo parcial puede ser contratado para realizar las mismas actividades que un trabajador a tiempo completo, sin ningún tipo de limitación más que la jornada de trabajo.

En el Perú, dada la precariedad del contrato a tiempo parcial, este se ha convertido en una de las formas de contratación laboral más atractiva y utilizada por las empresas privadas (Arce, 2008, p. 127), que debido a su sistema productivo pueden aumentar su rentabilidad contratando a trabajadores que cumplan jornadas menores a las regulares, economizando con ello sus activos (Gonzales, 2013, p. 79). Este tipo de contratación, al estar unido a una reducción de beneficios sociales, hace que sea más ventajoso para el sector empresarial, pues a pesar de que les corresponden los mismos beneficios que cualquier trabajador del régimen de la actividad privada, el Estado, con el ánimo de fomentar la iniciativa privada, la formalidad y rentabilidad de las empresas, ha instituido que el goce de algunos de ellos, como la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y vacaciones, estén sujetos al cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor (República de Perú, 1996, art. 11 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; 1997 art. 4 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, y 1991, art. 12 del Decreto Legislativo N° 713).

Lo señalado no se sujetaría a ningún cuestionamiento si con ello no se comprometiera derechos fundamentales. Sin el ánimo de profundizar este punto, pondremos en evidencia que no otorgarles descanso vacacional contraviene directamente la Constitución Política del Perú, el

¹⁰ El Convenio C175 aún no ha sido ratificado por el Perú, pero tiene la calidad de recomendación R182. Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial.

Protocolo de San Salvador¹¹, el C175 - Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT-, el C132 -Convenio sobre las vacaciones pagadas de la OIT- y la R182 - Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT¹².

5. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL EN TORNO A LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

No podemos comenzar este apartado sin antes invocar al C175 -Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT-, el cual instituye la obligación a todos los Estados de adoptar medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones semejantes a las de los trabajadores a tiempo completo en cuanto a la terminación de la relación de trabajo.

Sin embargo, pese a que la Constitución Política del Perú garantiza una protección adecuada contra el despido arbitrario, y a que el C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de la OIT¹³- dispone el pago de una indemnización ante la imposibilidad de anular la terminación y ordenar la readmisión a su puesto de trabajo (OIT, art. 10 C158 y art. 18 R166); el ordenamiento jurídico peruano instaura que “para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada [...]” (Republica de Perú, 1997, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, art. 22). Esto significa que los trabajadores que laboren una jornada menor -contratados a tiempo parcial- pueden ser despedidos sin causa justa, sin gozar de protección frente al despido arbitrario.

Bajo este contexto y en un sentido abiertamente contrario, fundamentaremos desde diversas aristas las razones por las que la jornada de trabajo no puede constituir un criterio válido que despoje a los trabajadores contratados a tiempo parcial de protección contra el despido arbitrario.

¹¹ Los Estados garantizarán el derecho de todo trabajador al descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales (Protocolo de San Salvador, 1988, art. 7.h).

¹² Todo trabajador tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada; en caso de trabajadores a tiempo parcial se deberán aplicar las mismas reglas relativas para la programación de las vacaciones anuales de los trabajadores a tiempo completo. (Organización Internacional de Trabajo, 1970, C132 -Convenio sobre las vacaciones pagadas; y 1994, R182 --Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, apartado 14).

¹³ Este convenio, pese a no haber sido ratificado por el Perú, ha sido citado en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC, F.J. 6. El contenido de este convenio tiene calidad de recomendación. R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo.

Respecto al principio protector

Toda relación laboral se caracteriza por presentar asimetría o desigualdad entre las partes: i) al iniciarse la relación laboral, la disparidad económica queda acentuada en la debilidad de la capacidad de negociación del trabajador, que termina reflejándose en la satisfacción de los intereses del empleador, ii) durante la vigencia del vínculo laboral, la relación se desarrolla en un marco de subordinación que faculta al empleador a regular la conducta y sancionar al trabajador, y iii) finalizada la relación laboral, donde el trabajador es quien muchas veces tiene que reclamar sus derechos y beneficios laborales (García, 2010, p. 9). Esto origina que en la relación laboral “el empleador devenga en la parte fuerte e imponente y el trabajador en la parte débil e imponente” (Tribunal Constitucional [Perú], 2005, STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, F.J. 20).

El principio protector erige un criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, buscando compensar tal desequilibrio, con el objetivo de establecer un amparo preferente a favor de la parte más vulnerable de la relación laboral¹⁴ (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia [Perú], 2012, Casación N° 00007-2012, F.J. 20).

Si la acción tuitiva del Estado debe orientarse a proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral, no existe fundamento constitucional que pueda sostener una norma que junto con condicionar el principio constitucional protección contra el despido arbitrario a una jornada mínima laboral, termina evidenciando una absoluta disparidad y asimetría en perjuicio del trabajador.

Sin duda esta norma representa el regreso a la figura del despido como poder absoluto del empleador, la cual concedía un poder sin límites que permitía dar por terminada la relación laboral -en cualquier momento y sin causa objetiva- bajo argumento del principio de la autonomía de voluntad, sin que se genere alguna consecuencia jurídica a pesar del grave perjuicio económico y emocional ocasionado al trabajador. Esta situación configura un acto de agresión, incompatible con el sentido del principio protector, que termina por desconocer la defensa de la persona, su dignidad y el verdadero fin del trabajo.

Respecto al principio - derecho de igualdad

La igualdad constituye un derecho fundamental y un “principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho” (Tribunal Constitucional [Perú], 2004, STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC F.J. 2)¹⁵.

¹⁴ En efecto, en el campo jurídico sustancial, el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo económico, la nota más específica es que el trabajador solo puede exponer su fuerza de trabajo (Gamonal, 2013, p. 425-458).

¹⁵ Implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal,

Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la facultad de toda persona a ser tratada igual que los demás, respecto de hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes (Tribunal Constitucional [Perú], 2009, STC Exp. N° 01604-2009-AA/TC, F.J. 4), proscribiéndose privilegios y distinciones arbitrarias que excluyan a una persona o grupo determinado de personas de los derechos que se conceden a otra (Tribunal Constitucional [Perú], 2004), en mérito al reconocimiento de una equivalente dignidad, respecto de la cual no cabe ningún tipo de distinción.

Mientras que como principio configura un postulado con proyección normativa que forma parte del núcleo del sistema constitucional, y exige del legislador: i) una vinculación negativa abstencionista, quedando proscribida la posibilidad de toda acción legislativa o jurisdiccional por parte del Estado tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable que pueda ser generador de factores discriminatorios, y ii) una vinculación positiva o interventora donde a través de la ley se sitúe a las personas en un plano de equivalencia, revertiéndose toda condición de desigualdad (Tribunal Constitucional [Perú], 2009, STC Exp. N° 01604-2009-AA/TC, F.J. 4). Ello significa que este principio, entre otros aspectos, constituye un límite para la actuación de los poderes públicos y un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (Tribunal Constitucional [Perú], 2004).

En tal virtud, bajo el amparo del principio-derecho a la igualdad, no existe soporte constitucional que pueda respaldar que los trabajadores contratados a tiempo parcial sean despojados de toda protección contra el despido arbitrario. Si por medio de este principio queda garantizada la obtención de un trato igual -en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas-, y la única diferencia entre trabajadores a tiempo completo y tiempo parcial es la jornada de trabajo, sin que con ello se afecte responsabilidades, derechos y obligaciones dentro de la relación laboral, podemos ver claramente una diferencia arbitraria y discriminatoria que trae como consecuencia la afectación de derechos y bienes fundamentales¹⁶.

Desde otra arista, podemos verificar que condicionar la protección frente al despido arbitrario a una jornada mínima laboral tampoco configura una medida razonable ni proporcional en relación con la finalidad que se pretende.

Conforme al test de razonabilidad, todo límite a los derechos debe contar con un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, el fin constitucionalmente valioso constituye prote-

constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático (Tribunal Constitucional [Perú], 2004).

¹⁶ “El principio igualdad constituye una pauta para examinar la afectación de diversos bienes fundamentales” (Gutiérrez, 2015, p 105).

ger los derechos del trabajador, mas no despojarlo de derechos en aras de promover la iniciativa privada, la formalidad y rentabilidad empresarial.

Respecto a la proporcionalidad¹⁷ de la medida contemplada en la norma, no logra siquiera superar el examen de idoneidad -el cual busca verificar si la restricción en el derecho resulta adecuada respecto a la finalidad que se pretende tutelar- (Tribunal Constitucional [Perú], 2008, STC Exp. N° 579-2008-PA/TC, F.J. 25). El promover la iniciativa privada, la formalidad y rentabilidad empresarial como fin constitucional queda desvirtuado por la afectación -en su totalidad- del derecho a gozar de una protección adecuada contra el despido arbitrario. Esto obedece a que cada bien constitucional debe interpretarse teniendo en cuenta el primer mandato de la Constitución -la defensa de la persona y dignidad-. Por lo tanto, no puede tratarse de una medida idónea. En este estado de cosas, se hace innecesario pasar al examen de necesidad; pese a ello, mencionaremos que condicionar la protección al despido arbitrario a una jornada mínima laboral no es la única medida con la que el Estado podría promover la economía del país.

En sentido contrario, las reflexiones expuestas podrían llevarnos a pensar que se trata de una norma diferenciadora. Sin embargo, ha de tenerse en consideración que estas tienen por finalidad situar a las personas en un plano de equivalencia. Por ende, toda diferenciación debe sustentarse en una intencionalidad legítima, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien constitucional, a la luz de la moral y los valores del derecho. Consecuentemente, la noción de igualdad no contraría a normas diferenciadoras, siempre que quede acreditada:

i) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; ii) una finalidad específica; iii) la existencia de razonabilidad, desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; iv) la existencia de proporcionalidad, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y v) la existencia de racionalidad, coherencia entre los supuestos de hecho el medio empleado y la finalidad que se persigue. (Tribunal Constitucional [Perú], 2004)

En el caso *sub examine*, estos requisitos que no se llegan a satisfacer en razón de que entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial no existe una situación de hecho que haga relevante tal diferenciación, al extremo de justificar la privación de protección contra el despido arbitrario. La única diferencia es la jornada de trabajo, que solo incide en el monto de la remuneración, sin que ello afecte responsabilidades, derechos y obligaciones propios de la relación laboral; no tiene una finalidad específica constitucional destinada a equiparar condiciones

¹⁷ La proporcionalidad implica evaluar si la mayor satisfacción de uno de los principios -el Estado orienta el desarrollo del país- justifica la limitación o restricción del otro -protección contra el despido arbitrario-. Este test se desarrolla a través de tres subprincipios: idoneidad; necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

desiguales, lo cual hace que carezca de razonabilidad desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; no existe proporcionalidad entre a la finalidad económica que persigue con la afectación de derechos que produce -el TC ya ha dejado sentado que los tratamientos diferenciados tienen el objeto de promover la igualdad real de oportunidades y no la vulneración de derechos-, y finalmente, no constituye una medida racional al colocar en situación de desventaja a la parte más vulnerable de la relación laboral.

Recordemos que la regulación de un tratamiento legislativo diferente debe perseguir un “resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho” (Tribunal Constitucional [Perú], 2004), susceptible de ser apreciado a la luz de la finalidad que se persigue.

El espíritu de la norma fundamental busca garantizar el ejercicio de los derechos laborales y proteger contra el despido arbitrario a todos los trabajadores sin exclusión alguna. De no ser así, lo hubiese previsto de modo explícito, tal como lo ha hecho, por ejemplo, al señalar que a los funcionarios del sector público que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, no les corresponden los derechos de sindicación y huelga.

Incompatibilidad con los principios que sustentan a un Estado social y a una economía social de mercado

En un Estado social, los derechos fundamentales adquieren plena eficacia, toda vez que estos no solo son derechos subjetivos, sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales (Tribunal Constitucional [Perú], 2017, STC Exp. N° 00474 2016-PA/TC, F.J. 12). Dichos valores deben estar canalizados a que la persona no solo cuente con una serie de seguridades y protecciones respecto a sus derechos, sino la satisfacción de necesidades derivadas del status económico social que ocupa (Tribunal Constitucional [Perú], 2005, STC Exp. N° 03208-2004-AA/TC, F.J. 3).

Esto quiere decir que cuando el Estado se abstiene de concretar las exigencias que le implanta el ordenamiento jurídico en relación con los derechos económicos y sociales, incumple con los deberes de respeto y garantía. En tal sentido, el Estado se encuentra en la obligación de salvaguardar los valores constitucionales de dignidad y justicia, no solo tutelando el derecho al trabajo -que en cuanto a su contenido esencial comprende el derecho a no ser despedido salvo por causa justa-, sino brindando una protección adecuada frente al despido arbitrario.

Desde otro ángulo, conforme al texto fundamental, el Estado orienta el desarrollo del país bajo un régimen de economía social de mercado. Conviene distinguir que la economía no puede configurar un fin en sí mismo, sino una herramienta que está al servicio de la persona, debiendo estar regida que por la justicia y caridad como leyes supremas del orden social (Tribunal

Constitucional [Perú], 2003, STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, F.J. 12). Bajo este esquema, cualquier medida que adopte el Estado con la finalidad de estimular la creación de la riqueza, regular y supervisar el funcionamiento del mercado, no puede tener en cuenta solo la supuesta eficiencia de un mercado, sobreponiéndose a derechos y principios constitucionales.

Afirmar lo contrario, significaría desconocer al principio de unidad, el cual concibe a la Constitución como un todo unitario y armónico y no como átomos desprovistos de interrelación que podrían comportar conclusiones incongruentes ((Tribunal Constitucional [Perú], 2003, STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, F.J. 5). Es por esta razón que resulta irracional querer pretender justificar la privación de la protección contra el despido arbitrario a los trabajadores contratados a tiempo parcial, bajo el argumento de ser una medida que favorece el desarrollo del país. En rigor, la exigencia de una jornada mínima laboral como condición para el disfrute de dicha protección resulta incompatible también con los principios que sustentan una economía social de mercado.

Respecto a los daños y perjuicios

En una relación laboral, todo trabajador asume responsabilidades, cuyo cumplimiento defectuoso o incumplimiento, ya sea por dolo o culpa, pueden causar daños materiales o inmateriales a la empresa o institución para la que presta servicios. En tal situación, el empleador tiene la potestad de despedir a los trabajadores en forma justificada (Republica de Perú, 1997, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, art. 24 y 25) y, de ser el caso, de demandar una indemnización por el daño causado. Incluso la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 775-2005 ha establecido como criterios para su procedencia:

- i) la acreditación de los daños y perjuicios causados al empleador derivados de la comisión de la falta grave; ii) la demostración que la falta grave cometida es causa de los daños y perjuicios; y iii) la prueba del perjuicio económico que causa al empleador por los daños y perjuicios, sea consecuencia de la falta grave cometida.

Sin objetar que -por justicia- al empleador le asista el derecho a reclamar una indemnización por daños, resulta paradójico cómo en este caso no se ha realizado distinción entre los trabajadores contratados a tiempo completo y a tiempo parcial, como sí se ha hecho en torno a la indemnización por despido arbitrario, pese a constituir un menoscabo, detrimento, afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado por el texto constitucional.

El daño puede acarrear, en toda relación laboral, independientemente de la jornada de trabajo, pues en ella se gestan responsabilidades, derechos y obligaciones. Por ello, resulta razonable y exigible que, si al empleador se le otorga la facultad de reclamar indemnización por daños ocasionados por el trabajador, a este también le asista la potestad de reclamar una indemnización por daños, producto de un despido arbitrario, que en atención al principio protector impone la necesidad de tutela y resarcimiento a la víctima.

Inclusive la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que en casos de despido incausado y fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición y el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, al quedar acreditados los elementos de la responsabilidad civil: i) daño, ii) antijuricidad, en el cese de la relación laboral por causa no prevista en ley; iii) nexo de causalidad entre el hecho que genera un daño -despido- y el perjuicio producido -pérdida de su fuente de ingresos-; y iv) factor atributivo de responsabilidad, que va a responder por los daños ocasionados, así como por la inejecución de las obligaciones (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia [Perú], 2017, Casación N° 3289-2015, F.J. 9).

Asimismo, también ha estimado que la indemnización abarca: i) el daño emergente, ocasionado por menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera patrimonial, al no percibir remuneraciones, ii) lucro cesante, al dejarse de percibir ganancias futuras a casusa del daño y iii) daño moral, producto de afectación psicológica, cuya aflicción incide en todos los planos de su vida personal, familiar, afectiva e íntima, que sin duda trae consigo un vacío existencial difícil de suplir o sustituir, acreditado con la conducta antijurídica del empleador al dar por terminado el vínculo laboral (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia [Perú], 2017, Casación N° 3289-2015, F.J. 9).

Lo anotado nos permite sostener que la jornada de trabajo no puede constituir un elemento fundante sobre el cual pueda excluirse el principio constitucional de protección adecuada frente al despido arbitrario, que sin lugar dudas incide en la esfera patrimonial, personal y familiar del trabajador, a causa del ejercicio arbitrario del derecho a la libertad de contratación del empleador -en su aspecto negativo-.

6. CONCLUSIONES

El trabajo constituye un bien necesario para la obtención de una vida digna y la clave esencial de toda cuestión social, cuyo contenido esencial entraña el derecho a la estabilidad laboral y a la protección contra el despido injustificado, ya sea a través de la reposición laboral o el pago de una indemnización.

Sin embargo, pese a que la Constitución Política del Perú garantiza una protección adecuada contra el despido arbitrario, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha establecido que para el despido de un trabajador que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador es indispensable la existencia de causa justa prevista en la ley, dejando sin protección a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Los estándares del derecho internacional vislumbran una progresiva preocupación por el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral y a la protección adecuada frente al despido

arbitrario, sin que el tiempo de la jornada de trabajo sea determinante para la tutela de los derechos laborales en la terminación de la relación de trabajo.

En tal sentido, el principio protector evidencia que el no proteger al trabajador a tiempo parcial contra el despido injustificado dota de un poder ilimitado al empleador, que termina reflejando una absoluta disparidad, en perjuicio de la parte más vulnerable de la relación laboral.

Asimismo, bajo el análisis del principio-derecho de igualdad, la jornada de trabajo constituye la única diferencia entre trabajadores contratados a tiempo completo y tiempo parcial, sin que ello se afecte responsabilidades, derechos y obligaciones dentro de la relación laboral; tal diferenciación no es relevante al extremo de justificar la privación de protección contra el despido arbitrario, ni es una medida que comprenda una finalidad específica constitucional destinada a equiparar condiciones desiguales, al contrario, termina por colocar en situación de desventaja al trabajador.

En sentido último, cualquier medida que tenga por finalidad impulsar el desarrollo económico de país y hacer atractiva la inversión privada, debe quedar enmarcada dentro de los principios y parámetros que sustentan a una economía social de mercado, los cuales giran en torno al respeto de los derechos fundamentales y bienestar común.

Finalmente, en la vocación tuitiva del Estado por la parte más débil de la relación laboral subyace el principio de centralidad del ser humano; en tal sentido, resulta necesario un cambio legislativo que garantice una verdadera protección adecuada frente al despido arbitrario a todos los trabajadores, cualquiera fuese su modalidad de contratación laboral, sin que por razones de eficiencia de mercado desconozca la protección contra el despido arbitrario.

7. REFERENCIAS

- Arce Ortiz, E. (2008). El “Laberinto Normativo” del Contrato a Tiempo Parcial. *Revista Derecho & Sociedad*, 30, 121-131.
- Blancas Bustamante, C. (2015). *Derechos fundamentales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra.
- Franco García, D. (2018). *Estabilidad laboral reforzada. La maternidad y la discapacidad ante el derecho*. Arequipa: Fondo Editorial Universidad Católica San Pablo.
- Franco García, D. (2016). Análisis de la estabilidad laboral reforzada como garantía al derecho al trabajo y a no ser despedido por razón de maternidad o discapacidad en el Perú, legislación y jurisprudencia, 2016. (Tesis inédita de Licenciatura en Derecho). Universidad Católica Santa María, Arequipa.
- Franco García, D. (2013). La protección del derecho al trabajo en el Perú en base a la experiencia colombiana en la legislación y jurisprudencia. *Principia Iuris*, 20, 327-350.

Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la constitución chilena. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458.

García Manrique, A. (2010). *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales Ramírez, L. (2013). Modalidades de contratación laboral. Lima: Soluciones laborales.

Gutiérrez Camacho, W. (director). (2015). La Constitución Comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku J. (2011). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (2005). Observación General N° 18: El derecho al Trabajo. U.N. Doc. E/C.12/GC/18.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Sentencia Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C N° 340.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1936). C052 - Convenio sobre las vacaciones pagadas.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1970). C132 - Convenio sobre las vacaciones pagadas.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1982). C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1982). R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1994). C175 - Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial.

Organización Internacional de Trabajo [OIT] (1994). R182 - Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial.

Pontificio Consejo "Justicia y Paz" (2005). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Lima: Epiconsá.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (adoptado en 1988; entrada en vigor en 1999).

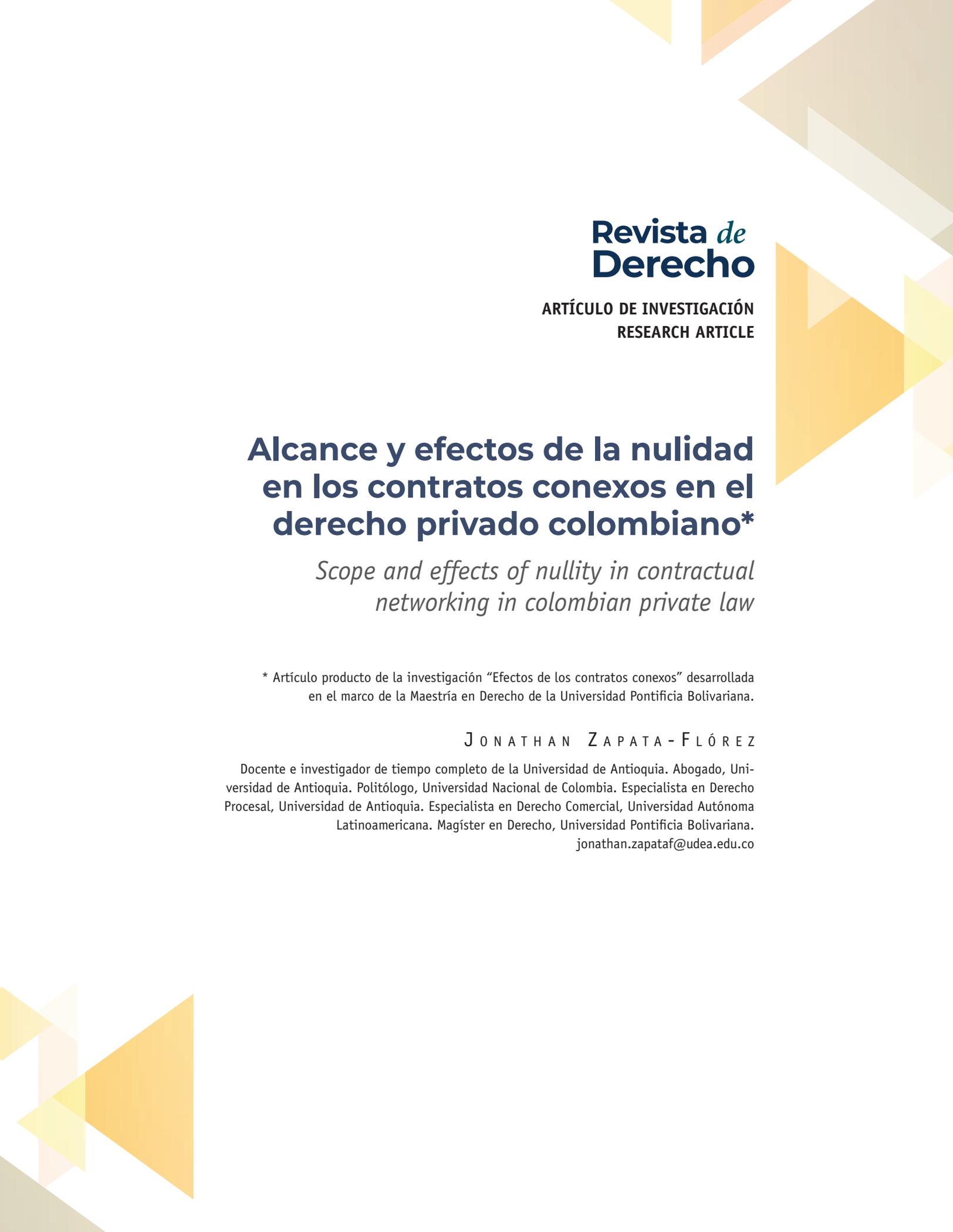
República de Perú (1979). Constitución Política del Estado peruano.

República de Perú (1991). Decreto Legislativo N° 713. Ley que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

República de Perú (1993). Constitución Política del Estado peruano.

República de Perú (1997). Decreto Supremo N° 001-97-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

- República de Perú (1996). Decreto Supremo N° 001-96-TR. Reglamento de Ley de Fomento al Empleo.
- República de Perú (1997). Decreto Legislativo 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú (2005). Casación N° 775-2005 Lima.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (2012). Casación N° 00007-2012 La Libertad.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú (2017). Casación N° 3289-2015.
- Tribunal Constitucional del Perú (1999). Sentencia N° 482-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (1999). Sentencia N° 673-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (1999). Sentencia N° 482-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (1999). Sentencia N° 555-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (1999). Sentencia N° 712-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2001). Sentencia N° 150-2000-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia N° 976-2001-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia N° 0008-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia N° 0018-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia N° 03208-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia N° 0008-2005-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia N° 03710-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2008). Sentencia N° 579-2008-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia N° 01604-2009-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia N° 02168-2008-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia N° 03052-2009-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2012). Sentencia N° 00263-2012-AA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú (2017). Sentencia N° 00474- 2016-PA/TC.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Alcance y efectos de la nulidad en los contratos conexos en el derecho privado colombiano*

*Scope and effects of nullity in contractual
networking in colombian private law*

* Artículo producto de la investigación “Efectos de los contratos conexos” desarrollada en el marco de la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

J O N A T H A N Z A P A T A - F L Ó R E Z

Docente e investigador de tiempo completo de la Universidad de Antioquia. Abogado, Universidad de Antioquia. Politólogo, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Procesal, Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana.
jonathan.zapataf@udea.edu.co

Resumen

Este artículo aborda la problemática del alcance del efecto de la nulidad en un contrato que se encuentra vinculado con otros a través de la conexidad. Se comienza con una caracterización de la contratación conexa; para continuar con el régimen de las nulidades de los negocios jurídicos privados en el ordenamiento jurídico colombiano y finaliza con el análisis y la propuesta sobre el efecto que despliega la nulidad sobre un sistema negocial complejo cuando se invalida uno de los contratos parte. Se pretende sistematizar los criterios de existencia de la conexidad contractual y exponer de los posibles efectos los concernientes a la validez de los contratos, por ser el panorama más problemático a la luz del principio de legalidad. Se concluye que la nulidad que afecta a un contrato ligado a una red contractual, solo puede extender su efecto en la medida que afecte la causa de la vinculación. Este escrito es el producto de una investigación cualitativa con un enfoque dogmático, de técnica documental especializada.

PALABRAS CLAVE

Causa supracontractual, contratación conexa, nulidad en la contratación conexa.

Abstract

This article discusses the effect of nullity in a contract that is linked to others in a contractual networking. It begins by characterizing the contractual network to continue with the regime of nullities in the Colombian private law system and ends by analyzing and proposing the effect that the nullity displays on a complex business system (contractual networking) when one of the part contracts is invalidated. The aim is to systematize the criteria for the existence of contractual networking and to expose the possible effects on the validity of contracts, since this is the most problematic scenario in light of the principle of legality. It is concluded that the nullity that affects a contract linked to a contractual network, can only extend its effect when it undermines the contractual networking cause. This writing is the product of a qualitative research with a dogmatic approach with a specialized documentary technique.

KEYWORDS:

Supra-contractual cause, contractual networking, nullity in contractual networking.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato como herramienta que permite el flujo patrimonial mediante el intercambio de bienes y servicios no es ajeno a la globalización económica, a la creación de redes de intercambio y al nacimiento de nuevas necesidades sociales (Plata, 2015; Gaviria, 2005)¹.

El contrato en las legislaciones decimonónicas fue diseñado en un contexto de insipientes modelos de producción y consumo; así, esta herramienta suponía la celebración de contratos individuales, aislados, negociados y regulados en detalle por las diferentes codificaciones tradicionales.

Sin embargo, en la actualidad, se observa una tendencia creciente a la celebración de múltiples contratos relacionados entre sí para la satisfacción de necesidades; este es el caso de la contratación conexa, es decir, contratos con una gran dependencia funcional y económica entre sí, de donde surge el problema jurídico frente a las nulidades: ¿puede la nulidad de un contrato vinculado a una red contractual afectar la validez de ese conjunto de contratos?

Es así como este artículo tiene como objetivo analizar el alcance del efecto de la nulidad en el contexto de la contratación conexa. Por lo tanto, se hará abstracción de otros elementos problemáticos en torno a la contratación conexa, que podrán ser objeto de estudio puntual en investigaciones posteriores como: el efecto en la red contractual del incumplimiento en uno de los contratos conexos; las acciones directas que pueden surgir dentro de esta forma de contratación; el interés asociativo-empresarial en la conexidad contractual; supuestos concretos de conexidad como el *leasing*, la fiducia, los paquetes turísticos y demás; la ineficacia estructural derivada de la inexistencia; la oponibilidad de la conexidad; la ineficacia funcional surgida de la resciliación, la revocación, la pérdida del objeto debido; entre otras.

Este artículo es el producto de una investigación cualitativa con un enfoque dogmático, de técnica documental especializada. La metodología empleada permitió la identificación de bi-

¹ Luis Carlos Plata (2005) observa que la visión netamente jurídica del contrato se ha limitado a entenderlo como un sustrato formal exclusivo de la legislación; pero desde un punto de vista social y económico, su función es permitir la interacción económica entre diversos agentes para prever conductas, dar seguridad a las transacciones económicas y generar confianza en el mercado. Juan Antonio Gaviria (2005) en un estudio del contrato de concesión mercantil analiza que a través de los contratos se amplían los mercados y se aumentan las operaciones económicas. Esta es la visión aportada por el Análisis Económico del Derecho, donde se observa que para el *Law and Economics* las personas actúan de acuerdo con intereses particulares, donde el contrato no es más que una transacción económica (Benetti, 2010). Bernal Fandiño (2015) resalta que el contrato puede ser concebido como una herramienta de intercambio en el mercado que tiene finalidades económicas y puede ser abordado con las teorías de la economía. Coase (1937) concluye que la contratación, como operación económica, será eficiente en la medida que los beneficios sean mayores que los costos.

bliografía especializada, la articulación entre los textos hallados y su lectura contextualizada en los ámbitos jurídico, económico y social.

El texto comienza con una caracterización de la contratación conexa (sus orígenes, naturaleza y características), continúa con el régimen de las nulidades de los negocios jurídicos privados en el ordenamiento jurídico colombiano y finaliza con el análisis y la propuesta sobre el efecto que despliega una nulidad sobre un sistema negocial complejo, cuando se invalida uno de los contratos parte².

2. LA CONTRATACIÓN PRIVADA CONTEMPORÁNEA: LA CONTRATACIÓN CONEXA

Abordar el tema de la contratación privada contemporánea parte inexorablemente de contrastarlo con las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han denominado como contratación privada clásica. Para ello se limitará el ámbito de estudio al contrato, ya que como observa Hernán Valencia (2008), este tipo de negocio jurídico es trascendental, dado que es la fuente de obligaciones por excelencia.

La concepción clásica del contrato encuentra su génesis en la legislación civil que lo regula de forma originaria, para nuestro caso el Código Civil colombiano. El derecho común, como también es denominado el derecho civil, es la base de las reglas que regulan las relaciones privadas de contenido patrimonial. Este cuerpo normativo está dividido en cuatro libros: el primero abarca las reglas sobre las personas, el segundo de los bienes, el tercero de la sucesión, en el cuarto se despliega la normativa sobre las obligaciones y los contratos.

² En el desarrollo del texto se advertirá la tendencia a construir en el mundo económico y del consumo sistemas contractuales complejos, que no pueden ser abordados desde los tradicionales esquemas dogmáticos, ya que hacerlo, devendría en la lesión de intereses de las partes contratantes. Las instituciones jurídicas, como el negocio jurídico o la nulidad, deben ser leídas y aplicadas en contexto, lo cual permitirá que estén más cercanas a las realidades que pretenden regular y ser más efectivas a la hora de resolver los conflictos interpersonales de intereses. El tema y problema son pertinentes en la medida que permiten tomar estos conceptos jurídicos tradicionales y transversales al derecho para examinarlos en un escenario moderno. Se hace útil estudiar la innovadora teoría de la contratación conexa, ya que en nuestro contexto nacional muy poco se ha dicho al respecto, y la teoría del negocio jurídico se sigue limitando al estudio particular del contrato formal, único, aislado, negociado y regulado en detalle en las diferentes codificaciones, pero que en la realidad económica se ha convertido en la excepción a la regla. Las nuevas dinámicas económicas exigen nuevas visiones del contrato, que puedan dar respuesta a las realidades jurídico-económicas del país; por ejemplo, en el escenario de las operaciones con tarjetas de crédito, en el paquete turístico, en el *leasing*, en la fiducia, ¿cuál sería el efecto de la nulidad en uno de los contratos que configuran ese sistema contractual complejo sobre toda la red contractual?, ¿podría afirmarse razonablemente que todos los demás contratos pueden producir sus efectos jurídicos?, ¿están los agentes contratantes en la obligación legal de cumplir con sus prestaciones pese a la nulidad?

El artículo 1494 del citado código establece las fuentes de las obligaciones, esto es, el deber que surge para una persona de ejecutar a favor de otra determinada conducta (González, 1981). Entre estas fuentes encontramos el contrato, regulado en el artículo 1495 en los siguientes términos: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”³. Esta concepción legal no ha sido exenta de múltiples análisis y críticas; la primera de ellas, y la más clara, es que nuestra legislación civil confunde convención y contrato.

Guillermo Ospina y Eduardo Ospina (2000), entre otros estudiosos de la teoría del contrato, son enfáticos en la necesidad de diferenciar entre negocio jurídico, convención y contrato: el negocio jurídico es el género, a través del cual declaraciones de voluntad buscan producir un efecto jurídico, que puede ser de crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligacional; dichos negocios jurídicos pueden ser unipersonales o convencionales, de estos surge el concepto convención, que implica el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligacional); el contrato, por su parte, es una especie de negocio jurídico convencional que tiene como único objetivo crear obligaciones.

La concepción del contrato que se adoptó en la modernidad fue producto de la evolución histórico-jurídica. En el antiguo derecho romano no existía un concepto de contrato como categoría jurídica general y abstracta, ya que la naturaleza casuística y jurisprudencial de tal ordenamiento no perseguía ese fin; es así como a través de la experiencia y el intercambio se fueron desarrollando tipos contractuales concretos (Valencia, 2008).

En ese sentido Valencia (2008) resalta cómo el ordenamiento jurídico romano se encargaba de regular unas concretas relaciones sociales, y la antigua jurisprudencia, completamente empírica, a medida que se iba aplicando a casos similares comenzó a formar las primeras reglas, las primeras categorías jurídicas, los iniciales principios generales del derecho.

El concepto de contrato que sobrevive a nuestros días no es propiamente proveniente de la Roma antigua. Carlos Alberto Soto (2009) aclara que tal concepto corresponde a una construcción dogmática posterior a la época del Imperio romano. Indica el autor que en el antiguo

³ El Código Civil francés de 1804, del cual se causa, dispone en su artículo 1101: *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

Tras la reforma de 2016 de este cuerpo normativo se redefine el concepto de contrato, para indicar que es un acuerdo de voluntades que busca crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones; en su texto original: *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.*

derecho romano existían convenciones en lugar de contratos, y aquellas suponían que una parte hacía o daba algo para recibir su equivalente de otra parte.

Soto (2009) analiza que el contrato como acuerdo de voluntades es producto de la confluencia de varias corrientes de pensamiento: el derecho romano, el derecho canónico, el voluntarismo jurídico, la escuela del derecho natural y los postulados del liberalismo clásico⁴. Son todas estas fuentes las que definen los procesos de codificación de la edad moderna.

En el siglo XIX los países de Europa continental plasmaron en compendios normativos su derecho, siendo Austria y Francia las primeras naciones en expedir códigos como se conciben actualmente. El *Code civil des français* o Código Civil francés, elaborado por directrices de Napoleón, fue de gran influencia para Europa y América. Este código consagró los principios burgueses de la propiedad, la institución de la familia nacida a través del contrato civil y el principio de la autonomía de la voluntad para crear obligaciones (Mayorga, 1991).

De Europa se traslada este modelo a la América emancipada de la corona española. Fernando Mayorga (1991) indica que, para el caso colombiano, en 1856 el político y profesor Manuel Ancizar Basterra se comunicó con Andrés Bello, solicitándole el código civil que este elaboró para Chile con base en el *Code civil des français*, ya que los Estados federados tenían la obligación de darse su propia legislación civil y penal.

Para marzo de 1857 ya estaban en nuestro país cuatro copias del Código Civil chileno, que fue siendo adoptado con algunas variaciones por los subsecuentes estados federados constituidos y por el Gobierno de la Unión. Posteriormente, vigente la Constitución de 1886, se unifica la legislación en la nacida República de Colombia, que adopta el Código Civil de la Unión de 1873 para todo el territorio nacional. Norma vigente a nuestros días, que es una versión muy cercana a la obra original de Andrés Bello (Hinestrosa, 2006).

Es así como nuestro Código Civil asumió la visión voluntarista del derecho francés aplicada al contrato, que es nuestro objeto de estudio. No obstante, el derecho como construcción social

⁴ Del derecho romano parte el concepto de convención, como ya se anotó; del derecho canónico se adopta la doctrina de que el consenso es un valor fundamental en todo acto negocial, se impone así el deber de cumplir la palabra comprometida y el deber de veracidad en cualquier tipo de relación humana; del voluntarismo jurídico surge el principio de voluntad como presupuesto del deber, quien se obligase entonces, lo hacía por su mera voluntad; de la Escuela de Derecho Natural Moderno con Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, denominados padres del consensualismo contractual, se sanciona el aforismo jurídico *solus consensus obligat* (“El solo consenso obliga”); con el liberalismo clásico, natural a la Revolución francesa, se aporta a la teoría del contrato los principios de igualdad de las partes, libertad individual y autonomía de la voluntad (Soto, 2009).

no es ajeno a los sucesos históricos que han afectado al contrato como expresión del ejercicio de la voluntad.

De ahí que la Corte Constitucional expone cómo la otrora reforzada autonomía de la voluntad se ve actualmente limitada no solo por el orden público, sino por factores económicos modernos que alteraron las formas de negociar y celebrar contratos (Sentencia C-660 de 1996).

El principio de la autonomía de la voluntad privada es la base de todo el derecho privado que encuentra su origen teórico moderno en la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII a XIX (Pérez Gallardo, 1999). Como concepto filosófico supone que toda persona es libre para determinar su propio modo de existencia y decidir sobre la forma de relacionarse con las demás personas. La autonomía de la voluntad, en el ámbito contractual, es precepto de la creación libre de relaciones jurídicas obligacionales, generalmente manifestadas a través del contrato.

Se tiene entonces que “la noción de la autonomía de la voluntad, [...] es la facultad concedida a las personas, dentro de ciertos límites, de celebrar negocios jurídicos y crear con ellos los efectos que deseen” (Larenz, 1956, p. 64).

El Código Civil colombiano consagra este principio en el artículo 1602, que sanciona: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Se observa, entonces, la facultad dada a los particulares de celebrar negocios jurídicos dentro de ciertos límites legales⁵.

La autonomía de la voluntad se expresa en dos libertades básicas: la libertad de contratar, que se traduce en el derecho otorgado por el ordenamiento jurídico para que los particulares opten por celebrar o no negocios jurídicos y, de hacerlo, escoger a su parte homóloga; y la libertad contractual, que es la potestad de los particulares de determinar el contenido del negocio jurídico, es decir, esas cláusulas que individualizarán al contrato, que determinarán su objeto, sus prestaciones, su ejecución, entre otras (Soto, 2005).

Este principio conserva su vigencia en la actualidad, pero se ve altamente constreñido por las nuevas formas de negociación y contratación, así como por los nuevos tipos contractuales que surgen de las dinámicas económicas, lo cual ha incidido en la contratación privada, denominándose esta como contratación privada contemporánea.

⁵ La libertad individual es un derecho de rango constitucional. Pueden observarse los artículos 1º, 2º y 33º de la Carta Magna. Este último, especialmente, consagra la iniciativa privada libre y ordena al Estado impedir que se obstaculice la libertad económica.

Actualmente, la contratación entre agentes privados ha sufrido una fuerte influencia de la actividad económica, donde la producción industrial, dinamizada en las últimas décadas por la circulación de capital en el ámbito global a través del mercado, se ha concentrado en encontrar nuevos consumidores y centros de producción; para lo cual requiere un intercambio libre y espontáneo, el cual es incompatible con las estructuras contractuales inflexibles de otrora (Zapata, 2015).

El mercado está basado en el intercambio, donde se generan fuertes tensiones en los ámbitos jurídicos y políticos. La producción y distribución exigen nuevas formas de organización política y social que se adecue a las necesidades de la economía de mercado (Prieto, 1996). La economía de mercado, entonces, se caracteriza por la necesidad de un intercambio de bienes y servicios sin mayores trabas jurídicas o políticas (Mosset y Soto, 2009).

En este contexto, los contratos también tienen una fuerte relación con el mercado. Se ha propuesto entender el mercado como un “conjunto de contratos” (Cuevas, 2004, p. 23), que tienen el fin de servir como medio de intercambio de los derechos de propiedad.

Frente a la relación mercado y contratos, Galgano (2005) expresa que en la actual etapa de la historia la ley ha quedado rezagada frente a las necesidades de intercambio. Es así como su lugar ha sido ocupado por el contrato, que a través de figuras atípicas y uniformes resulta más eficiente y adecuado a la economía global. De suerte tal que en las últimas décadas el contrato estandarizado ha sido la respuesta que la modernidad ha impuesto “al tráfico jurídico para el acceso rápido y eficaz a la prestación de bienes y servicios” (Largo, 2012, pp. 13-14).

La masificación de productores y consumidores ha devenido en tipos contractuales novedosos y flexibles. La tipicidad ha alcanzado un punto crítico, producto de las necesidades de la actividad económica. Concluye Lorenzetti (1996) que el modelo propuesto por el “legislador decimonónico”, en extremo detallista y rígido, producto de la economía de su tiempo, ha sido sustituido por la voluntad privada, la legislación especial y la costumbre que está a la vanguardia de la innovación contractual.

En las relaciones económicas actuales los contratos extensos que pretenden regular cada eventualidad, bajo el modelo de los códigos civiles del siglo XIX, han sido reemplazados por contratos menos “exhaustivos” y “detallistas”, pero efectivos a la hora de impulsar el intercambio económico. El mercado y la voluntad de las partes han permitido que la autonomía de la voluntad supere el detalle y la casuística de los códigos (Lorenzetti, 1996).

El principio económico de la eficiencia, esto es, maximizar el beneficio extraído de un recurso escaso (Mankiw, 1998-2002), supone que los contratos deben minimizar los costos de negociación y transacción (Alterini, 1998). La contratación supone costos en todas sus etapas: precontractuales, como el de identificación de las partes, reunión y negociación; contractuales,

principalmente el costo de ejecución; postcontractuales, como lo puede ser una demanda por incumplimiento. Lo que implica, según el análisis económico del derecho, que un derecho contractual es eficiente cuando disminuye los costos de transacción y prevé las posibles contingencias (Polinsky, citado en Soto, 2005, p. 32)

De esta forma, se encuentra que la contratación contemporánea se distingue por ser masiva, predispuesta y estandarizada, donde al contrato negociado se le ha sobrepuesto el contrato por adhesión, ya que de esta forma el intercambio se agiliza y los costos de transacción se reducen. Las etapas de negociación son aligeradas e incluso eliminadas bajo la necesidad de la eficiencia.

De este modo, el tráfico moderno de bienes y servicios se acelera a través de: a) los contratos de adhesión, donde el predisponente, de forma unilateral, establece todo el clausulado del contrato, y al adherente solo le queda la posibilidad de aceptar o no la oferta de forma integral; b) las cláusulas generales de contratación, donde el contenido del contrato es precisado *a priori*, buscando regular una “serie indefinida de futuros contratos particulares”; c) los contratos de hecho, donde a través del comportamiento se manifiesta la voluntad y se forma el consentimiento, como sucede en las grandes cadenas de almacenes; d) la oferta al público y oferta a los consumidores servida a través de los medios de comunicación; e) los contratos de consumo, ordenamiento especial que regula las relaciones proveedor-consumidor; f) los contratos conexos, “unión o enlace de dos o más tipos contractuales que persiguen un fin común” (Soto, 2005, pp. 40-56).

Estas formas actuales de contratación⁶, surgidas de la coordinación entre autonomía de la voluntad y necesidades del mercado, ha generado lo que la doctrina denomina como contratación conexa⁷, que es expresión última del quiebre del paradigma del contrato único y aislado delineado en los códigos tradicionales.

La conexión contractual se presenta cuando dos o más contratos diferentes “presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa” (López 1994, p. 243). En este sentido, “varios contratos constituyen un todo unitario desde el punto de vista de la finalidad perseguida por el negocio en su conjunto”

⁶ Contratos atípicos son “aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social, y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del Derecho” (sic) (Chuliá y Beltrán, 1999, pp. 11-14).

⁷ Otras formas de referirse a ella son como contratación coligada, contratación vinculada, contratos recíprocos, red de contratos, sistema negocial complejo, conjunto de contratos, entre otros, que dan la idea de unión y sistema contractual. Al respecto se puede consultar a Ana López Frías (1994), Ricardo Luis Lorenzetti (1996), Susana Gueiler (2000), Jorge Suescún Melo (2005), Sandra Eliana Cataño y Luz María Wills (2016).

(Gueiler, 2000, p. 123). La vinculación entonces se da a través de un objetivo económico común (Pizarro y Guzmán, 2007).

Se tiene entonces que la eficacia económica se condiciona a la coordinada interacción de un conjunto de contratos que se relacionan entre sí, por disposición de las partes o por la naturaleza misma de estas herramientas jurídicas. De hecho, “es cada vez menos frecuente que un contrato despliegue aisladamente sus efectos, sin depender o relacionarse, con otro u otros contratos” (Álvarez, 2008, p. 162).

La complejidad del proceso de producción y distribución, y la necesidad de circulación de los bienes y servicios, han promovido la necesidad de crear agrupaciones y redes. La agrupación es un fenómeno social que ha trascendido al ámbito de los negocios jurídicos, con repercusiones en su formación y eficacia. En el mercado prosperan las agrupaciones de empresarios y consumidores, en el ámbito contractual prosperan las conexiones de contratos (Álvarez, 2008); las redes contractuales o contratos conexos se caracterizarían por la vinculación de un número plural de contratos autónomos, celebrados para alcanzar un objetivo común (Lorenzetti, 1998).

La autonomía de la voluntad permite que los particulares celebren varios contratos (típicos o atípicos, negociados o predispuestos) que estén vinculados entre sí, donde la contratación conexa, como manifestación de las transformaciones en la contratación contemporánea, supone la celebración de múltiples contratos entre sujetos distintos, cuya unión busca que se logre una única finalidad socioeconómica, con lo cual se supera el paradigma del contrato único y aislado, ya que se evoluciona a un “sistema negocial complejo integrado por una red de acuerdos contractuales vinculados” (Cataño y Wills, 2016, p. 62).

Los primeros estudios sobre este fenómeno contractual se remontan a 1930 en Italia con lo denominado por Nicolò en su texto *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario* como *collegamento negoziale* o *negozi giuridici collegati* (Mosset Iturraspe, 1999).

En Italia actualmente no existe legislación especial al respecto, pero la teoría de la contratación conexa ha sido consolidada por la doctrina y la jurisprudencia de ese país. Se tiene entonces que para los juristas italianos existe un coligamento negocial cuando con el objetivo de alcanzar un resultado económico determinado, las partes celebran dos o más contratos diferentes que comparten un nexo común, que de verse afectado produce una “posible repercusión (unilateral o recíproca) de las vicisitudes que afecten a cada uno de los convenios celebrados sobre los demás” (López, 1994).

La jurisprudencia de dicho país no ha sido ajena a reconocer la existencia de contratos vinculados entre sí, llegando a concluir, según López (1994), que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden dar vida a diversos contratos, distintos entre ellos, pero coligados

entre sí, a través de su función, de modo que las “vicisitudes” como las condiciones de validez y ejecución que afectan a uno pueden repercutir en los otros.

Para el año 1975 se publica en Francia el libro *Les groups de contrats* de Bernard Teyssié; para esa misma época Gabet-Savatier desarrolla el tema de la *connexité* en las obligaciones y contratos y Viney analiza *une chaine de contracts* o la “cadena de contratos” (Mosset Iturraspe, 1999, p. 15). Teyssié plantea que un grupo de contratos se forma cuando varios de ellos participan de un fin igual, es decir, tienen un objetivo común, es así como cada contrato tiene una causa individual, pero existe una razón económica y jurídica que se constituye en su fin común (Teyssié, 1975).

Frente a los efectos jurídicos de la vinculación, Teyssié observa que en los contratos vinculados influyen unos en otros los requisitos para la validez y ejecución, en tanto que la ineficacia de un contrato vinculado podría afectar la eficacia de los demás (Álvarez, 2008).

Teyssié (1975) señala que el fenómeno de la conexidad deviene de la complejidad actual en los procesos de producción global, generada a partir de la especialización de los agentes económicos, la circulación masiva de bienes y servicios, y la ampliación del radio de acción de las empresas. Concluye manifestado que el derecho evoluciona con las transformaciones económicas de la sociedad.

Existen múltiples eventos contractuales que se pueden enmarcar dentro de este sistema negocial complejo (Cataño y Wills, 2016). A modo de ilustración puede observarse las operaciones con tarjetas de crédito donde confluyen por lo menos cuatro negocios jurídicos que tienen como fin supracontractual facilitar la adquisición de bienes y servicios a través del sistema financiero; el contrato de paquete turístico, donde concurren contratos de transporte, alojamiento y receptivos; el contrato de fiducia inmobiliaria, donde hay múltiples contratos con prestaciones de dar, hacer y no hacer; el contrato de *leasing*; el contrato de franquicia; el transporte multimodal; entre otros.

Todos estos contratos, como ya lo había observado la jurisprudencia italiana y el francés Bernard Teyssié, conservan su individualidad (cumple cada uno con una causa y un objeto particular), sin embargo, cada uno existe en dependencia con los demás, ya que todo el conjunto busca lograr una causa económica de tipo global⁸.

⁸ Un sector de la doctrina distingue dentro de la unión de contratos a la “red de contratos” y a las “cadenas de contratos”. En el primero existiría un sujeto encargado de la operación negocial que organiza múltiples contratos para alcanzar una finalidad; este sería el caso de la franquicia y de la subcontratación; en el segundo hay un fin de producción y distribución de bienes y servicios, que sería el caso de las relaciones de consumo (Esborraz, 2012, pp. 111-163). Al respecto se puede consultar a Bernard Teyssié en su obra *Les groupes de contrats*.

Esta causa contractual común a todos los contratos vinculados o finalidad supracontractual, como es definida por Lorenzetti, condiciona la interacción entre los instrumentos, su grado de interdependencia y su vinculación funcional. Es una causa económica, por lo tanto objetiva, que se constituye en la razón de la unión. López Frías (1994) la denomina como una “finalidad socioeconómica del conjunto de contratos” (pp. 278-279), como una única causa, que es diferente a la causa de cada contrato individualmente considerado.

Adela Seguí (1999), doctrinante argentina, respecto a esta causa supracontractual señala que ella “constituye la razón de ser de la unión de varios contratos en un sistema” (p. 7), por consiguiente, “habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual” (pp. 6-7).

La causa supracontractual permite desligar la conexión de otros elementos contractuales inmersos en ella, pero que no la cualifican. Es así como la conexidad no se determinaría por el instrumento, los sujetos, el objeto o el tiempo de celebración del contrato; esta conexidad solo se verifica a través de la causa supracontractual (Zapata, 2015, p. 14).

Para el derecho civil, el estudio de la causa de los actos y negocios jurídicos no ha estado exento de discusiones. Cabe simplemente recordar las diferencias entre causalistas y anticausalistas y la opción que tomó la legislación civil alemana, suiza y polaca de prescindir conscientemente de la causa como elemento jurídico de existencia de los negocios jurídicos (Tamayo, 2008).

Bernal Fandiño (2006), siguiendo la legislación y la doctrina francesa, hace un recuento de los múltiples conceptos de causa como el hecho generador de un acto, desde la causa eficiente; el fin perseguido por las partes, desde la causa final; además de la teoría clásica de la causa que la relaciona con la obligación y la causa del contrato que se relaciona con su licitud (elemento de validez)⁹.

⁹ En los últimos años, la Corte de Casación francesa ha usado la causa como medio de equilibrio y coherencia contractual (Bernal Fandiño, 2006). Sin embargo, el 1° de octubre de 2016 entró en vigencia la reforma al Código Civil francés, que entre sus modificaciones eliminó de su redacción a la causa como elemento de validez de los contratos. El actual artículo 1128 señala que *Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain*. Donde se establece que para la validez del contrato es necesario el consentimiento, la capacidad y un contenido lícito y cierto.

El antiguo artículo 1108, del original texto que data de 1804, consagraba como elementos de validez del contrato el consentimiento, la capacidad, el objeto cierto, la causa lícita. En su texto original: *Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.*

Sin embargo, el “nuevo causalismo”, con Henri Capitant (1922) como principal exponente sugiere que toda persona que se obliga lo hace por un fin, donde la obligación no es más que un medio para alcanzar un objetivo económico, y este hace parte integrante de la obligación y del contrato. Es así como quien se obliga lo hace para alcanzar una finalidad económica práctica.

Nadie promete, dispone o renuncia por realizar un acto que es fin en sí mismo. La causa está relacionada a un interés objetivo, que no es más que el negocio cumpla con una función económica (Betti, 1959). Es en este sentido que debería interpretarse la causa de los contratos conexos; dicho interés económico global condicionará este sistema negocial complejo¹⁰, por lo tanto, todo hecho que afecte a la operación económica global puede tener efectos sobre el sistema contractual en su conjunto.

Bianca (2007) sostiene que la causa es el interés que se busca satisfacer a través de una operación contractual; así, mientras el objeto hace referencia al contenido contractual, la causa se refiere al interés, la necesidad que se busca satisfacer. El autor, luego de hacer un recuento sobre las diversas teorías de la causa, aborda el tema de la coligación negocial. Con base en la sentencia italiana de Casación 1007 del 12 de febrero de 1980, resalta que para la jurisprudencia de dicho país hay coligación cuando existe un nexo de mutua dependencia entre dos o más contratos, donde todos ellos siguen una misma suerte¹¹.

Se tiene entonces como requisitos de la conexidad contractual: a) la pluralidad de contratos; b) la heterogeneidad entre ellos; c) la existencia de una causa económica supracontractual (Segui, 1999).

Una revisión de la jurisprudencia colombiana evidencia cómo en 1938 se hizo un primer acercamiento al tema de la vinculación de contratos en la Corte Suprema de Justicia. La sentencia del 31 de mayo de 1938 trata el tema de la “unión de contratos”, que se explicaría a través de la intención de las partes de unir diferentes contratos estableciendo entre ellos una reciprocidad. Esta intención podría ser expresa o tácita, donde esta última se concluye de las relaciones económicas entre los contratantes.

En la sentencia del 25 de marzo de 1941 se hace explícito cómo la Corte aceptó la doctrina de la unión de los contratos; retoma entonces el concepto poniendo el énfasis en la autonomía de la voluntad para crear tipos contractuales.

¹⁰ Otro sector de la doctrina sostiene que aparte de la vinculación convencional también existe una vinculación legal; además, según el nivel de influencia de un contrato sobre otro, podría tratarse de una dependencia unilateral o bilateral (Suescún, 2005).

¹¹ Esta coligación es voluntaria cuando el nexo entre los contratos proviene de la intención concreta de las partes; es funcional cuando los múltiples contratos tienen un fin práctico unitario, un fin objetivo (Bianca, 2007).

En la sentencia del 12 de agosto de 1976 se vuelve sobre la doctrina citada. La Corte Suprema de Justicia recupera el concepto de “unión de contratos” para indicar que las partes pueden celebrar múltiples contratos no subordinados, múltiples contratos “queridos como un todo” con una “recíproca dependencia”, y una unión alternativa que se caracteriza “por la existencia de una condición que enlaza distintos contratos”.

Así mismo, se puede rastrear el tema de la contratación conexa en la Sentencia 5224 del 6 de octubre de 1999 de la Corte Suprema de Justicia. Allí, la Sala de Casación Civil reconoce explícitamente la existencia de los contratos donde varias convenciones no podrían ser tratadas jurídicamente como independientes, ya que se dejaría sin sentido los intereses de las partes¹².

Ahora bien, teniendo claro el concepto de contratación conexa –sus orígenes económicos, teóricos y características– se hace necesario abordar el tema de sus efectos, circunscrito al supuesto de la nulidad de uno de los contratos vinculados a esta red.

3. LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como se señaló previamente, el artículo 1602 del Código Civil colombiano establece que el contrato es ley para las partes y solo puede ser dejado sin efectos por acuerdo entre ellas o por causas legales. Hans Kelsen (2009) aclara que las declaraciones de voluntad privada generan normas, el contrato entonces es un hecho productor de normas jurídicas pero la norma producida y el hecho generador, indica, “deben mantenerse nítidamente diferenciadas” (p. 267).

Frente a la construcción escalonada del sistema jurídico, el mismo autor, refiriéndose a la nulidad y anulabilidad, precisa que una norma jurídica “no puede ser nula, sino solo anulable” y el acto a través del cual se anula una norma, entendida como la privación de su validez, también sería una norma. El ordenamiento jurídico es el llamado a facultar a un órgano para anular la norma que produjo otro (Kelsen, 2009). Esta regla, en el contexto de los negocios jurídicos en Colombia, no es más que el reflejo de los artículos 1742, 1743 y 1746 del Código Civil, indicando este último que la nulidad solo puede ser “pronunciada en sentencia”.

¹² En esta misma línea contamos con las sentencias de casación 6462, donde se analiza la vinculación contractual en el *leasing* financiero; 11001-31- 03-027- 2000-00528- 01, donde se observa la coligación en un contrato de “lease back”; 05001-3103- 009-2002- 00099-01, que da cuenta de la teoría de la conexidad en un sistema negocial complejo de negociación de acciones; SC-184762017, sobre conexidad en el contrato de seguro vida deudores. Y las sentencias del Consejo de Estado 14943, 23831, 23730, 24266, que dan cuenta de esta teoría aplicada a diferentes sistemas negociales complejos.

Josep Aguiló (1991), reproduciendo a Kelsen, quien apuntó “así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra” (p. 224), explica así que invalidar o derogar es el acto de restar validez a una norma a través de otra.

La declaratoria nulidad es entonces una forma de disolución de los negocios jurídicos, pero no la única. Mario Baena (2000, 2004) siguiendo la legislación y la doctrina tradicional, agrupa las causales de disolución en dos clases: la disolución por causa voluntaria y la disolución por causas legales. Las causales voluntarias son el mutuo consentimiento o también denominado resciliación, la revocación, la renuncia y el desistimiento; en las causales legales enumera la resolución, la terminación, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inexistencia jurídica, la pérdida del bien que se debe y la muerte¹³.

En este sentido cabe precisar que la nulidad no es una forma directa de extinción de las obligaciones. La declaratoria de nulidad afecta la eficacia del acto creado por la manifestación de la autonomía de la voluntad que no cumplió con las reglas del ordenamiento jurídico. De hecho, este no reconoce a los particulares una facultad ilimitada para la creación de negocios jurídicos, sino que reconoce su validez en tanto cumpla con las disposiciones normativas que pueden ser generales o particulares a cada negocio jurídico (Hinestrosa, 2007).

Entonces la invalidez del negocio jurídico, según Hinestrosa (2007), no es otra cosa que la reacción del ordenamiento jurídico frente a trasgresiones de normas imperativas que limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual debería cumplir con un conjunto de requisitos legales generales y particulares para celebrar negocios jurídicos.

Se tiene entonces que cuando en un negocio jurídico coinciden todos los elementos jurídicos *generales* que debe tener todo negocio, así como los *especiales* que fijan su especificidad en la variada gama de negocios jurídicos típicos y atípicos que los particulares pueden celebrar, la ley les reconoce eficacia jurídica. *A contrario sensu*, el negocio jurídico que no cumpla con unos u otros de aquellos requisitos legales puede verse abocado a la privación de su eficacia a través de la declaratoria judicial de la nulidad.

¹³ Emilio Betti (1959) indica que la carencia de efectos de un negocio jurídico puede deberse a defectos intrínsecos (ineficacia estructural) o situaciones extrínsecas (ineficacia funcional) del negocio. Son causas del defecto en el origen: la inexistencia, la nulidad y la inoponibilidad; lo son en el funcionamiento: la resciliación, la revocación, la resolución, la imposibilidad de cumplir con la prestación por la pérdida del cuerpo cierto que se debe y la mayor onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

Estos requisitos para la validez de los negocios jurídicos son los establecidos en el artículo 1740 del Código Civil colombiano¹⁴, que reza: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

Como es de entenderse, por “nulo” la norma se refiere a anulable en términos de Kelsen. Debe recordarse que solo le está dado al legislador limitar la libertad de actuación de los ciudadanos, y el órgano judicial es el llamado a declarar la nulidad tras verificar que ese acuerdo de voluntades es contrario a las normas imperativas. Nadie más que el legislador puede limitar la autonomía de la voluntad, haciendo expansión de la antigua máxima francesa *pas de nullité sans texte* (Ramírez, 2008).

El régimen de las nulidades en el Código Civil confeccionado por Andrés Bello avanzó más que el modelo francés. Para el siglo XIX se planteaban fuertes discusiones sobre este régimen en Francia, ya que el Código de Napoleón basó su reglamentación en casos particulares (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2000) y del texto, exclusivamente considerado, no se reconocían las consecuencias jurídicas para la multiplicidad de supuestos de hecho que se pueden dar en las relaciones negociales.

Cabe recordar entonces que en nuestro ordenamiento el negocio jurídico que reúna los requisitos de voluntad o consentimiento, objeto posible y determinado, y la solemnidad exigida por ley, se reputa existente; ese mismo negocio será válido siempre y cuando los agentes que manifiestan su voluntad y forman el consentimiento sean plenamente capaces, que esa voluntad y consentimiento estén exentos de vicios (error, fuerza o dolo), que no haya lesión enorme (en los casos taxativos cuya sanción es la nulidad relativa) y que cumplan plenamente las solemnidades señaladas por ley (Cubides y Prada, 2012). Estos requisitos de validez son generales para todos los negocios jurídicos.

Retomando el artículo 1740 del Código Civil, que señala cómo la nulidad puede ser absoluta o relativa, Jorge Cubides y Yolima Prada (2012) resaltan que no hay consenso en la doctrina y jurisprudencia sobre la definición de estos conceptos, pero adoptan una tesis desde su efecto, al indicar que “un acto adolece de nulidad absoluta cuando se pretermiten requisitos o condiciones

¹⁴ El negocio jurídico que cumple con las exigencias legales se reconocen por el ordenamiento jurídico como existente. Pero su conservación se condiciona al cumplimiento de requisitos específicos que exige la ley con el fin de proteger a las partes, a terceros y al orden público, estos son “requisitos para el valor” del negocio jurídico, consagrados en el artículo 1740 del Código Civil colombiano. Su carencia se sanciona con la descalificación jurídica o nulidad del acto, es decir, la privación de su eficacia jurídica derivada de la transgresión de normas de mayor jerarquía (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2000).

exigidos a un interés de orden público. Adolece de nulidad relativa cuando en su celebración se omiten requisitos exigidos en razón del interés individual de las partes” (p. 80).

El artículo 1741 del Código Civil sanciona con nulidad absoluta a los negocios jurídicos con objeto o causa ilícita a aquellos que omitan un requisito o formalidad de ley que los dota de valor jurídico debido a su propia naturaleza, y los celebrados por personas con incapacidad absoluta¹⁵. La legislación mercantil, artículo 899, sanciona con este mismo tipo de ineficacia a los negocios jurídicos que contrarían normas imperativas, a los que tengan objeto o causa ilícitos y al celebrado por persona absolutamente incapaz.

Son los anteriores requisitos que responden al orden público en la medida que comprenden condiciones subjetivas y objetivas que son necesarias para el normal funcionamiento del ordenamiento jurídico. Los factores objetivos se alterarían por el incumplimiento de normas imperativas, la ilicitud o la omisión de requisitos de la naturaleza del negocio jurídico; los factores subjetivos por la incapacidad del agente (Cubides y Prada, 2012).

De la lectura del artículo 1741 de Código Civil y el 900 del Código de Comercio se observa que la nulidad relativa se aplica para los casos de incapacidad relativa¹⁶ y cuando median vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo).

La nulidad es entonces de dos clases: absoluta y relativa. Eudoro González (1981) sostiene que en el campo procesal la acción que surge de la nulidad absoluta es la *nulidad*, mientras que la acción devenida de la nulidad relativa es la *rescisión*. Recuerda el autor el artículo 1526 del Código Civil, que dispone cómo “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”, por lo tanto, la invalidez de dichos negocios no depende de la voluntad de los agentes, y siendo normas de orden público no admiten estipulaciones en contrario.

Tanto la nulidad absoluta como la relativa tienen igual efecto jurídico, esto es, privan de eficacia normativa a los negocios que han quebrantado normas de superior jerarquía, por lo tanto, la

¹⁵ Actualmente sólo son incapaces absolutos los impúberes (Artículo 1504 del Código Civil, esto es, los niños y niñas entre la edad de 0 a 12 años según la Ley 1098 de 2006). Antes de la expedición de la Ley 1996 de 2019, también eran incapaces absolutos las personas con discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no pudieran darse a entender por ningún medio, es decir, aquellos que no podían manifestar su voluntad.

¹⁶ En la actualidad sólo son incapaces relativos los púberes (Artículo 1504 del Código Civil, es decir, las personas entre la edad de 12 a 18 años, también denominados adolescentes según la Ley 1098 de 2006). Antes de la expedición de la Ley 1996 de 2019, en nuestro ordenamiento jurídico también eran considerados incapaces relativos las personas con discapacidad mental relativa inhabilitados (personas que padecieran deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, pudieran poner en serio riesgo su patrimonio).

sanción no responde a “el mayor o menor número de irregularidades en el acto” (González, 1981, p. 134) que ocasiona una u otra nulidad, sino en las causas que las originan¹⁷.

En la doctrina y legislación extranjera se encuentran disímiles construcciones de la teoría de la nulidad. Siguiendo a Alessandri Rodríguez (1982) se tiene que en Francia esta construcción dogmática ha sufrido grandes cambios, debido a que el Código Civil francés contiene unos pocos artículos sobre la nulidad y los autores han propuesto múltiples interpretaciones.

Indica Alessandri Rodríguez (1982) que para los franceses Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau la acción de nulidad y rescisión eran diferentes, la primera podía ser absoluta o relativa, y la segunda solo aplicaría para la protección de menores perjudicados por los negocios jurídicos.

Braudry-Lacantierie distinguió entre anulabilidad que devendría de los vicios en el consentimiento, la incapacidad y la falta de requisitos legales para la protección de los menores; y la rescisión que operaría solo en casos de lesión.

Planiol y Ripert sostuvieron que la nulidad relativa protegería un interés particular, como sucede con la incapacidad, los vicios del consentimiento y los diferentes supuestos de lesión.

Josserand estableció diferencias entre actos nulos y actos rescindibles. Los primeros serían causados por los vicios del consentimiento, la incapacidad y algunos vicios de forma; los segundos por la lesión y la ausencia de autorización al menor.

Henri Capitant (1940) distinguió entre actos inexistentes, actos nulos de pleno derecho y actos anulables. La nulidad de pleno derecho fue concebida por el autor como nulidad absoluta, los actos anulables serían susceptibles de nulidad relativa, y todos ellos serían grados de ineficacia de un negocio jurídico.

En Italia se observa que Roberto De Ruggiero diferenció la anulabilidad de la nulidad, donde la primera provendría de imperfecciones leves del negocio jurídico, mientras que el acto nulo se equipararía al inexistente, y por lo tanto no produciría efectos jurídicos. El italiano Nicolás

¹⁷ Aclarado los tipos de nulidad consagrados en el sistema jurídico de derecho privado colombiano y comprobado cómo en nuestro ordenamiento hay una exclusión a las nulidades de pleno derecho al exigir su declaración judicial, se hace pertinente enunciar los efectos de esta declaración: a) “la declaración le pone fin para el futuro (*ex nunc*) a esa eficacia provisorio que pudo tener el acto”, esto es, la declaratoria de nulidad extingue las obligaciones surgidas pero aún no exigibles del negocio jurídico invalidado; b) “la declaración de nulidad también tiene entre las partes un efecto retroactivo” (*ex tunc*), dando lugar a la destrucción de los efectos que se produjeron con anterioridad a la declaración; c) el efecto retroactivo da lugar las restituciones mutuas entre las partes (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2000), salvo excepciones de tipo legal.

Coviello contrastó los negocios nulos que no producirían efectos *ipso jure* de los negocios anulables, que solo operaría a petición de parte.

El Código Civil italiano, del año 1942, contiene la cláusula general sobre la nulidad de los contratos en su artículo 1418, determinando que el contrato es nulo cuando es contrario a las normas imperativas, salvo excepción legal; producen nulidad la falta de los requisitos del artículo 1325 (el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma prescrita por la ley), además, producen nulidad la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos comúnmente acordados y la falta del objeto¹⁸.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado en el año 2014 y vigente desde el 2015, constituye el régimen general de las nulidades en el artículo 386 que hace parte del Título IV sobre los hechos y actos jurídicos del Libro I (parte general). Ese artículo dispone que “Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas”. Sin embargo, a lo largo del texto normativo establece supuestos puntuales de nulidad, como en el error, el dolo, la fuerza, la lesión, la simulación ilícita, entre otros¹⁹.

El Código Civil peruano, en su artículo 219, enumera las diversas causales de nulidad, entre ellas cabe resaltar: la falta de voluntad, el negocio jurídico celebrado directamente por el incapaz absoluto, por objeto física y jurídicamente imposible, por causa ilícita y por simulación absoluta; y en el artículo 221 establece las causales de anulabilidad, y entre ellas se tiene: la incapacidad relativa y los vicios en el consentimiento²⁰.

Como se observa, los negocios jurídicos son instrumento de intercambio de bienes y servicios. La creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas responde, en primer lugar, a una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que se debe sujetar a ciertos límites jurídicos; su inobservancia entonces puede conllevar a desarrollar “patologías” que pueden afectar la formación, desarrollo o ejecución de estos negocios jurídicos (Toscana, 2012, p. 408),

¹⁸ En su texto original: Art. 1418. *Cause di nullita' del contratto. Il contratto e' nullo quando e' contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullita' del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceita' della causa, l'illiceita' dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.* Puede consultarse en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2508>

¹⁹ Al respecto se pueden ver los artículos 265, 272, 276, 285, 332, 334. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar149es.pdf>

²⁰ Se puede consultar el texto normativo en <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

afectando su eficacia a través de la declaratoria de nulidad. Se pasará entonces a vincular el tema de la contratación conexas con la nulidad.

CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DE UN CONTRATO EN LA CONTRATACIÓN CONEXA

La contratación conexas, como manifestación de la contratación privada contemporánea, implica un replanteamiento de las reglas y principios contractuales clásicos, que se muestran insuficientes para resolver los problemas intersubjetivos de intereses devenidos de las actuales relaciones jurídicas obligacionales privadas. Como se detalló, el contrato único, aislado y negociado se ha convertido en excepcional, dando paso al contrato vinculado a una red contractual, predispuesto y de efectos extendidos.

Esborraz (2012) plantea dos grandes transformaciones a la visión del derecho clásico introducidas por la contratación conexas: la transformación de la regla de la relatividad de los contratos y la expansión de los efectos jurídicos en la conexidad.

Frente al primero, plantea el autor, la contratación conexas como fenómeno jurídico y económico implica la coordinación de relaciones empresariales y jurídicas, por lo tanto la división entre partes y terceros de los negocios jurídicos se difumina; es así como “en la vinculación contractual el contrato tiene efectos respecto de los contratantes, pero puede afectar a las partes de los otros contratos coligados” (Esborraz, 2012, p. 139). Se explica esto porque los múltiples agentes que participan de la red contractual pueden ser terceros al considerar individualmente cada negocio jurídico, pero no lo serán en ese sistema negocial complejo. El efecto práctico de este fenómeno se traduce en la posibilidad de ejercer “acciones contractuales cruzadas” (Esborraz, 2012, p. 139).

Las docentes Cataño y Wills (2016) se encargan de verificar este fenómeno en el contrato de paquete turístico en Colombia, el cual es una especie de contrato conexas; concluyen, luego de revisar la legislación colombiana y un conjunto de contratos de paquetes turísticos, que esta forma de contratación ha implicado un desvanecimiento de la responsabilidad entre los agentes del comercio, pero que a través de la teoría de la conexidad contractual, al prevalecer la noción de sistema negocial sobre la concepción del contrato único y aislado, sería posible para el turista ejercer la acción directa contra cualquiera de los intervinientes (operadores, organizadores, comercializadores)²¹.

Estos agentes, que no siendo parte contractual del turista, sí tienen una relación objetiva con el grupo de contratos, ya que se encuentran unidos por la finalidad supracontractual, que en este

²¹ Carlos Pizarro (2005), luego de observar algunos doctrinantes y jurisprudencia francesa, observa que los contratos conexos implican hacer una relectura del efecto relativo de los contratos.

caso sería brindar al turista todos los servicios incluidos en el plan. Habría entonces una responsabilidad por el todo de cada agente involucrado, quienes son responsables por el paquete frente al usuario, independientemente de la relación contractual con este (Cataño y Wills, 2016).

De este modo, el aforismo latino del derecho civil *Res inter alios acta*²², que implica que un negocio jurídico celebrado entre dos partes no puede hacer ni acreedor ni deudor a terceros (Castillo Freyre y Osterling Parodi, 2005) encuentra una excepción más a la luz de la contratación conexa²³.

Esta máxima, concebida por el pretor romano Julius Paulus e insertado en el *Digesto*, es más compleja, y abarca un principio procesal y sustancial: *Res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*, significando que lo hecho y lo juzgado entre partes no beneficia ni perjudica a terceros. De donde surge la incógnita si la declaración judicial de nulidad sobre uno de los contratos vinculados a un sistema negocial complejo puede transferir la invalidez a toda la red contractual.

La doctrina extranjera, a través del estudio de la contratación conexa, aporta elementos teóricos de análisis sobre la posibilidad de que la ineficacia en un contrato conexo pueda expandirse a todo el sistema negocial. Así lo expone Lorenzetti (1998), al indicar que la vicisitud que afecta a uno de los contratos (incluida entre ellas la que denomina invalidez) puede tener efectos sobre los otros contratos. Frustagli (1997) expresa, en términos generales, que debe ser admisible “la propagación de la ineficacia de uno de los acuerdos hacia los demás del conjunto” (p. 6).

Morales (2002) concluye que los agentes privados, por autonomía privada, pueden convenir múltiples contratos que conservando su individualidad buscan un resultado unitario. Esta función concreta determinaría la relación de dependencia entre los contratos conexos y, por lo tanto, condicionarían su ejecución (eficacia funcional) y su validez (eficacia estructural) por existir entre ellos una interdependencia teleológica, que no es otra que su causa sistémica.

Se observa que una parte de la doctrina italiana afirma que algunos supuestos de ineficacia, entre ellos la nulidad, que afecte a uno de los contratos coligados, se extiende a todo el conjunto contractual, tal efecto provendría de la naturaleza misma de la conexión (López, 1994).

²² Lo realizado entre unos no puede ni aprovechar ni perjudicar a otros.

²³ Son también excepciones a la regla de la relatividad de los contratos la estipulación a favor de otro (Código Civil colombiano, artículo 1506), la convención colectiva de trabajadores (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 471) y el acuerdo de reorganización en el procedimiento de insolvencia (Código General del proceso, artículos 531 y siguientes; Ley 1116 de 2006).

Entre estos autores se tiene a Massimo Bianca (2007) y Francesco Gazzoni (citado en Morales, 2002). Para el primero, una de las características del contrato conexo es la existencia de un nexo de interdependencia, donde la suerte de los contratos vinculados se encuentra subordinada entre ellos; para el segundo, en la conexidad contractual hay un número plural de contratos autónomos pero vinculados, “en el sentido que los destinos de uno influyen los destinos del otro en términos de validez y eficacia [...] *simul stabunt, simul cadent* (juntos estaban, juntos caen)” (Morales, 2002, pp. 133-134).

La docente española Ana López Frías (1994) propone dos respuestas a tal problemática: indica que si uno de los contratos depende en su configuración o existencia de aquel sobre el cual recae alguna causal de ineficacia, declarada esta desaparecerá el objeto y/o causa del contrato derivado y, por lo tanto, “deberá ser declarado nulo” (p. 299); si no existe esa clara dependencia, deberá acudir a la teoría de la causa para determinar el efecto de la ineficacia, ya que si tras la anulación de uno de los contratos se frustra la finalidad económica común –la causa supracontractual–, se deberá extender la ineficacia, ya que no hay razón de ser en el sistema negocial complejo.

A conclusiones análogas llegan José Fernando Márquez (2007) y David Esborraz (2012). Para el primero, no hay un principio contractual del que se deduce la transferibilidad o intransferibilidad de los efectos de la nulidad entre los contratos vinculados. En los sistemas contractuales complejos, la declaratoria de nulidad solo incidiría sobre la eficacia de los demás contratos cuando se imposibilite la finalidad económica de la conexión, es decir, su causa supracontractual. Para el segundo, la nulidad se proyectará en los demás, salvo que separando el contrato anulado no se afecte esa causa sistémica.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la nación ha sido la primera codificación en Latinoamérica en adoptar una definición legal de la conexidad contractual²⁴; igualmente, ha establecido un efecto sobre el conjunto de contratos tras la extinción de uno de ellos, incluida la nulidad. El artículo 1075 establece que:

Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

²⁴ Artículo 1073.- Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Acorde con las reglas jurídicas colombianas, tenemos que tanto el régimen civil y comercial establecen las causales de nulidad (absoluta y relativa). El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio de relatividad de los contratos, que no debería entenderse solo frente al nacimiento de las obligaciones causadas en un contrato, sino a la declaratoria de nulidad de los mismos.

Sin embargo, el Código de Comercio en sus artículos 902 y 903 establece el principio de la conservación de los contratos. En el primero se indica que la nulidad parcial de un negocio jurídico o de algunas de sus cláusulas, solo afectará a todo el negocio si se encuentra que las partes no lo habrían celebrado sin esa parte viciada. En el segundo artículo mencionado se establece que en los contratos plurilaterales, como el de sociedad, cuando las prestaciones se encaminan a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte uno de los vínculos solo se extenderá a todo el negocio jurídico si esa parte viciada resulta esencial para el fin previsto.

En dicho sentido se recomienda aplicar el régimen de las nulidades frente a contratos conexos, en el entendido que la nulidad que afecte a uno de los negocios jurídicos solo afectará al sistema negocial complejo en la medida que se observe objetivamente frustrada la causa supracontractual, que es la razón de ser de la conexidad. La nulidad de un contrato no puede transferir su invalidez a otro u otros, pero de ellos sí podría alegarse su ineficacia sobrevinida por la extinción de su causa²⁵.

4. CONCLUSIONES

La contratación privada contemporánea se caracteriza por la influencia que los factores económicos han ejercido sobre ella, exigiendo que los contratos, como medio de circulación de los bienes y servicios, sean flexibles, ágiles, prácticos y eficaces. Es así como el contrato paritario, aislado, negociado y regulado en detalle por los códigos decimonónicos, ha cedido frente a la contratación masiva, predispuesta, estandarizada, atípica y conexa.

²⁵ Obsérvese, a modo de ilustración, como en las operaciones con tarjetas de crédito la nulidad del contrato de crédito al consumo entre la entidad bancaria y el tarjetahabiente destruye la causa supracontractual, esto es, la posibilidad de comprar bienes y servicios en el mercado global a través del sistema financiero y con medios tecnológicos; en los paquetes turísticos la nulidad del contrato entre la agencia turística y el prestador del servicio de alojamiento frustra la causa supracontractual, que es acceder por un precio global a dos o más servicios turísticos; en el *leasing* o arrendamiento financiero, la nulidad del contrato celebrado entre la Compañía de Financiamiento y el proveedor afecta totalmente la causa supracontractual del negocio, que es la posibilidad para el locatario de adquirir el bien al finalizar el plazo convenido. La regla que se plantea podría tener una excepción en el supuesto que la contratación conexa se cause entre los mismos agentes, en dicho caso parecería lógico que la nulidad que afecte uno de los contratos transfiera esa misma invalidez a los demás, ya que no hay un conflicto con el postulado de la relatividad de los contratos.

La contratación conexa es reflejo de estas nuevas formas de contratación, que se verifica cuando dos o más contratos están unidos por un objetivo económico que actúa como razón de la vinculación; a esta se le denomina causa supracontractual. Esta mutua dependencia conlleva a analizar si la ineficacia en uno de los contratos vinculados puede transferirse a los demás como en el caso de la nulidad.

En Colombia el régimen de la nulidad de los negocios jurídicos privados se encuentra regulado en el Código Civil y el Código de Comercio fundamentalmente. La nulidad es una consecuencia civil que se aplica cuando los agentes privados celebran negocios jurídicos que faltan a los requisitos de ley. De acuerdo con sus causas específicas, la nulidad puede ser absoluta o relativa.

En los contratos conexos a los que se les aplique las normas colombianas, el régimen de las nulidades descrito se conserva intacto. Se plantea entonces la posibilidad de que frente a la sanción de nulidad de un contrato conexo, se debería verificar el grado de afectación de la causa supracontractual; si el contrato declarado nulo frustra ese objetivo económico, los demás contratos devendrían ineficaces por la extinción de la causa común que funge como vínculo. Debería entonces el juzgador, frente a la petición de parte, determinar la existencia de la conexión y concluir, a partir de ella, el efecto extensivo o limitado de la nulidad.

5. REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (1991). La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 223-258.
- Alessandri Rodríguez, A. (1982). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*. Tomo II. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Alterini, A. A. (1998). *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Álvarez Martínez, G. I. (2008). *Los grupos de contratos en el crédito al consumo* (Tesis doctoral). Universidade da Coruña, La Coruña, España.
- Baena Upegui, M. (2000,2004). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. Bogotá: Legis.
- Benetti Timm, L. (2010). La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica. *Revista de instituciones, ideas y mercados*, 52, 5-51.
- Bernal Fandiño, M. (2006). La transformación de la causa en el derecho de contratos francés. *Vniversitas*, 55 (111), 227-243.
- Bernal Fandiño, M. (2015). La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato. *Vniversitas*, 64 (130), 21-52.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Barcelona: *Revista de Derecho*.

- Bianca, C. M. (2007). *Derecho civil: el contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Capitan, H. (1922). *De la causa de las obligaciones*. Madrid: Casa Editorial Góngora.
- Capitant, H. (1940). *Introducción al estudio del derecho civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Castillo Freyre, M. y Osterling Parodi, F. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Tercera Parte. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cataño Berrío, S. E. y Wills Betancur, L. M. (2016). La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia. *Vniversitas*, 65 (132), 59-88.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica, New Series*, 4 (16), 386-405. Recuperado de: <https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>
- Cuevas, H. (2004). *Fundamentos de la economía del mercado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. (1999). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch.
- Cubides, J. y Prada, Y. (2012). *Unidad del derecho privado en la regulación del acto jurídico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Esborraz, D. F. (2012). El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*. *Revista de Derecho Privado* (edición especial), (23-24), 111-163.
- Frustagli, S. A. (1997). Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial. *Trabajos del centro*, 2, 43-54.
- Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Gaviria Gil, J. A. (2005). Apuntes sobre el contrato de concesión mercantil. *Foro del Jurista*, 26, 100-125.
- González Gómez, E. (1981). *De las obligaciones en el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Gama.
- Gueiler, S. (2000). Contratos conexos. *Revista Trabajos del Centro*, (4), 121-126. Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1056/95>
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 10, 5-27.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Larenz, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Largo Taborda, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Lorenzetti, R. L. (1996). Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo -problemas contractuales típicos- finalidad supracontractual y conexidad. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 82 (1- 12), 33-48. Recuperado de: http://biblioteca3.aeu.org.uy/central/common/show_image.php?base=baeu&image=/RAEU/080/082-1-33-48.pdf
- Lorenzetti, R. L. (1998). Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad. En H. Alegría y J. Mosset Iturraspe, (Dir.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad Contractual I* (pp. 207-261). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: José María Bosch.
- Mankiw, G. (1998-2002). *Principios de Economía*. Barcelona: McGraw-Hill Interamericana.
- Márquez, J. F. (2007). Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa. En H. Alegría y J. Mosset Iturraspe (Dir.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos conexos* (pp. 151-165). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Mayorga, Fernando (1991). Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (14), 291-313. doi:10.5354/0719-5451.2012.24835. Recuperado de: <https://historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/24835>
- Morales Hervias, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho y Sociedad*, 19, 119-138.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Contratos conexos grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Mosset Iturraspe, J. y Soto Coaguila, C. A. (2009). *El contrato en una economía de mercado* (2ª ed.). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Pérez Gallardo, L. (1999). *De la autonomía de la voluntad y sus límites*. Ponencia en la III Convención Latinoamericana de Derecho. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Pizarro, C. (2005). La interdependencia de contratos que forman un mismo grupo contractual en el derecho francés. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7 (2), 66-74.
- Pizarro, C. y Guzmán Brito, A. (2007). *El efecto relativo de los contratos: partes y terceros. El Código civil de Chile, 1855-2005*. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis.

- Prieto, C. (1996). *Karl Polanyi: crítica del mercado, crítica de la economía. Política y Sociedad*, 21, 23-34. Recuperado de: <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/Index>
- Ramírez Baquero, E. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Plata López, L. C. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), 23, 97-111.
- Seguí, A. (Septiembre de 1999). *Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones*. Presentado en XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires.
- Soto Coaguila, C. A. (2005). *Transformación del derecho de contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Soto Coaguila, C. A. (2009). *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato. El contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- Tamayo, A. (2008). *Manual de las obligaciones. El acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Teyssié, B. (1975). *Les Groupes de Contrats*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Toscana López, F. H. (2012). La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia. *Revista de derecho privado*, 12, 407-421.
- Valencia Restrepo, H. (2008). *Derecho privado romano*. Medellín: Señal Editora.
- Zapata Flórez, J. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes, Colombia), 54, 1-20.

Legislación

- República Argentina. Congreso de la Nación Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley 26994.
- República de Colombia. Congreso de la República de Colombia. *Código Civil colombiano*. Ley 57 de 1887.
- República de Colombia. Presidencia de la República. Código de Comercio colombiano. Decreto 410 de 1971.
- República de Colombia. Congreso de la República de Colombia. *Ley 1996 de 2019*.
- República Francesa. Parlamento francés. *Código Civil francés*. Ley del 21 de marzo de 1804.
- República Italiana. Parlamento de la República Italiana. *Código Civil italiano*. Real Decreto de 16 de marzo de 1942, No. 262.
- República del Perú. Congreso de la República de Perú. *Código Civil peruano*. Decreto legislativo 295.

Sentencias

Consejo de Estado (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia 23831 del 12 de junio de 2013.

Consejo de Estado (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia 23730 del 13 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia (1938). Sentencia del 31 de mayo de 1938. *Gaceta Judicial* XLVI n.º 1936, pp. 566 a 574.

Corte Suprema de Justicia (1941). Sentencia del 25 de marzo de 1941. *Gaceta Judicial*, t. L n.º 1967-1968-1969, pp. 817-826.

Corte Suprema de Justicia (1976). Sentencia del 12 de agosto de 1976. *Gaceta Judicial*, t. CLII n.º 2393, pp. 323 a 329 del año 1976.

Corte Suprema de Justicia (1999). Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5224 del 6 de octubre de 1999.

Corte Suprema de Justicia (2002). Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 6462 del 13 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia (2007). Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 11001-31-03-027-2000-00528-01 del 25 de septiembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia (2009). Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 05001-3103-009-2002-00099-01 del 1 de junio de 2009.

El concepto de discapacidad en las leyes relacionadas con el enfoque de derechos de la salud laboral en Colombia*

*The concept of disability in laws related to the
labor health rights approach in Colombia*

* Este artículo es resultado de la investigación “El desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad: una mirada desde enfoque de derechos de la salud laboral” de los grupos de investigación Observatorio de la Salud Pública y Estudios Jurídicos de la Universidad CES. Financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad CES, proyecto ganador en convocatoria de mediana cuantía 2015 del Doctorado en Salud Pública.

NATALIA EUGENIA GÓMEZ RÚA

Abogada, especialista en Derecho de la Seguridad Social, magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, candidata a doctora en Salud Pública de la Escuela de Graduandos de la Universidad CES. ngomez@ces.edu.co

DORIS CARDONA ARANGO

Administradora de empresas, magíster en Epidemiología, magíster en Salud Pública, doctora en Demografía. Coordinadora de la Maestría en Salud Pública de la Universidad CES. doris.cardona@ces.edu.co

JAIME GAÑAN ECHAVARRÍA

Abogado. Especialista en Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Docente de pregrado y postgrado de distintas universidades del país. gananr@une.net.co

Resumen

El objetivo de este artículo es identificar el concepto de discapacidad en las leyes relacionadas con el enfoque de derechos de la salud laboral para las personas con discapacidad en Colombia. Se revisó la producción normativa sobre este eje temático con posterioridad a la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2011. Investigación cualitativa con enfoque metodológico hermenéutico-comprensivo y se realizó a través de un análisis de contenido. Los resultados evidenciaron que respecto al concepto discapacidad se refleja un cambio de lenguaje que transita de la visión médica o rehabilitadora a la visión social en la cual se tiene en cuenta las deficiencias y las barreras para la participación y la igualdad y en general se utiliza las expresiones personas con discapacidad y/o en situación de discapacidad; por otra parte, del concepto de discapacidad emergieron dos términos importantes: enfoques de derechos y beneficios para la contratación. No obstante, a pesar de los avances conceptuales en las mismas normas se encuentran aspectos contradictorios que hacen compleja su aplicación en aras de lograr la aplicación de la Convención y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, salud laboral, barreras, enfoque de derechos, beneficios.

Abstract

The objective of this article is to identify the concept of disability in the laws related to the focus of occupational health rights for people with disabilities in Colombia. The normative production on this thematic axis was revised after the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (United Nations Organization, 2006) given in 2011. The research is qualitative and its methodological approach is the hermeneutic -comprehensive and was carried out through a content analysis. The results showed that with regard to the concept of disability, a change of language is reflected from the medical or rehabilitative vision to the social vision in which impairments and barriers to participation and equality are taken into account and, in general, the expressions people with disabilities and / or disables, on the other hand the concept of disability emerged two important terms: approaches to rights and benefits for recruitment. However, in spite of the conceptual advances in the same norms, there are contradictory aspects that make their application innocuous and / or complex in order to achieve the application of the presupposition of the aforementioned Convention and the effective exercise of the rights of persons with disability.

KEYWORDS

Disability, occupational health, barriers, rights-based approach, benefits.

1. INTRODUCCIÓN

La salud laboral es entendida como el disfrute del más alto nivel posible de salud (Organización de Naciones Unidas, 2000) de los trabajadores y el fomento de ambientes saludables (Neffa, 1990). De acuerdo con lo indicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la salud, desde esta óptica “se preocupa por la búsqueda del máximo bienestar posible en el trabajo, tanto en su realización como en las consecuencias de éste, en los planos físico, mental y social” (Parra & International Labour Office, 2003, p. 8).

Se ha indicado que “la salud de los grupos de población más pobres y vulnerables se ve afectada en forma desproporcionada, debido a que son los que tienen trabajos más peligrosos, peor remunerados y con menor seguimiento respecto a las condiciones de trabajo” (Organización Panamericana de la Salud & Organización Mundial de la Salud, 2000). La Organización Mundial de la Salud (OMS) en los grupos vulnerables (hoy denominados por algunos autores como vulnerados (Barba, 2014; Labrunée & Gallo, 2005)) ha incluido a las personas con discapacidad (OMS, 2014).

En diferentes estudios se ha abordado la evolución histórica del concepto de personas con discapacidad (Buitrago, 2013; Moreno, 2011; Oliver, 1998; Padilla, 2010; Stang, 2011), y aunque los estudios de la discapacidad son citados por algunos autores como modelos, precisa Moreno (2011) que en cuanto campo emergente, no cuentan aún con un paradigma abarcador o un modelo teórico universalmente aceptado, pero concuerdan en las siguientes visiones: religiosa o prescindencia, médica o rehabilitadora y social, advirtiendo que hay otras versiones o miradas derivadas especialmente del social.

Sobre las visiones Palacio describe que en el religioso o de prescindencia se considera que las personas con discapacidad son una representación diabólica como consecuencia del enojo de los dioses y se puede prescindir de ellas porque no contribuyen a las necesidades de la comunidad. Sobre el médico-rehabilitador se estima que las causas que originan la discapacidad no son religiosas sino científicas por las limitaciones de las personas y estas son útiles en la medida que sean rehabilitadas y normalizarlas. Respecto a la visión social, se comprende que el origen de la discapacidad es en gran medida social y las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad desde el respeto por la diferencia y el reconocimiento de los derechos humanos (Palacios, 2008a).

Lo anterior, considerando que la promulgación de las leyes, además de ser de interés para el Derecho, es un asunto de salud pública, teniendo en cuenta que la promoción de la salud en el trabajo y la protección de la salud de las trabajadoras y trabajadores forman parte de este campo del conocimiento y deben ser un objetivo fundamental de las administraciones sanitarias al planificar sus actividades (García, 2005).

Por otra parte, se tiene en cuenta que el modelo de la salud laboral da cuenta de distintos niveles causales: el nivel del trabajador (formación, información, equipos de protección individual, etc.), la empresa (cambios organizativos, diseño de herramientas, control de emisiones, etc.) y los gobiernos (regulación, inspección de trabajo, derechos sociales, etc.). A su vez se tiene en cuenta que estos niveles inciden en la creación de unas condiciones de trabajo que no solo no supongan riesgos de lesión o enfermedad, sino que representen la dimensión positiva del trabajo para la salud de las personas (Benavidez, Boix, Rodrigo y Gil, 2013).

El análisis de estos niveles en las leyes específicas relacionadas con la salud laboral es relevante, considerando que los países miembros de la ONU que han ratificado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Organización de Naciones Unidas, 2006), como Colombia, tienen el deber de incluir en sus propuestas legislativas el concepto de discapacidad acogido en este instrumento internacional, es decir, como el resultado de la interacción entre las deficiencias humanas y el medio en el que se desenvuelve y no solo una condición de salud propia de la persona. No obstante, es necesario revisar si el imperativo en el ámbito interno, ya que *a priori* no es posible afirmar que las normas hayan eliminado disposiciones discriminatorias en el campo de la salud laboral respecto a las personas con discapacidad.

El objetivo de este artículo es identificar el concepto de discapacidad en las leyes relacionadas con el enfoque de derechos de la salud laboral para las personas con discapacidad en Colombia. Para ello se revisó la producción normativa sobre este eje temático con posterioridad a la aprobación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Organización de Naciones Unidas, 2006) en el ámbito nacional, es decir, el año 2011, en el cual se surtió el proceso de ratificación a través del Congreso de la República.

2. METODOLOGÍA

Investigación cualitativa con enfoque metodológico hermenéutico-comprensivo. De acuerdo con lo planteado por Gadamer la hermenéutica “es la herramienta de acceso al fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido (...) comprender e interpretar no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana en el mundo”(Gadamer, 1988) .

El rastreo de la información se realizó a través de los anales del Congreso de la República que obran en archivos digitales denominados gacetas, producidos desde 2011-2018; para la selección de las leyes se utilizaron las palabras claves “discapacidad”, “trabajo”, “laboral”, “empleo” y “salud”. Adicionalmente se consideró importante incluir la Ley 361 de 1997(Congreso de la República de Colombia, 1997), como un referente ya que fue la primera norma por medio de la cual se establecieron mecanismos de integración social para este grupo poblacional, y concre-

tamente en materia laboral reguló la estabilidad laboral reforzada con la finalidad que ninguna persona con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales fuera despedida por esta razón sin autorización de la autoridad administrativa correspondiente, para garantizar la no discriminación, concepto referenciado en la citada Convención (Organización de Naciones Unidas, 2006).

Posteriormente, se hizo un análisis de contenido, “el cual se caracteriza por la clasificación sistemática, descripción e interpretación de los contenidos del documento, que se llevará a cabo de acuerdo con los objetivos del estudio” (Vásquez et al., 2011). Como instrumento se utilizó el programa informático Atlas/Ti, versión 7, a través del cual se realizó la codificación; posteriormente se realizaron las relaciones existentes que se visualizan como redes conceptuales construidas a partir de los textos y en las cuales se resaltaron en colores las categorías de análisis de contenido.

3. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

En el rastreo de las normas relacionadas con la salud laboral a partir de 2011 se encontraron ocho leyes en campos específicos como salud, riesgos laborales y trabajo, para un total de nueve leyes con la citada Ley 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997). En la siguiente tabla se presenta la norma con el tema específico que trata y el aspecto de la salud laboral con el cual se relaciona.

TABLA 1. LEYES RELACIONADAS CON EL ENFOQUE DE DERECHOS DE LA SALUD LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA

Ley	Año	Tema	Aspectos de la Salud Laboral
1438(Congreso de la República de Colombia, 2011 ^a)	2011	Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud	Gobiernos: relacionados con estructura productiva, relaciones laborales y mercado de trabajo.
1450(Congreso de la República de Colombia, 2011c)	2011	Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014	Gobiernos: relacionados con estructura productiva, relaciones laborales y mercado de trabajo.
1562(Congreso de la República de Colombia, 2012 ^a)	2012	Riesgos laborales	Empresas: condiciones de trabajo y empleo.
1566(Congreso de la República de Colombia, 2012b)	2012	Atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas	Empresas: condiciones de trabajo y empleo. Aspectos referidos a los trabajadores: condiciones individuales.

Continúa...

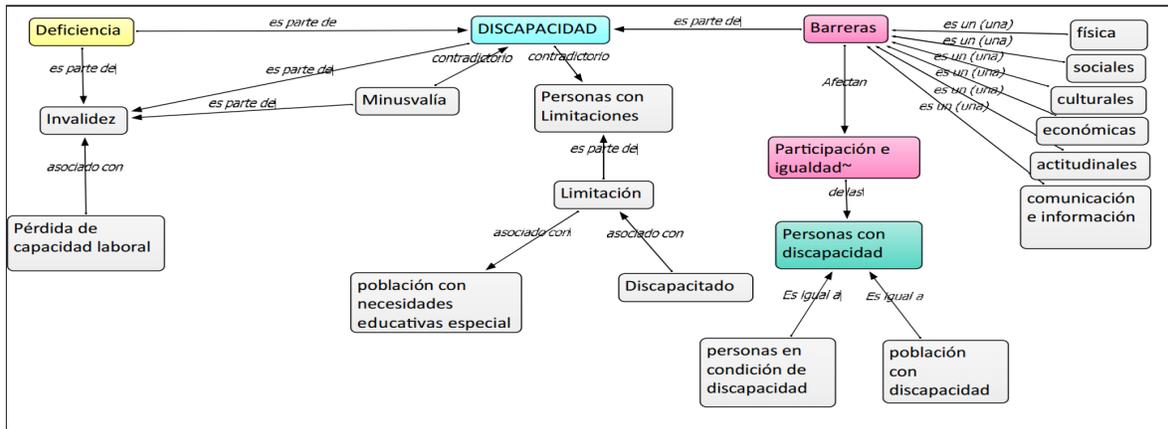
Ley	Año	Tema	Aspectos de la Salud Laboral
1616(Congreso de la República de Colombia, 2013 ^a)	2013	Salud mental	Empresas: condiciones de trabajo y empleo. Aspectos referidos a los trabajadores: condiciones individuales.
1618(Congreso de la República de Colombia, 2013c)	2013	Pleno ejercicio de las personas con discapacidad	Gobiernos: relacionados con estructura productiva, relaciones laborales y mercado de trabajo. Aspectos referidos a las empresas: condiciones de trabajo y empleo. Aspectos referidos a los trabajadores: condiciones individuales.
1751(Congreso de la República de Colombia, 2015 ^a)	2015	Derecho fundamental a la salud	Gobiernos: relacionados con estructura productiva, relaciones laborales y mercado de trabajo. Aspectos referidos a los trabajadores: condiciones individuales.
1753(Congreso de la República de Colombia, 2015b)	2015	Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018	Gobiernos: relacionados con estructura productiva, relaciones laborales y mercado de trabajo.

Fuente: construcción propia de los autores a partir del rastreo normativo.

A continuación, se presentan los principales resultados y las discusiones suscitadas a través del análisis de contenido de las leyes mencionadas. Se revisaron los términos utilizados para referirse a la discapacidad y sus elementos esenciales desde la Convención de las Personas con Discapacidad: deficiencia y barreras. Posteriormente se encontraron los conceptos de enfoques de derechos y beneficios para la contratación que emergieron respecto al concepto de discapacidad.

DISCAPACIDAD

Las Leyes en Colombia para referirse a la “discapacidad” han utilizado diferentes conceptos, como se observa en la siguiente gráfica.



Fuente: construcción propia de los autores a partir de la codificación normativa a través de Atlas.Ti.

FIGURA 1. RED DE DISCAPACIDAD

De acuerdo con la jerarquía normativa, la Ley 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c) es la norma con mayor relevancia sobre el tema de discapacidad, ya que se trata de una ley estatutaria, que conforme al artículo 152 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), regula derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En este caso respecto a las personas con discapacidad, las cuales define en el numeral 1 del artículo 2 como “aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Congreso de la República de Colombia, 2013c). En este sentido, se reconocen dos elementos como parte de la discapacidad: deficiencia y barreras.

Lo anterior está fundamentado en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que a su vez recoge el cambio conceptual propuesto en la CIF para el proceso salud- enfermedad (estado completo de bienestar físico, mental y social), clasificación que incluye el funcionamiento como un término global a todas las funciones corporales, actividades y participación, agrupa en la discapacidad a la deficiencia, las limitaciones en la actividad o restricciones en la participación y se refiere a los factores ambientales que inciden en este proceso (OMS, 2001).

Deficiencia

Respecto a la “deficiencia” es un término común en varias de las normas estudiadas. En el artículo 1 de la Ley 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997), en su redacción original se utiliza únicamente para referirse a las medidas de apoyo que el Estado debe implementar para su

diagnóstico. En norma posterior, la Ley 1562, artículo 18, se indica que se encuentran incluidos dentro del concepto de invalidez la discapacidad y la minusvalía, y en general, en el artículo 24 se utiliza la deficiencia como una palabra asociada al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, derivado de una enfermedad laboral o accidente de trabajo y las entidades encargadas de realizarlo (Congreso de la República de Colombia, 2012a).

La fundamentación para mantener el concepto invalidez se encuentra en el convenio 159 de la OIT, que define como persona invalida a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida” (Organización Internacional del Trabajo, 1983), y bajo esta premisa en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993) se estableció como invalidez la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % conforme al manual único de calificación consagrado en el Decreto 917 de 1999 (Presidencia de la República, 1999), el cual fue construido sobre los presupuestos de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud [OMS] (1980).

Por lo tanto, el concepto de deficiencia, con posterioridad a la obligatoriedad de aplicar la citada Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se puede observar desde dos visiones: la social plasmada en la Ley 1618 y la rehabilitadora o médica implícita en la Ley 1562, que si bien encuentra soporte en el citado Convenio 159, omitió las discusiones que se venían realizando en el marco de la Clasificación Internacional del Funcionamiento (World Health Organization, 2001) respecto a la eliminación del concepto de minusvalía, al considerarse contradictorio a la discapacidad, ya que significaba que la persona era de valor inferior y evaluado clínicamente por diagnóstico médica en cuanto a funcionalidad fisiológica (Ferreira, 2010).

Es necesario señalar que la calificación de pérdida de capacidad laboral aplica, de acuerdo con un precepto anterior a los estudiados, tanto de origen laboral como común (Congreso de la República de Colombia, 1993) y su instrumento evaluador es el mismo manual de pérdida de capacidad laboral (hoy Decreto 1507 de 2014). El término “personas con limitaciones” también se ha asumido como un concepto contradictorio a la discapacidad por tratarse de una visión rehabilitadora o médica que se centra en la deficiencia, es decir, un asunto biológico, tal y como lo plantea el citado Convenio 159 de la OIT y la Ley 361 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), hasta esta norma es lógico encontrar estas posturas rehabilitadoras. Lo cuestionable es que en leyes posteriores se siguieron asociando términos de limitación para referirse a la discapacidad en normas relacionadas con el enfoque de derechos de la salud laboral como se presenta en las leyes 1450 Ley 1450 (Congreso de la República de Colombia, 2011c), 1438 (Congreso de la República de Colombia, 2011b) y 1616 (Congreso de la República de Colombia, 2013b), en las cuales se utilizan términos como población con necesidades educativas especiales y discapacitados.

Barreras

Sobre las barreras, en las leyes 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997), 1616 (Congreso de la República de Colombia, 2013b) y 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c), en sus artículos 2, 1 y 6, respectivamente, reconocen que causan discriminación y es necesario eliminarlas para la inclusión. Por su parte, el artículo 44 de la Ley 361 define los aspectos relacionados con las barreras físicas y señala que se trata de “todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas”, y en el artículo 43, para eliminarlas establece la importancia del diseño y ejecución accesible de vías, espacios públicos y del mobiliario urbano, así como la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada (Congreso de la República de Colombia, 1997).

La Ley 361, dentro de las barreras físicas específicas sobre las arquitectónicas, aunque no las define. En el artículo 47 se explica que la construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público, y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles para todos. Por otra parte, también se refiere en el artículo 59 al transporte e impone a todos los que presten el servicio de carácter público o privado facilitar, sin costo adicional, el transporte de los equipos de ayuda biomecánica, sillas de ruedas u otros implementos directamente relacionados con la discapacidad, así como los perros guías que acompañen a las personas ciegas (Congreso de la República de Colombia, 1997).

En el contenido de la Ley 1618 se encuentran tres aspectos importantes para analizar respecto al término barreras incluido en la definición de discapacidad. Primero, define las barreras como “cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad”. Segundo, incluye en los artículos 2, 6 y literal J del artículo 11, además de las barreras físicas, otras como: sociales, culturales, económicas, actitudinales y de la comunicación e información, y tercero solamente define de forma particular en el artículo 5, 3 de las 6 barreras actitudinales, comunicativas y físicas (Congreso de la República de Colombia, 2013c).

Estas barreras actitudinales, comunicativas y físicas se encuentran relacionadas con la salud laboral porque hacen parte de la vida cotidiana de las personas con discapacidad y son necesarias para desempeñar cualquier actividad laboral, además impactan el acceso y la permanencia en el ámbito laboral. Las actitudinales y comunicativas referidas a las relaciones con empleadores, compañeros y clientes, incluso con el desempeño de funciones y las físicas respecto al desplazamiento de lugar de trabajo, los puestos de trabajo y que tienen relación con nuevas modalidades de empleo que pretenden minimizar estas barreras como el teletrabajo.

Sobre las barreras sociales, algunos autores afirman que se presentan por la “falta de diseño y accesibilidad universal de dichos servicios, y por otro, las situaciones de pobreza a las cuales son más

proclives como consecuencia precisamente de los factores sociales que conforman la discapacidad” (Palacios & Romañach, 2008). Respecto a las barreras culturales, Granizo indica que suscitan determinadas formas de representación y actuación hacia el colectivo de personas con discapacidad. De manera general son campos de la cultura: la televisión, el cine, la literatura, la prensa y los diferentes medios de comunicación social, los cuales incorporan estereotipos negativos que fundamentalmente son hostiles, discriminatorios y excluyentes (Granizo, 2014). En cuanto a las barreras económicas, Ruiz et al. (2013) se refieren a que reciben una menor remuneración respecto a las demás personas y por tanto, tienen bajos ingresos y bajo estrato socioeconómico.

En el análisis de las leyes que se refieren a las barreras, 1450(Congreso de la República de Colombia, 2011c), 1562(Congreso de la República de Colombia, 2012^a), 1566(Congreso de la República de Colombia, 2012b), 1616 (Congreso de la República de Colombia, 2013a),1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c), 1751(Congreso de la República de Colombia, 2015^a) y 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015b), se encuentra que al referirse a la población objeto de estudio utiliza las expresiones “persona con discapacidad”, “población con discapacidad”, “personas en condición de discapacidad”. En este sentido, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-458 de 2015 ordenó la unificación del concepto por persona con discapacidad o en situación de discapacidad, argumentando que el lenguaje puede ser una herramienta de exclusión de las minorías(Corte Constitucional, 2015), sin hacer ninguna diferenciación ontológica respecto a estas dos formas de referenciación.

Por otra parte, si bien hay estudios sobre las barreras que presentan las personas con discapacidad, incluidas aquellas relacionadas con el ámbito laboral, en los mismos no se encuentra una descripción respecto a qué consiste cada una de ellas; en algunos casos se menciona indistintamente las barreras físicas y de infraestructura; en otros se asemejan las sociales con las culturales incluso las económicas con las sociales (Flores, Jenaro, Tomşa, López, & Beltrán, 2014; Programa Pacto de Productividad, 2010) Aunque el cambio de lenguaje es importante y demuestra la evolución de la visión rehabilitadora al social, es necesario verificar en la práctica la incidencia de cambiar de paradigma, y es desde este punto de vista que las normas de la salud laboral deben abordar a las personas con discapacidad, desde un enfoque de derechos. En este sentido, respecto al concepto de discapacidad es necesario analizar si las leyes tienen en cuenta este enfoque de forma explícita o implícita, ya que desde la ratificación de la Convención se asumió este compromiso internacional.

Desde la visión social de la discapacidad los derechos humanos de las personas con discapacidad deben estar dirigidos a equilibrar el acceso al ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida. (Victoria, 2013)

Enfoque de derechos

Para enfrentar las diversas dificultades que presentan las personas con discapacidad se ha señalado que la comprensión de su concepto solamente es posible desde un enfoque de derechos humanos, en el entendido de que todos somos iguales en dignidad, libertad y derechos sin distinción alguna (Eroles y Fiamberti, 2002).

En esta línea, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad da prioridad al cumplimiento de la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables (Pérez, 2012). En el artículo 2° se define como los ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, y el diseño para todos como “la elaboración de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” (Organización de Naciones Unidas, 2006).

Por otra parte, en el artículo 9° define acceso universal como “la necesidad de asegurar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales” (Organización de Naciones Unidas, 2006).

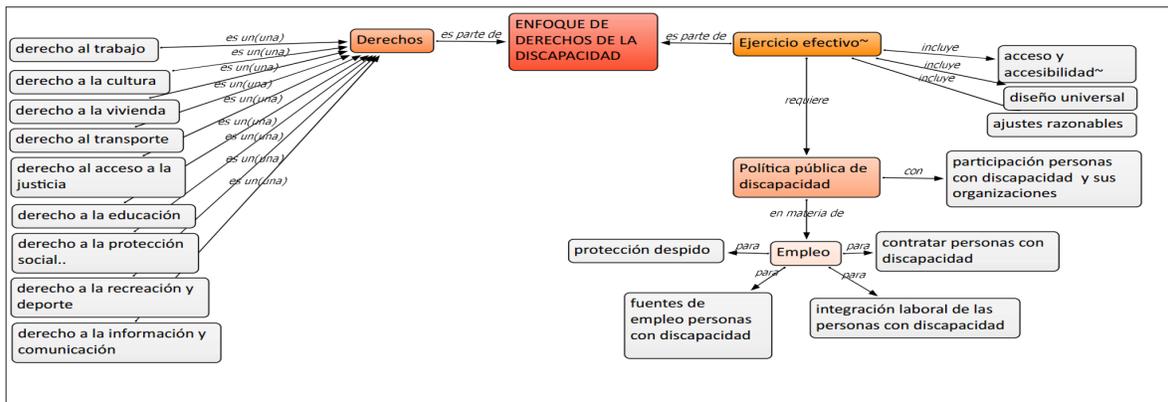
Desde la perspectiva del enfoque de derechos, la Observación 2 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU señala que la Convención no creó nuevos derechos sino que tiene unos principios, como la accesibilidad, que es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente, participar plenamente y en pie de igualdad en la sociedad y disfrutar de manera ilimitada de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás (Organización de Naciones Unidas, 2014).

También se ha indicado que los diseños no terminan de satisfacer las necesidades de todas las personas con discapacidad, debido a que la casuística es innumerable y no todo puede ser previsto por el Estado. Además, cuando la accesibilidad universal y el diseño para todos fracasa, deben entrar a operar los ajustes razonables (Pérez, 2012). Por tanto, los presupuestos de acceso universal, diseño para todos y ajustes razonables son principios desarrollados para garantizar el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad.

Lo anterior es relevante en ámbito laboral, ya que a pesar de la creación de instrumentos legales de carácter internacional y nacional, persisten las desventajas laborales debido a las restriccio-

nes para acceder a educación, movilidad en el entorno y otros factores que determinan la posibilidad para desempeñarse en una actividad productiva que garantice independencia económica y autonomía personal (Zondek, 2015).

En el ejercicio de codificación de las ocho leyes estudiadas se encontró que solamente la Ley 1616 (Congreso de la República de Colombia, 2013a), sobre salud mental, utiliza expresamente el término “enfoque de derechos”. No obstante, considerando lo expuesto, el enfoque tiene dos componentes: los derechos y el ejercicio efectivo, temas relevantes en otras leyes, como se explica a continuación.



Fuente: construcción propia de los autores a partir de la codificación normativa a través de Atlas.Ti.

FIGURA 2. RED DE ENFOQUE DE DERECHOS DE LA DISCAPACIDAD

De forma expresa, los artículos 10 al 18 y 20 de la Ley 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c) se refieren a los derechos que tienen las personas con discapacidad y especifican los siguientes: al trabajo, a la cultura, vivienda, transporte, acceso a la justicia, educación, protección social recreación y deporte y a la información y comunicación. En todos los artículos citados, para referirse al contenido de los derechos, se establece que se garantizan para el ejercicio total y efectivo y traza medidas para garantizar su cumplimiento.

Aunque son derechos de todas las personas, la norma pretende que se garanticen para esta población específica, y expresamente definen que el Estado y los gobiernos son los que deben garantizar su cumplimiento. Sobre el ejercicio efectivo de derechos, las leyes 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997) y 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c) de forma taxativa se pronuncian; la primera, para establecer la obligación de las ramas del poder público de disponer de todos los recursos para su cumplimiento (art. 4) y la segunda, para garantizarlo a partir de políticas, planes y programas (artículos 1,5 y 12). En ambas normas se reiteran las obligaciones del Estado, especialmente de las entidades públicas.

Sobre el ejercicio efectivo se encuentra que incluye el acceso universal, el diseño para todos y los ajustes razonables. Sobre el acceso universal, se utiliza el concepto en las leyes 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997), 1566(58), 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015b) y 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c). En el artículo 44 de la Ley 361 se indica que la accesibilidad es “la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes” (Congreso de la República de Colombia, 1997). Esto implica espacios físicos, como también salidas de emergencia, rutas de evacuación, información sobre los servicios, entre otros aspectos relacionados con la facilidad y la confiabilidad.

Por su parte, la Ley 1566 hace referencia a la accesibilidad en cuanto a servicios de salud para la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas (art. 2) y la Ley 1753 especifica el tema de acceso universal con una directriz al Gobierno para implementar una ruta de atención intersectorial para las personas con discapacidad con la finalidad de asegurar el acceso efectivo a la oferta programática en el nivel territorial (art. 81).

La definición más completa de acceso universal se encuentra en la Ley 1618, que establece que son

condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.(art. 4)

El término “diseño universal” es desarrollado en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 1618, en la que se establece que las

entidades públicas y privadas encargadas de la prestación de los servicios públicos, de cualquier naturaleza, tipo y nivel, desarrollan sus funciones, competencias, objetos sociales, y en general, todas las actividades, siguiendo los postulados del diseño universal, de manera que no se excluya o limite el acceso en condiciones de igualdad, en todo o en parte, a ninguna persona en razón de su discapacidad. (Congreso de la República de Colombia, 2013c)

Y hace mención expresa en materia de transporte en el numeral 1 del mismo artículo y en numeral 2 del artículo 20 sobre vivienda de interés social.

Por último, los ajustes razonables son abordados en las leyes 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015b) y 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c). De forma particular, la

Ley 1753, en su artículo 59, solamente se refiere a este término respecto a los proyectos sufragados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura en Educación para indicar que deben tenerlos en cuenta de forma obligatoria. Por su parte, la Ley 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c) en el artículo 1 se centra en estos ajustes como una medida para el ejercicio efectivo de derechos, y en el numeral 1 del artículo 14, la obligación de las entidades públicas y privadas encargadas de la prestación de los servicios públicos de diseñar, implementar y financiar todos los ajustes razonables que sean necesarios. Es decir, la obligatoriedad de proveer los ajustes razonables al empleado con discapacidad aplica tanto a los empleadores públicos como privados en aras de garantizar la igualdad en cualquier sector.

Si bien la Ley 1616 (Congreso de la República de Colombia, 2013a) es la única que expresamente se refiere al enfoque de derechos, en otras leyes, como la Ley 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c), se profundiza en el ejercicio de derechos. Esto se debe a su carácter de norma estatutaria que pretende garantizar los derechos de las personas con discapacidad, es una respuesta a la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Adicionalmente, en las normas se establece que para el ejercicio de derechos se requiere de políticas públicas de discapacidad. Concretamente, en el artículo 2 de la Ley 1618 se establece para el ejercicio de derechos la nación, los departamentos, distritos, municipios y localidades, así como todas las entidades estatales de todos los órdenes territoriales, incorporarán en sus planes de desarrollo tanto nacionales como territoriales, así como en los respectivos sectoriales e institucionales, su respectiva política pública de discapacidad, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad (Congreso de la República de Colombia, 2013c).

Por otra parte, desde la perspectiva de derecho, en el artículo 65 de la Ley 1438 se cita específicamente la política nacional de salud mental (Congreso de la República de Colombia, 2011a) y en el artículo 81 de la Ley 1753 se estipula la política pública como estrategia de atención intersectorial para la discapacidad a partir de una ruta de atención en salud (Congreso de la República de Colombia, 2015b).

De forma muy precisa, en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 1438 (Congreso de la República de Colombia, 2011a), y en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015b) se menciona la importancia de la participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones en las políticas públicas de discapacidad. Lo cual se encuentra acorde con el lema de Caucus Internacional de la discapacidad, coalición que agrupa al movimiento internacional de las personas con discapacidad con la participación de diferentes organizaciones: "Nada sobre nosotros sin nosotros" (UIA, s. f.). Eslogan, que ha sido reiterado en diferentes escenarios de debate sobre la discapacidad, como lo hace Palacios (2008^a) al explicar

la visión social de la discapacidad y la injerencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad y sus organizaciones o movimientos.

A partir de la relevancia que se da a la participación de las personas con discapacidad se indagó en las leyes por otros referentes relacionados y se encontró que en el literal b del artículo 23 se consagra la “prelación en el otorgamiento de créditos, subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación”, y desde una visión social, en el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1618 se tiene en cuenta la participación de estas personas para la toma de decisiones en el ámbito social, económico, ambiental, político, educativo y laboral, tema que toma mayor especificidad en el artículo 25 de la misma norma, cuando se refiera a la participación de las mujeres con discapacidad (Congreso de la República de Colombia, 2013c).

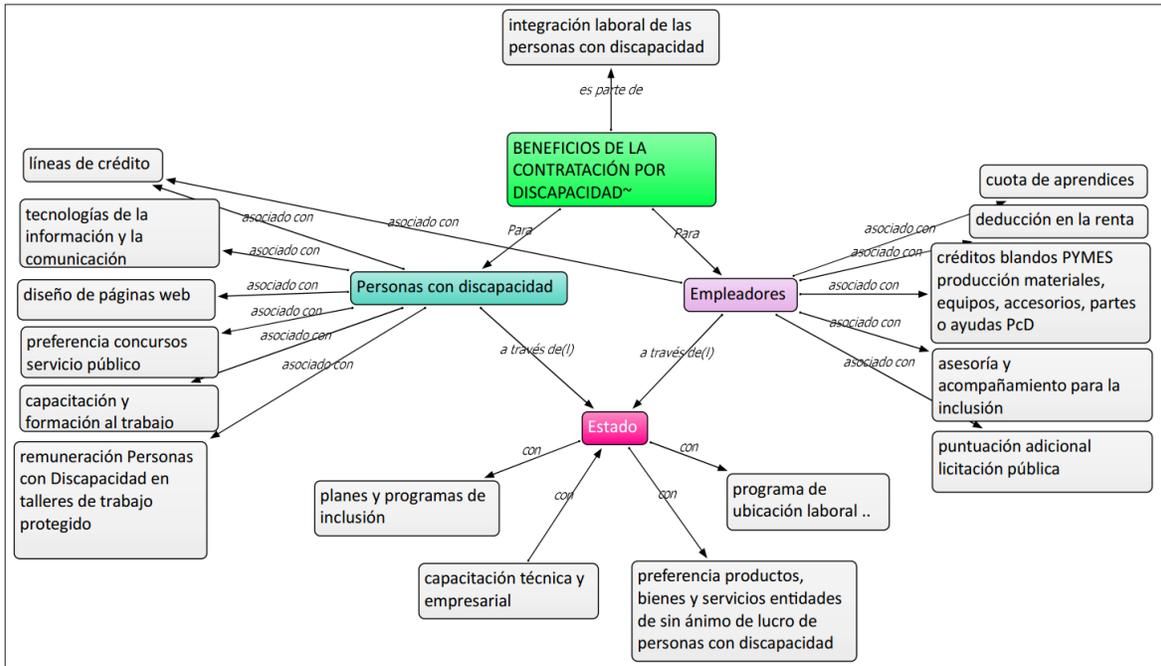
En relación con la política pública de la discapacidad se encuentran artículos para proteger a las personas del despido en razón de su discapacidad, fuentes de empleo, integración laboral y contratación. Respecto a la protección para no ser despedidos en razón de su discapacidad, es un imperativo del artículo 26 de la Ley 361, en el que se precisa de que en caso que no sea posible su reubicación laboral, los empleadores deben solicitar el permiso al Ministerio de Trabajo. Sobre las fuentes de empleo, en el artículo 22 se prevé que el Gobierno, en la política nacional de empleo, adoptará las medidas pertinentes para la creación y fomento de fuentes de empleo para esta población (Congreso de la República de Colombia, 1997).

En cuanto a la a integración laboral, el artículo 4 de la Ley 361 contempla que es una obligación del Estado, y para garantizarla se proponen beneficios de contratación para las personas con discapacidad y sus empleadores. Es decir, existe relación entre integración y contratación laboral, a través de los beneficios que se otorgan para vincular a las personas con discapacidad. Por tanto, los beneficios se convierten en un elemento importante del concepto de discapacidad desde la óptica de las normas relacionadas con la salud laboral de esta población.

Beneficios

En América Latina, con la finalidad de lograr la inclusión laboral, se han trazado estrategias para promover el empleo de las personas con discapacidad, como cuotas obligatorias de reserva de puestos de trabajo en la administración pública y en la empresa privada, preferencias a empresas que contraten personas con discapacidad en la adquisición de bienes o en la contratación de servicios, servicios públicos de empleo y orientación laboral, incentivos a las empresas privadas para que contraten esta población, medidas adicionales para facilitar el trabajo, acciones para sensibilizar a las empresas, formación ocupacional y empleo con apoyo, entre otras (Palacios, 2008b).

Desde estos referentes se procede a revisar sobre las estrategias trazadas en Colombia a través de los denominados beneficios. A continuación, se presenta la red de los códigos identificados sobre este tema en las leyes analizadas.



Fuente: construcción propia de los autores a partir de la codificación normativa a través de Atlas.Ti.

FIGURA 3. RED DE BENEFICIOS DE LA CONTRATACIÓN POR DISCAPACIDAD

Para las personas con discapacidad, en el esquema planteado se encuentra que los beneficios se dan de diferentes formas, como lo establece el literal d, numeral 2 del artículo 13 la Ley 1618, unos orientados a la parte económica para el desarrollo de actividad a través de las tecnologías de la información, el diseño de páginas *web*, ofrece líneas de créditos para empresa de o que contraten personas con discapacidad , y otros orientados al bienestar, como los relacionados con la capacitación y formación.

La Ley 361 también había previsto preferencia en concursos públicos (art. 27) y estándares para la remuneración de las personas con discapacidad que participan en talleres de trabajo protegido. Los cuales se orientan al desarrollo de habilidades laborales de esta población (art. 32), es decir, se ofrecen formación en oficios específicos, y como retribución lo que produce el trabajador se comercializa. Lo que realmente hace la norma es determinar que no podrán ser remuneradas por debajo del 50 % del salario mínimo legal vigente, excepto cuando se encuentre

aún bajo terapia, en cuyo caso no podrá ser remunerado por debajo del 75 % del salario mínimo legal vigente (Congreso de la República de Colombia, 1997).

Respecto a los empleadores, en el artículo 31 de la Ley 361 se les brinda reducción en la cuota de aprendices y deducciones en la renta. En el artículo 34 se ofertan créditos blandos a pequeñas y medianas empresas encargadas de la producción de materiales, equipos, accesorios, partes o ayudas para las personas con discapacidad. Por su parte, en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley 1618 se les ofrece líneas de créditos a empleadores con discapacidad, en el literal c del numeral 3 del mismo artículo, asesoría y acompañamiento para su inclusión, y en numeral primero del mismo precepto, puntuación adicional en los procesos de licitación.

Asimismo, en materia de beneficios, el Estado estimula a personas con discapacidad y sus empleadores con planes y programas de inclusión, capacitación técnica y empresarial y programas de ubicación laboral, como se indica en los literales b, c y d del numeral 2 del artículo 13 de la Ley 1618 (Congreso de la República de Colombia, 2013c). Además, a través de preferencia en la compra de bienes y servicios producidos por entidades sin ánimo de lucro de personas con discapacidad, como se plantea en el artículo 30 de la Ley 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997).

Como puede observarse, en Colombia las normas relacionadas con la salud laboral de las personas con discapacidad propugnan por los derechos de las personas con discapacidad en los ambientes de trabajo; además de reconocer las barreras, implementan estrategias para la inclusión y beneficios para la contratación laboral.

Por lo tanto, inicialmente es posible afirmar que bajo el principio de la no discriminación se han ejercido acciones para adecuar la legislación a una visión social de la discapacidad. No obstante, como se encuentra en el informe sobre el cumplimiento de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Colombia los esfuerzos para promover la inclusión laboral de personas con discapacidad son escasos y de bajo impacto, aunado a las evidentes desigualdades interseccionales y la persistente discriminación basada en la discapacidad y la ausencia de una regulación de los ajustes razonables (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016).

Esta afirmación coincide con la apreciación que la discriminación por discapacidad existe, y además se incumplen sistemáticamente las leyes pensadas para evitarla (Palacios y Romañach, 2008), y a partir de esta se generan desigualdades y por esto se reconoce como un grupo vulnerable (De Menezes, De Menezes & De Menezes, 2016; Ferrante, 2015; Finsterbusch, 2016; Victoria, 2013). Al respecto Katzman y Wormald (2002), señalan que una discapacidad altera significativamente las condiciones de vida y acentúa la vulnerabilidad a la pobreza, es decir, se generan otros problemas de salud pública para este colectivo, y en esta medida, más brechas de equidad.

Sobre las desigualdades de las personas con discapacidad, De Menezes et al., (2016), destaca la necesidad de medidas para lograr la igualdad jurídica, de trato y oportunidades en aras de la inclusión social y una vida independiente. Mientras Ferrante (2015) precisa que las medidas tienden a generar un discurso de buenas intenciones y a invisibilizar la proliferación de modos de desigualdad.

También autores como Emerson et al. reconocen que en la exclusión que presentan las personas con discapacidad en el mercado laboral puede que desempeñen un papel importante los determinantes sociales existente)(Emerson et al., 2011). Por lo tanto, es relevante revisar el “término determinantes” sociales desde el concepto de discapacidad que abordan las leyes relacionadas con la salud laboral para las personas con discapacidad en Colombia.

4. CONCLUSIONES

Respecto al concepto discapacidad, se refleja en las leyes relacionadas con la salud laboral de las personas con discapacidad un cambio de lenguaje que transita de la visión médica o rehabilitadora a la visión social, en la cual se tiene en cuenta las deficiencias y las barreras para la participación y la igualdad y, en general, se utiliza las expresiones “personas con discapacidad” y/o “en situación de discapacidad”. En cuanto a las deficiencias, es un término transversal en todas las leyes como un elemento de la discapacidad y algunas normas siguen centrando la protección de esta población desde este aspecto biológico, sean físicas, psíquicas o sensoriales, y por ende, se siguen utilizando nociones excluyentes, como “personas inválidas” y “discapacitadas”.

Sobre las barreras para la participación y la igualdad, se encuentra que son estudiadas especialmente por las leyes 361 y 1618; esta última, además de enfatizar en las barreras físicas, menciona, entre otras, las actitudinales y comunicativas, lo cual es representativo, pero desde lo conceptual requiere una mayor descripción, ya que ante la ausencia de una definición legal, incluso fundamentación epistemológica, pueden confundirse y referirse a estas indistintamente, ya que todas están orientadas a la aplicación del principio de no discriminación y a minimizar las desigualdades de esta población.

Por otra parte, en las normas estudiadas se evidencian dos términos importantes, enfoque de derechos y beneficios para la contratación. Sobre el enfoque de derechos sobresalen las leyes 361, 1438, 1566, 1616, 1618, 1753. Especialmente se reúnen los elementos de acceso universal, diseño para todos y ajustes razonables en la Ley 1618, lo cual es coherente con su finalidad, garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y enfatiza en la necesidad de políticas públicas y estrategias a cargo del Estado, como beneficios económicos para las personas con discapacidad y sus empleadores, aunque es un tema transversal en las demás normas producidas con posterioridad a la ratificación de la Convención.

Sobre los beneficios para la contratación de personas con discapacidad, especialmente se refieren las leyes 361 y 1618, con un contenido orientado a comprometer al Estado en su ejecución y cumplimiento; no obstante esta estrategia se torna insuficiente, como puede verse en el informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto al cumplimiento en Colombia de la citada Convención, ya que aunque desde las normas se promueve la inclusión, se evidencian desigualdades intersectoriales y se insiste que persiste la discriminación basada en la discapacidad; además se advierte que hay ausencia de regulación de ajustes razonables.

5. REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. , (1991).
- Barba, C. (2014). Diversidad Vulnerada: Discriminación y política de protección del derecho a la igualdad en Baja California Sur. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, 20, 193–204.
- Benavídez, F., Boix, P., Rodrigo, F., & Gil, J. (2013). *Informes de Salud Laboral. España 2001-2010* (p. 95). Recuperado de CISAL-UPF website: http://www.aespla.com/attachments/article/57/2013_02_ISL_2001-2010.pdf
- Buitrago, M. T. (2013). *Discapacidades peregrinas «Construcciones Sociales de la Discapacidad en Colombia: Aportes para la Salud Pública desde una Perspectiva Crítica»*. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/10737/1/5598367.2013.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016, agosto 31). *Situación de los derechos de las personas con discapacidad en Colombia*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20389&LangID=S>
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 100*. , Pub. L. No. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre (1993).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 361*. , Pub. L. No. Diario Oficial 42.978 del 11 de febrero (1997).
- Congreso de la República de Colombia. *1438*. , (2011).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1438*. , Pub. L. No. Diario Oficial 47.957 de 19 de enero (2011).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1450*. , Pub. L. No. Diario Oficial 48.102 16 de junio (2011).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1562*. , Pub. L. No. Diario Oficial 48.488 de 7 de julio (2012).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1616*. , Pub. L. No. Diario Oficial 48.680 de 21 de enero (2013).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1616*. , (2013).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1618*. , Pub. L. No. Diario Oficial 48.717 de 27 de febrero de 2013 (2013).

- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1751.* , Pub. L. No. Diario Oficial No. 49.427 de 16 de febrero (2015).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1753.* , Pub. L. No. Diario oficial No 49.538 de 9 de junio (2015).
- Congreso de la República de Colombia, C. *Ley 1566.* , Pub. L. No. Diario Oficial 37.852 de 21 de abril (2012).
- Corte Constitucional. *C-458.* , (2015).
- De Menezes, J. B., De Menezes, H. J. B., & De Menezes, A. B. (2016). A abordagem da deficiência em face da expansão dos direitos humanos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 17(2), 551-572.
- Emerson, E., Madden, R., Graham, H., Llewellyn, G., Hatton, C., & Robertson, J. (2011). The health of disabled people and the social determinants of health. *Public Health*, 125(3), 145-147. <https://doi.org/10.1016/j.puhe.2010.11.003>
- Eroles, C., & Fiamberti, H. (2002). *Los derechos de las personas con discapacidad* (Universidad de Buenos Aires). Recuperado de http://www.cud.unlp.edu.ar/uploads/docs/libro_eroles_fiamberti.pdf
- Ferrante, C. (2015). Discapacidad y mendicidad en la era de la Convención: ¿postal del pasado? *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, 68, 151. (110041002).
- Ferreira, M. (2010). De la minus-valía a la diversidad funcional: Un nuevo marco teórico-metodológico. *Política y Sociedad*, 47, 454-465.
- Finsterbusch, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Revista ius et praxis*, 2, 227-251.
- Flores, N., Jenaro, C., Tomşa, R., López, J., & Beltrán, M. (2014). Actitudes, barreras y oportunidades para el empleo de personas con discapacidad intelectual. *Revista de Derecho. Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 15, 1-24.
- Gadamer, H. (1988). *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme.
- García, M. (2005). La salud laboral y la salud pública: 10 años de políticas sanitarias de salud laboral. *Arch Prev Riesgos Labor*, 8, 100-2.
- Granizo, S. (2014). Representación cultural de la discapacidad. *PODIUM*, 26, 1-14.
- Labrunée, M. E., & Gallo, M. E. (2005). Vulnerabilidad social: El camino hacia la exclusión. En *Trabajo Decente* (pp. 133-153). Recuperado de <http://nulan.mdp.edu.ar/716/1/01207f.pdf>
- Moreno, M. (2011). *Infancia, políticas y discapacidad* (1. ed). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Neffa, J. (1990). *Que son las condiciones y medio ambiente de trabajo*. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/conmetrab.pdf>

- Oliver, M. (1998). ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En *Discapacidad y sociedad* (1 ed., pp. 34-58). Recuperado de <http://bivipas.info/handle/10720/645>
- Organización de Naciones Unidas. *Observación General 14.* , (2000).
- Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* , (2006).
- Organización de Naciones Unidas. *Observación General N° 2 Accesibilidad. Comité Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad.* , (2014).
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 159.* , (1983).
- Organización Mundial de la Salud. (1980). *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.* Ginebra, Suiza: OMS.
- Organización Mundial de la Salud. (2014). *Plan de acción mundial de la Organización Mundial de la Salud sobre discapacidad 2014-2021: Mejor salud para todas las personas con discapacidad.* (N.º A67; p. 23). Recuperado de Organización Mundial de la Salud website: http://www.who.int/disabilities/policies/actionplan/disability_action_plan_es.pdf
- Organización Panamericana de la Salud, & Organización Mundial de la Salud. (2000). Estrategia de Promoción de la Salud en los lugares de trabajo de América Latina y el Caribe: Anexo No 6. Recuperado 18 de mayo de 2015, de http://www.who.int/occupational_health/regions/en/oehpromocionsalud.pdf
- Padilla, A. (2010). Discapacidad: Contexto, concepto y modelos. *International Law*, 16, 381–414.
- Palacios, A. (2008a). *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (1a ed.). Recuperado de <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>
- Palacios, A. (2008b). *Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.* 12. Recuperado de <http://orff.uc3m.es/handle/10016/9900>
- Palacios, A., & Romañach, J. (2008). El modelo de la diversidad: Una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). *Revista Sociològica de Pensamiento Crítico*, 2, 37-47.
- Parra, M., & International Labour Office. (2003). *Conceptos básicos en salud laboral: Eje para la acción sindical.* Santiago de Chile: OIT.
- Pérez, L. C. (2012). *La configuración jurídica de los ajustes razonables.* 159–183. Recuperado de <http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/la%20configuracion%20juridica%20de%20los%20ajustes%20razonables.pdf>
- Presidencia de la República. *Decreto 917.* , (1999).

- Programa Pacto de Productividad. (2010). *Estudio de barreras para la inclusión laboral de las personas con discapacidad* (p. 58). Recuperado de Ministerio de Salud y Protección Social website: <http://www.pactodeproductividad.com/pdf/estudiodebarrerasparalainclusionlaboraldepcd.pdf>
- Stang, M. F. (2011). *Las personas con discapacidad en América Latina del reconocimiento jurídico a la desigualdad real* (Población y Desarrollo N.º 103; p. 83). Recuperado de Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) website: http://www.bivica.org/upload/discapitados_america_latina.pdf
- UIA. (s. f.). International Disability Caucus. Recuperado 8 de marzo de 2018, de International Disability Caucus (IDC) website: <https://uia.org/s/or/en/1100053244>
- Vásquez, M. L., Ferreira, M. R., Mogollón, A., Fernández, M. J., Delgado, M. E., & Vargas, I. (2011). *Introducción a las técnicas cualitativas de investigación aplicadas en salud*. Cali: Universidad del Valle.
- Victoria, J. (2013). Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1093-1109. [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71162-1](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71162-1)
- World Health Organization. (2001). *International classification of functioning, disability, and health: ICF*. Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43360/1/9241545445_spa.pdf
- Zondek, A. (2015). *Manual para una inclusión laboral efectiva de personas con discapacidad*. Recuperado de <http://www.senadis.gob.cl/descarga/i/2874/documento>

Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia*

*Legal regime applicable to
international sales in Colombia*

* Este artículo hace parte de la estancia de investigación postdoctoral en el Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de la ciudad de Hamburgo (Alemania) y del proyecto de investigación “El impacto de la globalización en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías”, aprobado en la Resolución 039 de 2015 de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

W I L L I A M F E R N A N D O M A R T Í N E Z L U N A

Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho de los negocios y litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, abogado de la Universidad Santo Tomás sede Bucaramanga, Profesor Titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.
williamf.martinezl@utadeo.edu.co

Resumen

Con el fin de incrementar la seguridad jurídica de la contratación internacional, la ley aplicable al contrato debe contar con un elevado nivel de previsibilidad. Para alcanzarlo, los Estados han venido implementando normas materiales uniformes y normas de conflicto uniformes. Sin embargo, las normas de conflicto internas en países como Colombia, lamentablemente todavía tienen un rol principal. La jerarquía y aplicación de estas disposiciones representa un enorme reto para el operador jurídico colombiano. El presente artículo tiene como principal objetivo establecer los criterios que debe seguir el juez colombiano para determinar la ley aplicable al contrato internacional de compraventa.

PALABRAS CLAVE

Ley aplicable, norma de conflicto, compraventa internacional.

Abstract

In order to increase the legal certainty of the international contract, the applicable law to international contract should be highly foreseeable. To reach it, the States have been implementing uniform substantive legislation and uniform conflict of law rules. However, domestic conflict of law rules, in countries such as Colombia, still unfortunately play a leading role. The hierarchy and application of these provisions represents a huge challenge for the Colombian's courts. The main objective of this paper is to establish the criteria that the Colombian judge must follow to determine the applicable law to international sales contract.

KEYWORDS

Applicable law, conflict of law rules, international sales.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales incertidumbres que genera la conclusión de un contrato internacional es saber cuál derecho sustancial aplicará el juez para dirimir los conflictos que se presenten en el devenir de esta relación jurídica¹. Justamente para disminuir esta incertidumbre e incrementar la seguridad jurídica internacional, el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) establece una serie de normas cuyo principal objetivo es “determinar el régimen jurídico sustancial o de fondo” (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 44) que regirá el contrato, haciendo efectivas “las razonables y legítimas expectativas de las partes en la transacción...” (Dicey, Morris & Collins, 2012, p. 4).

Para alcanzar este objetivo, el DIPr. utiliza principalmente las normas materiales uniformes y las normas de conflicto (internas o uniformes). Las normas materiales uniformes brindan una “respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales” (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 405), es decir, no son normas de remisión sino de aplicación directa. Estos cuerpos jurídicos evitan el denominado conflicto de leyes, pues no existe la incerteza de cuál ley nacional aplicar para dirimir el conflicto; por el contrario, de manera directa el juez utiliza la norma material uniforme para fallar de fondo.

No obstante ser un instrumento legal importante que evita el conflicto de leyes, las normas materiales uniformes todavía resultan escasas para lograr una uniformidad legal internacional, pero incluso aquellas que ya existen, tan solo regulan aspectos concretos de la relación jurídica internacional², por lo que en la mayoría de los contratos sigue siendo necesario acudir a la norma sustantiva interna por medio de la norma de conflicto (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 405).

¹ Las normas para la determinación de la ley aplicable a una situación privada internacional hacen parte de uno de los tres sectores que el Derecho internacional privado disciplina para incrementar la seguridad jurídica internacional, junto con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

² *Vid.* Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005); Convenio de Berna de 1886; Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929; Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (Ginebra, 19 de mayo de 1956); Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), de 25 de febrero de 1961; Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995); Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), entre otros.

Por su parte, la norma de conflicto es una disposición de fuente interna o internacional que tiene como principal objetivo establecer la ley nacional que regula el vínculo jurídico, es decir, es una norma de remisión. Para ello, sitúa la relación en un Estado concreto, y las normas materiales de dicho Estado, son las encargadas de regirlo.

La característica principal de la norma de conflicto es que dicha disposición no otorga una solución sustantiva directa, sino que remite al ordenamiento jurídico nacional que la proporciona (Calvo y Carrascosa, 2016, p. 404).

En la actualidad, existe una estrecha relación entre las normas materiales uniformes y las normas de conflicto. En efecto, como no se cuentan con suficientes normas materiales uniformes, e incluso las existentes no traen una reglamentación integral, en no pocos casos debe acudir a la norma sustantiva interna por medio de la norma de conflicto. Sin embargo, esta interrelación ha representado una enorme dificultad principalmente para el operador jurídico, pues en muchas ocasiones ha aplicado directamente la norma interna para regular un contrato internacional, sin pasar previamente por la norma de conflicto; o lo que es peor, ha utilizado la norma interna para fallar de fondo cuando era aplicable una norma material uniforme.

Por esta razón, se hace imperioso delimitar los ámbitos de aplicación de la norma material uniforme, su jerarquía respecto de la norma sustancial interna, y la interrelación de estas con las normas de conflicto, a fin de que el juzgador establezca de manera correcta la disposición jurídica que regula el contrato internacional.

Este artículo centra su atención en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, con el objetivo de establecer los criterios que debe seguir el operador jurídico colombiano para identificar la ley aplicable a este contrato internacional, destacando justamente la relación entre la Convención de Viena de 1980 (en adelante CV) como norma material uniforme, la norma de conflicto uniforme, y la norma de conflicto interna, como medio para establecer la ley nacional aplicable. Este estudio no pretende profundizar en el concepto de compraventa ni en los ámbitos de aplicación de la CV, asuntos abundantemente debatidos por la doctrina, sin embargo, se hace necesario abordarlos con el objetivo de destacar el amplio abanico de disposiciones, conceptos y presupuestos, que el juez ha de tener en cuenta para establecer la ley del contrato internacional, puntualizando los límites entre la norma material uniforme y la norma sustantiva interna y el rol de la norma de conflicto.

El artículo inicia con la calificación de la relación jurídica como compraventa y su internacionalidad, los ámbitos de aplicación (temporal y espacial) de la CV, para finalizar con la determinación de la ley aplicable por medio de la norma de conflicto uniforme y la norma de conflicto interna, siendo esta la vía idónea para establecer el régimen jurídico aplicable a un contrato internacional de compraventa.

2. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y SU INTERNACIONALIDAD

El primer análisis que debe hacer el Tribunal para establecer el régimen aplicable al contrato internacional de compraventa es definir si la relación jurídica encuadra dentro del concepto mismo de compraventa, es decir, debe confrontar el acto jurídico bilateral con el tipo contractual concreto. La mayoría de legislaciones internas cuentan con una definición del contrato de compraventa; así, el artículo 1849 del código civil colombiano estipula que es "...un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio". El Código Civil español en el artículo 1445 establece que "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente". Por su parte, el Código de Comercio de Colombia lo define como

... un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario...

Como se aprecia, el concepto de compraventa recogido por las normas internas antes mencionadas se basa en la descripción de las principales obligaciones tanto del comprador como del vendedor, siendo este el común denominador de todas las definiciones legales de este tipo contractual.

En los textos internacionales la situación es diferente: la CV, por ejemplo, carece de una noción de compraventa, lo mismo ocurre con el Convenio sobre la venta de objetos muebles corporales³, sin embargo, la doctrina no ha encontrado ninguna dificultad por tal carencia, dado que se puede inferir de las principales obligaciones del comprador y del vendedor (artículos 30 y 53 CV). De esta manera, se puede entender por compraventa, a efectos de la CV, "el contrato sinalagmático en virtud del cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio" (Calvo, 1998, p. 47).

En suma, si la intensión de las partes al celebrar el contrato es la transferencia de la propiedad de un bien, de un contratante a otro, con la obligación recíproca de pagar el precio por parte de quien lo recibe⁴, no habrá duda de que el contrato celebrado es el de compraventa.

³ Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales.

⁴ Hay que tener en cuenta lo contemplado en el artículo 1850 CC colombiano: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario".

En términos generales, el contrato de compraventa, principalmente el de mercaderías, no ha presentado mayores problemas en cuanto a su calificación, puesto que las prestaciones principales llevadas a cabo por las partes permiten distinguir este tipo contractual de otro.

Definido que el vínculo jurídico encuadra dentro del tipo contractual de compraventa, el operador judicial debe establecer si la relación jurídica es interna o internacional. Para esto, debe analizar si el contrato tiene vínculos con solo un Estado, o si, por el contrario, cuenta con puntos de conexión con dos o más Estados.

Existen varias tesis acerca de la internacionalidad del contrato⁵, sin embargo, la tesis del elemento extranjero es la que mejor se adapta al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas. Esta tesis establece que un contrato es internacional cuando presenta al menos un punto de conexión con un país diferente de aquel donde se adelanta el proceso judicial. Es decir, cuando la relación jurídica cuenta con por lo menos un elemento extranjero (Calvo y Carrascosa, 2011, p. 629; Giuliano y Lagarde, 1992, p.10).

Este elemento de extranjería puede ser cualquiera, ya que no se debe tomar en consideración su naturaleza, intensidad o relevancia, pero necesariamente ha de estar relacionado de manera directa con una situación jurídica específica, y este vínculo directo con el contrato trae como consecuencia su calificación como internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el elemento extranjero puede encontrarse en dos tipos de situaciones: las objetivamente internacionales y las subjetivamente internacionales. En la primera, el contrato cuenta con elementos objetivos que lo vinculan con más de un país. Los elementos objetivos más comunes son el domicilio o residencia de las partes, el lugar de ejecución de las prestaciones, el lugar de celebración del contrato, entre otros. En la segunda de las situaciones, esto es, las subjetivamente internacionales, los elementos objetivos del contrato se encuentran localizados en un único país, pero las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad (conflictual en este caso), han acordado que un Derecho extranjero regule de fondo el contrato. Esta elección hace que el contrato sea considerado como internacional, sin embargo, no pueden desconocerse las normas imperativas del país que reúne todos los elementos objetivos del contrato. En conclusión, esta tesis sostiene que tan solo los contratos que cuentan con todos sus elementos objetivos y subjetivos en un solo país, y que por este motivo no presentan la duda de cuál norma jurídica se aplica al litigio, deben considerarse como contratos internos o nacionales, y por esta razón son ajenos al DIPr. (Carrascosa, 2006). La tesis del elemento extranjero

⁵Una de ellas es la tesis del efecto internacional. Originario de la doctrina francesa, esta tesis valora la internacionalidad de acuerdo con las consecuencias o efectos que produce la relación jurídica. *Vid.* Carrascosa (2009, 108; 2006).

se ha incluido en muchos cuerpos jurídicos internacionales, como el Reglamento Roma I, el Convenio de Roma de 1980, entre otros.

3. LA NORMA MATERIAL UNIFORME PREVALECE SOBRE LA NORMA DE CONFLICTO

Luego de definir que la relación jurídica es una compraventa, y de establecer que dicho vínculo es internacional, le corresponde al operador jurídico determinar si existe una norma sustantiva uniforme sobre la materia, pero sobre todo si el concreto contrato entra dentro del ámbito de aplicación de la norma uniforme internacional. En otras palabras, definido que se está en presencia de un contrato de compraventa internacional, el juez debe –antes de aplicar su propia norma de conflicto interna o internacional– analizar si la relación jurídica puede ser regulada por una norma material uniforme⁶.

Las normas materiales uniformes que regulan relaciones que traspasan las fronteras están principalmente consagradas bajo la forma de convenios internacionales. Dichos convenios fijan en su propio clausulado los ámbitos de aplicación de la disposición⁷, con el objetivo de delimitar las relaciones jurídicas que se sujetan al concreto texto internacional. Por esta razón, por ejemplo, el artículo 1 de la CV se considera como una “norma de conflicto unilateral” (Calvo, 1998, p. 46; Mistelis, 2011, p. 22), que determina el ámbito de aplicación del Convenio y prevalece sobre el uso de las normas de conflicto “en la mayor medida posible” (Mistelis, 2011, p. 22).

De esta manera, si la norma uniforme es aplicable de manera directa, debe desecharse el uso de la norma de conflicto para elegir la ley del contrato⁸, así lo establece una sentencia italiana del Tribunale di Rimini del 26 de noviembre 2002:

⁶ Es determinante destacar que el juez nunca podrá utilizar sus normas materiales internas (código civil o de comercio) de manera directa para resolver un conflicto que se suscite en una compraventa internacional, pues siempre deberá identificar si existe norma material uniforme aplicable al caso, y en su defecto, utilizar la norma de conflicto.

⁷ Por ejemplo, el Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales establece en su artículo 1: “El presente Convenio se aplicará a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales. No se aplicará a las ventas de títulos, a las ventas de naves y buques o de aeronaves registradas, a las ventas judiciales o por embargo. Se aplicará a las ventas sobre documentos. Para su aplicación se asimilarán a las ventas los contratos de entrega de objetos muebles corporales a fabricar o a producir, cuando la parte que se obliga a la entrega deba proporcionar las materias primas necesarias para la fabricación o para la producción. No basta la sola declaración de las partes, relativa a la aplicación de una ley o a la competencia de un juez o un árbitro, para dar a la venta el carácter internacional en el sentido del párrafo primero del presente artículo”.

⁸ En este sentido pueden verse las siguientes sentencias: *Pizza boxes case*, Trib. Padova Italy, 31 March 2004, in *Giur. merito* 2004, 1065; *Agricultural products case*, Trib. Padova Italy, 25 February 2004, in *Giur. it.* 2004,

However, this Court observes that the approach based on the application of substantive rules is preferable to the application of rules of international private law. It is therefore necessary to determine whether the case at bar falls within the scope of the United Nations Convention 1980 on Contracts for the International Sale of Goods...⁹ (Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.)

Por lo tanto, cuando el operador jurídico determine que la compraventa es internacional, debe obligatoriamente analizar en primer lugar si la relación jurídica entra dentro de los ámbitos de aplicación de la CV.

4. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

El tribunal que se declare competente para conocer de un litigio sobre una compraventa internacional de mercaderías, debe necesariamente afrontar el estudio de los ámbitos de aplicación de la CV, partiendo de la internacionalidad del cuerpo jurídico¹⁰.

La internacionalidad en la CV hace parte de la esencia misma del Convenio, fue el objetivo principal de los redactores, razón por la cual el texto se ocupa de identificar las relaciones jurídicas internacionales que pretende regular. Es necesario precisar que la CV no establece criterios para identificar cuándo un contrato es internacional; e incluso cuándo una compraventa es internacional, tan solo se ocupa de delimitar cuándo un contrato, en el marco de la CV, se considera internacional (Calvo, 1998, p. 49). De acuerdo con esto, la CV establece dos formas de aplicación del texto uniforme: 1. Aplicación directa. 2. Aplicación Indirecta.

A. Aplicación directa de la CV

La CV será directamente aplicable por el tribunal competente cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, y dichos Estados sean parte de la CV¹¹. Si se cumplen estos dos requisitos objetivos contemplados por el artículo 1 CV, se estará entonces en presencia de

1405; Rheinland Vertsicherungen vs. Atlarex, Trib. Vigevano Italy, 12 July 2000, in Giur. it. 2001, 280.

⁹ Se trataba de un comprador italiano que adquirió una vajilla de porcelana a un vendedor francés. La obligación de pago se estableció en dos momentos distintos: el primer pago se haría a la celebración del contrato y el segundo 90 días después de la entrega de las mercancías. El vendedor demanda al comprador por incumplimiento de la obligación de pago referida al segundo plazo.

¹⁰ Lo anterior porque para Colombia la Convención de Viena de 1980 entró en vigor el 1° de agosto de 2002, de acuerdo con lo consagrado en el Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001, y luego de la expedición de la ley 518 del 4 de agosto de 1999, y de la declaratoria de exequibilidad de la propia Convención y de la ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional en su Sentencia n° 529/00 de 10 de mayo de 2000.

¹¹ *Vid.* PVC and other synthetic materials case, District Court Zug, Switzerland, 21 October 1999.

una compraventa internacional, que adicionalmente, podría –si se cumplen las demás exigencias contempladas en los artículos 1-6 CV– ser regulada por la Convención. Se ahondará en estos dos requisitos.

1. Que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes

El primer criterio de aplicación de la CV establece que los contratantes deben tener sus establecimientos en Estados distintos¹². Así, se pretende evitar que la Convención regule contratos cuyas partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, pues para dicha relación jurídica se debe aplicar la ley de ese mismo Estado, ya sea que regule compraventas internas o que cuente con una disposición que discipline específicamente compraventas internacionales, lo cierto es que la CV no es aplicable en este supuesto (Mistelís, 2011, p. 23).

La disposición no tiene en cuenta la nacionalidad de las partes, ni el lugar de celebración del contrato, ni tampoco el lugar de ejecución; el punto de conexión internacional es el establecimiento de las partes en Estados diferentes, de ahí la importancia no solo del propio concepto de establecimiento, sino del aspecto temporal del mismo, pues los contratantes deben tener sus establecimientos en Estados diferentes al momento de la conclusión del contrato.

2. Que esos dos Estados sean parte de la Convención de Viena de 1980

Además de tener sus establecimientos en Estados diferentes, la CV exige para su aplicación directa que dichos Estados sean parte de la Convención. El operador jurídico debe verificar, entonces, que la CV haya entrado en vigor en estos Estados¹³. Sin embargo, no es suficiente que estos Estados sean parte de la CV, pues el juez colombiano debe cerciorarse, además, de que esto haya ocurrido para el momento de la conclusión del contrato¹⁴. Así lo reitera un Tribunal Italiano:

that international character of the contract by itself is not sufficient to warrant the application of the Convention (see Tribunale Vigevano, cited). It is also necessary that the countries in which the parties have their place of business are Contracting States to the CISG at the time the contract was

¹² *Vid.* “A contract for the sale of the goods is international when, at the time the contract was entered into, the parties have their relevant places of business, or the places from which the parties business activities are carried out, in different States. This requires a certain duration and stability as well as a certain amount of autonomy”. *Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.*, Tribunale di Rimini, 26 November 2002.

¹³ El Estado actual de los países parte de la CV puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

¹⁴ No ocurrió así en la sentencia: *Automobile case*, Supreme Court, Austria, 11 February 1997. “No possible link to the CISG is provided by Art. 1(1) (a) in this case, because the sales contract was concluded on 3 March 1989 while Switzerland as [Buyer]’s place of business did not accede to the Convention until 1 March 1991”.

entered into [Art.1(1)(a)], or that the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State [Art.1(1)(b)]. In the present case, the CISG has been in force in both France and in Italy since 1 January 1988, long before the conclusion of the contract. Therefore CISG is applicable by virtue of Art.1 (1) (a). (Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A., Tribunale di Rimini, 26 November 2002)

3. Efectos de la aplicación directa de la CV¹⁵

Si la relación jurídica cumple con los dos criterios anteriormente estudiados, se debe aplicar la CV de manera directa, y esta circunstancia trae para el Tribunal las siguientes consecuencias:

- a. La CV debe ser aplicada de manera directa y obligatoria por el tribunal competente. La única excepción a esta regla general es el evento en que las partes hagan uso de la posibilidad de exclusión del texto convencional consagrado en el artículo 6 de la CV.
- b. El tribunal competente debe desechar el uso de la norma de conflicto para establecer la ley aplicable al fondo de la controversia¹⁶ (salvo aquellas cuestiones no contempladas por la Convención), pues en este primer evento dichas normas de conflicto resultan “obsoletas” (Mistelis, 2011, p. 23).
- c. El tribunal del foro aplica la CV como Derecho interno, mas no como Derecho foráneo.
- d. La CV aplica incluso si la norma de conflicto del foro “normalmente designaría la ley de un tercer Estado”, por ejemplo, la ley del Estado donde se ejecuta el contrato. Esto porque el análisis de los ámbitos de aplicación de la CV son previos, y en su caso excluyentes, a la aplicación de la norma de conflicto.

B. Aplicación indirecta de la CV

La aplicación indirecta opera cuando no se cumplen los requisitos para una aplicación directa de acuerdo al artículo 1.1. a. CV, esto es, cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes pero uno o ninguno es Estado contratante. Adicionalmente, requiere que el juez haga uso de la norma de conflicto, y que ésta designe las normas jurídicas de un Estado parte de la CV.

De acuerdo con esto, la ley material uniforme ya no regula de manera directa la compraventa internacional, por lo que el juez del caso debe acudir a la norma de conflicto del foro –sea esta interna o uniforme– para identificar el cuerpo normativo con el que ha de fallar de fondo. En

¹⁵ Sobre este aspecto puede consultarse Calvo (1998, p. 54).

¹⁶ Pues en palabras del profesor Caravaca: “donde hay unificación material, se ha escrito, no hay lugar para la norma de conflicto” Calvo (como se cita en 1998, p. 55).

consecuencia, si del uso de la norma de conflicto se desprende que la ley aplicable es la de un Estado parte de la CV, la norma uniforme deberá utilizarse por el juez para dirimir el asunto.

Es importante destacar que en este caso el uso de la norma de conflicto no es discrecional; por el contrario, el juez debe siempre utilizar la norma de conflicto para establecer la *lex contractus*; lo que sucede es que si el Estado designado ha ratificado la CV, dicho cuerpo normativo debe ser usado para dirimir el litigio.

La aplicación indirecta ha sido reconocida en múltiples sentencias¹⁷; una de ellas fue proferida por un Tribunal Italiano. Se trataba de un vendedor italiano y un comprador griego que celebraron un contrato de compraventa de telas de moda. Ante el incumplimiento de la obligación de pago, el vendedor italiano decidió demandar ante los tribunales de Italia para que se le pagara lo adeudado, con sus respectivos intereses y los demás perjuicios. Al analizar la aplicación de la CV se tuvo en cuenta que el contrato había sido concluido antes de la entrada en vigor de la Convención para Grecia. Por tal motivo, no era posible una aplicación directa de la CV. El Tribunal al aplicar la norma de conflicto italiana determinó que la ley de Italia debía regular este contrato internacional. Como Italia es un Estado parte de la CV, dicha Convención debe aplicarse de manera indirecta de acuerdo con el artículo 1.1.b¹⁸.

1. Consecuencias de la aplicación indirecta de la CV

- a. El uso de la norma de conflicto es obligatoria por parte del juez competente y no podrá llegar por camino distinto a la aplicación de la CV.
- b. El juez no podrá usar las normas internas sobre compraventa –entiéndase código civil o código de comercio– en lugar de la CV.

¹⁷ “Undoubtedly, where the rules of private international law lead, as here, to German law, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG], in force in Germany in 1990/1991, applies to sales contracts between parties in different States, by virtue of its Art. 1(1)(b). According to this provision, it suffices that the rules of private international law lead to the application of the law of one Contracting State - here: Germany. It is irrelevant whether the State where the other party has his seat is also a Contracting State to the CISG”. Chinese goods case, Hamburg Arbitration proceeding, Germany, 21 March 1996; también puede verse: Nieuwenhoven Veehandel vs. Diepeveen, District Court Arnhem, Netherlands, 30 December 1993; Computer chip case, Appellate Court Koblenz, Germany, 17 September 1993.

¹⁸ Al respecto el Tribunal expresó lo siguiente: “Even though the Convention was not applicable by virtue of Art. 1(1) (a) inasmuch as at the time of the formation of the contract Greece was not a Contracting State (in fact, Greece had ratified the Convention on 1 February 1999), its applicability is not excluded. It is in fact applicable under Italian law by virtue of Art. 1(1)(b), since the norms of Italian international private law lead to the law of the Italian seller under applicable law (art. 3(1) of the Hague Convention of 1955), that is to say, to the law of a State which at the time of contract formation was a Contracting State”. Tessile vs. Ixela, District Court Pavia, Italy, 29 December 1999.

- c. El juez debe, en todo caso, aplicar la CV para fallar de fondo, aunque esta no haya sido ratificada en el país del foro.

C. *Opting in* y *opting out* de la Convención de Viena 1980

Llegados a este punto es pertinente abordar el estudio de aquellos contratos internacionales de compraventa a los que no se les puede aplicar la Convención ni directa ni indirectamente porque no reúnen los requisitos ya analizados. Surge entonces la siguiente inquietud: ¿existe la posibilidad de aplicar la CV a aquellos contratos que no cumplen con los requisitos del artículo 1.a o 1.b? Para responder a este cuestionamiento se debe observar –en primer lugar– el propio texto de la Convención. La CV no regula si las partes pueden optar por la aplicación de la Convención cuando su relación jurídica no encuadra dentro del ámbito de aplicación de la misma. Es decir, la CV no establece si es posible que, aunque la CV no aplique directa ni indirectamente, las partes puedan pactar de común acuerdo su aplicación, y mucho menos establece la obligatoriedad o no de este pacto para el juez que conoce el litigio.

No obstante, en la actualidad no hay duda de que una cláusula en este sentido (*opting in*) incluida en el contrato de compraventa internacional convierte en aplicable la CV, siendo en todo caso obligatorio para el juez que conoce el asunto aplicar las disposiciones de la Convención, ya no porque entra dentro de su ámbito de aplicación, sino en virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En conclusión, salvo en los contratos excluidos directamente por la CV en su artículo 2, todo contrato de compraventa, incluidos los contratos mixtos, pueden ser objeto de aplicación de la CV por medio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

De otra parte, si se cumplen todos los requisitos establecidos en los artículos 1-5 de la CV, la Convención será obligatoriamente aplicable al contrato de compraventa internacional, a menos que las partes realicen una exclusión del texto uniforme de acuerdo con lo contemplado en el artículo 6 CV. Lo anterior significa que la CV tiene un enfoque de *opting - out*, es decir, que le otorga a las partes la posibilidad de excluir en todo o en parte la aplicación de la CV a su contrato. De no existir este acuerdo mutuo entre las partes, la CV es de obligatorio cumplimiento, sin necesidad de manifestación alguna de los contratantes.

5. LA NORMA DE CONFLICTO COMO HERRAMIENTA PARA DESIGNAR LA LEY APLICABLE A LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

El primer estudio que debe hacer el juez para establecer la ley aplicable a una compraventa internacional no es otro que determinar si existe una norma jurídica uniforme que regule el conflicto (en este caso la CV). Si este cuerpo legal existe, abordará el estudio de su ámbito de aplicación, para

poder establecer si la específica relación jurídica sometida a su juzgamiento puede ciertamente ser regulada por la disposición uniforme de manera directa. Nótese que hasta este momento el juez se basará exclusivamente en la norma uniforme para decidir si es aplicable o no. Descartada la aplicación directa, el segundo paso será utilizar las normas de conflicto con tres objetivos distintos:

1. Determinar si puede aplicar la norma uniforme de manera indirecta, pues como se tuvo oportunidad de analizar, si las normas de conflicto designan como ley aplicable las disposiciones jurídicas de un Estado parte de la CV, dicha Convención aplica de manera indirecta.
2. El juez debe utilizar las normas de conflicto para llenar los vacíos que deja la aplicación de la CV. La CV regula solo unos aspectos de la compraventa internacional, por lo tanto, todo lo demás deberá ser regulado por las normas domésticas establecidas por medio de las normas de conflicto.
3. El tercer objetivo tiene aplicación cuando se ha descartado el uso de la norma uniforme, y se requiere establecer cuáles normas jurídicas nacionales serán de aplicación para fallar de fondo el litigio.

Pues bien, del análisis anterior se desprende de manera diáfana la relación directa entre las normas uniformes y las normas internas mediante el uso de la norma de conflicto, pues aunque es claro que la norma uniforme prima sobre la norma de conflicto, esta es una herramienta complementaria para designar de manera indirecta la CV, y subsidiaria para establecer la ley a asuntos que no regula la Convención o cuando la CV no es aplicable en su totalidad al caso.

El análisis se centrará ahora en el tercer objetivo de aplicación de la norma de conflicto, esto es, determinar el ordenamiento jurídico cuando la CV no puede ser aplicada de manera directa ni indirecta.

A. La norma de conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano

Colombia cuenta principalmente con tres normas de conflicto que deben ser tenidas en cuenta por el juez para elegir la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Una de ellas de fuente internacional o uniforme, y las otras dos de fuente interna. La primera es el Tratado de Montevideo de 1889; la segunda, el artículo 20 del Código Civil, y la tercera el artículo 869 del Código de Comercio.

La norma de conflicto uniforme desplaza a la norma de conflicto interna¹⁹, por tal motivo, este estudio analizará en primer lugar el Tratado de Montevideo y posteriormente las normas internas.

¹⁹ Esta es otra jerarquía trascendental que el tribunal debe tener en cuenta en la designación de la ley aplicable.

1. El Tratado de Montevideo de 1889

Los Tratados de Montevideo de 1889 versan sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica y ejercicio de profesiones liberales. Específicamente, el Tratado de Derecho Civil Internacional contempla en sus artículos 32- 39 normas de conflicto que determinan la ley aplicable a obligaciones y contratos. Este Tratado rige para Colombia, Argentina, Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay. Sin embargo, como Argentina, Uruguay y Paraguay firmaron y ratificaron los Tratados de Montevideo de 1940, entre ellos rige esta norma uniforme.

Lo más destacado del Tratado de Derecho Civil Internacional es que contiene normas de conflicto uniformes, lo cual permite que los jueces de los Estados parte utilicen la misma norma de conflicto para elegir la ley aplicable al contrato internacional. No obstante, este Tratado contiene normas de conflicto cerradas, y esto significa que solo aplican a las autoridades judiciales de los países ratificantes y a casos conectados con dichos territorios, a diferencia del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea, que tiene una aplicación universal²⁰. Lo anterior resalta la importancia de la norma de conflicto interna de cada uno de los Estados parte del Tratado. En efecto, al tener el Tratado de Montevideo un ámbito de aplicación territorial bastante reducido, en buena parte de los casos se debe recurrir a la norma de conflicto interna para designar la ley aplicable al contrato internacional. Esto, a diferencia del Convenio de Roma de 1980 y su sucesor el Reglamento Roma I, que dejó casi sin utilidad las normas de conflicto internas.

El Tratado de Montevideo de 1889 establece normas de conflicto para designar la ley aplicable a los contratos en ausencia de elección de parte, y no contiene ninguna disposición que posibilite y regule la designación de ley por mutuo acuerdo entre los contratantes (autonomía conflictual). Situación que generó un debate doctrinal respecto de la posibilidad o no de utilizar la autonomía conflictual. No obstante, en la actualidad la interpretación que prevalece es la siguiente: si el ordenamiento jurídico elegido permite la autonomía conflictual, dicho acuerdo es perfectamente válido, y por lo tanto, el contrato deberá regularse por la ley elegida por los contratantes.

²⁰ Así lo establece el artículo 2 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

1.1. Normas de conflicto en ausencia de elección en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1889

Un contrato internacional de compraventa que no entre dentro de los ámbitos de aplicación de la CV debe ser regulado por la ley designada mediante la norma de conflicto. Si dicho contrato encuadra en los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889, el juez debe verificar si existe elección de ley por parte de los contratantes, y si esta elección es válida. De no existir una válida elección de ley aplicable, el juez deberá utilizar la norma de conflicto consagrada en el Tratado para elegir la norma que regule del contrato.

El Tratado establece como punto de conexión el lugar de cumplimiento del contrato; así lo regula su artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”. Y lo reitera en el artículo 33: “La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

En consecuencia, una compraventa internacional que se enmarca en los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo se regulará por la ley del lugar de su cumplimiento. Así lo resalta la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 22 de mayo de 2002 (C-395 de 2002). “El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la ley 40 1933, ... consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución”. Más adelante se retomará el tema del lugar de ejecución del contrato.

2. Normas de conflicto internas

El último escalón que debe seguir el operador jurídico para designar la ley aplicable al contrato de compraventa internacional es utilizar la norma de conflicto interna para elegir la ley del contrato. Lo anterior significa que la norma de conflicto interna es subsidiaria, esto es, solo se procederá a su utilización cuando no pueda aplicarse la norma material uniforme (en nuestro caso la CV), y cuando la relación jurídica internacional no entre dentro del ámbito de aplicación de la norma conflictual uniforme (Tratado de Montevideo). No obstante ser una norma subsidiaria, como la CV y el Tratado de Montevideo tienen una restringida aplicación, las normas de conflicto internas colombianas no han quedado en el olvido –como si lo han hecho las normas de conflicto internas de los países miembros del Reglamento Roma I–, por el contrario, siguen vigentes y aplicables a muchas relaciones jurídicas que traspasan las fronteras.

Las normas de conflicto internas en Colombia se encuentran plasmadas en el Código Civil y en el Código De Comercio, separadas por la ya obsoleta distinción entre relaciones jurídicas de índole

mercantil y civil. Estas normas de conflicto son unilaterales, es decir, solo determinan cuándo es aplicable la ley colombiana, y no contienen reglas para establecer la ley extranjera.

Al igual que el Tratado de Montevideo de 1889, las normas de conflicto internas no establecen una regulación sobre la autonomía conflictual, el cuál debería ser el primer punto de conexión para establecer la ley del contrato, y existe –incluso en la actualidad– un debate jurídico acerca de la posibilidad o no de la validez de una cláusula en este sentido.

2.1. Autonomía conflictual en las normas de conflicto internas

Que la norma jurídica permita que las partes designen de mutuo acuerdo la ley aplicable a un contrato internacional, se constituye en la piedra angular de las normas de conflicto modernas; así lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”²¹. Esta posibilidad se encuentra ausente en la legislación interna de Colombia, por lo cual hay que recurrir a otras disposiciones jurídicas internas e internacionales para encontrar un sustento legal que avale este Derecho.

En primer lugar se acude a los artículos 1602, 15, 16 del Código Civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se hará por los mismos contratantes o por aquellas causas legales que así lo estipulen. Así pues, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la ley que regulará su contrato internacional.

Justamente los artículos 15 y 16 del Código Civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos Derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quien renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras.

Por su parte, el artículo 16 del Código Civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo cual indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden de común acuerdo establecer cláusulas a su contrato.

²¹ Considerando 11 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores disposiciones, se debe considerar que una cláusula que establezca la ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto.

De igual forma, se podría acudir a los tratados internacionales que han sido firmados pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual (Medina, 2007); tal es el caso de la Convención de México de 1994²², que en su artículo 7 establece:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

También podrá recurrirse, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que prohíba la autonomía conflictual, excepto el artículo 1328 del código de comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Pero incluso esta disposición solo establece una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano; lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de ley por fuera de esta restricción, por ejemplo, cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

Por lo tanto, la designación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional por parte de los contratantes es un acuerdo válido que no va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano.

2.2. Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código Civil

El Código Civil colombiano cuenta con una norma de conflicto en materia contractual en su artículo 20:

²² Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V).

Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.

Para un buen entendimiento de esta compleja disposición se debe establecer en primer término el lugar de ejecución del contrato. Si el contrato debe ejecutarse en Colombia, se aplicará la ley colombiana de acuerdo con el inciso 3 del artículo 20 del Código Civil. Sin embargo, si el contrato debe ejecutarse en el extranjero, en principio no se aplicaría la ley colombiana, salvo que dicho contrato afecte intereses de la nación. Para saber cuáles contratos afectan los intereses de la nación se debe atender, en primer lugar, a aquellos contratos en que la propia ley lo manifiesta de manera expresa (Aljure, 2007). Asimismo, afectan el interés de la nación los contratos que versen sobre bienes situados en el territorio colombiano, “siendo tal vez en principio obvio el de los inmuebles en los que el interés de la nación en ellos se basa en la soberanía que el Estado tiene sobre el suelo donde están edificados” (Oviedo, 2012, p.131). También cuando una disposición de orden público establezca la aplicación de la ley colombiana (Aljure, 2007). En conclusión, se aplicará la ley de Colombia a aquellos contratos internacionales que deban cumplirse dentro del territorio nacional o cuando dichos contratos afecten los derechos o intereses de la nación (Aljure, 2007).

2.3. Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código de Comercio

El Código de Comercio tiene establecida una norma de conflicto particular para el contrato de agencia comercial en el artículo 1328: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”, y una general para los demás contratos ubicada en el artículo 869: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley Colombiana”.

La ley aplicable al contrato internacional de compraventa naturalmente es identificada mediante el artículo 869. El punto de conexión de esta norma de conflicto es el lugar de ejecución de los contratos –en este caso mercantiles–, pero al ser una norma de conflicto unilateral solo determina cuándo aplica la ley sustantiva colombiana; de esta manera, si el contrato internacional debe cumplirse dentro del territorio nacional, serán las leyes colombianas las que regularán el fondo del asunto, basados en el principio *lex loci solutionis*. La pregunta que surge aquí es: ¿si el contrato es ejecutado en el extranjero también se aplica la ley del lugar de su ejecución? La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que, como lo expone Medina (2007),

“debe entenderse de manera genérica que será aplicable la ley del país de la ejecución del contrato, ésta debe ser la interpretación adecuada de este artículo, ya que no se ha producido la bilateralidad de la norma por vía jurisprudencial” (pp. 371-382). Adicionalmente, porque el juez colombiano necesariamente debe establecer la norma sustantiva mediante el uso la norma de conflicto, y al no aplicarse la ley colombiana, porque el contrato no se ejecuta en el país, el operador jurídico debe usar la ley del país donde se ejecuta el contrato, y esto lo hace mediante la interpretación extensiva de la norma de conflicto unilateral.

2.4. El lugar de ejecución del contrato

Las normas de conflicto colombianas (internas e internacionales) contienen el punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”. Este punto de conexión no presenta dificultad cuando todas las obligaciones contractuales deben ser cumplidas en un solo país, pues la ley material de ese país regulará el contrato. Sin embargo, la realidad actual refleja que es muy común que las distintas obligaciones de un contrato internacional sean ejecutadas en países distintos, y si cada una de ellas se debe regir por el lugar de su ejecución, se llegaría a una excesiva fragmentación del contrato. Adicionalmente, existe otra dificultad, y es que en algunos casos el lugar de ejecución de las obligaciones puede no venir determinado en el contrato (Carrillo, 1994, p. 35). Por esta razón, este punto de conexión debe ser considerado como impreciso y obsoleto.

No obstante, varias soluciones se han planteado para establecer la ley aplicable por medio de este punto de conexión, concretamente cuando las obligaciones se llevan a cabo en distintos países:

- a. Una primera solución es regular el contrato por la ley del lugar de ejecución de la obligación incumplida (Aljure, 2000). Así, si en la compraventa internacional la obligación del pago del precio y de entrega de las mercancías se deben cumplir en países diferentes, y el demandante reclama incumplimiento en la entrega de las mercaderías, la ley que regulará el contrato será la del país donde se debía cumplir dicha obligación. Esta solución presenta una enorme dificultad en materia de previsibilidad de la ley aplicable, pues las partes solo conocen la ley de su contrato cuando es incumplida una de las obligaciones; asimismo, la dificultad volvería cuando varias obligaciones son reclamadas y ellas debían cumplirse en países distintos.
- b. La segunda posibilidad es que el contrato se rija por varias leyes (Oviedo, 2012, p. 145). Esta opción perfectamente posible en el DIPr. no solamente persiste en los problemas de previsibilidad, sino implica que el juzgador deba fraccionar el contrato para aplicar una ley nacional diferente a cada parte del mismo.
- c. Otra opción sería que el contrato sea regulado por la ley del lugar de ejecución de la obligación que motivó a las partes a celebrar su contrato (Medina, 2007). Esta solución resulta bastante compleja, pues atiende a la teoría de la causa en el ordenamiento jurídico colombiano (causa impulsiva y determinante), siendo este el móvil subjetivo que induce al contratante a celebrar

el acto jurídico. Teniendo en cuenta que el contrato de compraventa es un contrato bilateral con obligaciones principales bien definidas para cada contratante, es muy improbable que se presente una motivación conjunta que recaiga exclusivamente en una de las obligaciones.

- d. La mejor solución es regular el contrato por la ley del país en donde se ejecuta la prestación característica²³.

La teoría de la prestación característica²⁴ fue solidificada por Schnitzer, quien consideraba que todas las relaciones jurídicas contractuales poseen una prestación que los caracteriza desde su interior, y que cuenta con una valiosa fuerza localizadora. En un contrato unilateral, la prestación característica será la única existente; por su parte, en los contratos bilaterales, la obligación que no constituya el pago de dinero será la prestación que caracterice el contrato (Carrillo, 1994, p. 35). Schnitzer (1955) planteaba que en la mayoría de contratos privados una de las partes actuaba ejerciendo su profesión²⁵, y que la contraparte tan solo pagaba por recibir esos bienes o servicios, es decir, era el cliente.

De esta forma entendía que como el cliente no está ejerciendo su profesión cuando celebra el contrato (Schnitzer, 1955; Carrillo, 1994) y su contraparte sí, es fácil entonces identificar que solo uno de los contratantes ejerce una función vital desde el punto de vista económico; razón por la cual debe considerarse que la prestación llevada a cabo por esta parte es el sello distintivo del contrato, es decir, es el prestador característico (Ancel, 2002, p.156).

En consecuencia, para solucionar los inconvenientes que trae la decisión del legislador colombiano al adoptar el punto de conexión “lugar de ejecución de las obligaciones”, es conveniente entonces interpretar que la norma jurídica sustancial del país donde se lleve a cabo la prestación característica del contrato será la que regule la relación jurídica. Esta interpretación contribuye a aumentar la previsibilidad de la *lex contractus*, pues las partes de antemano conocen la ubicación donde se llevará a cabo la prestación característica, y serán conscientes de que dicha ley regirá su contrato, de esta manera, podrán adaptar su comportamiento contractual a dicha legislación.

El contrato de compraventa internacional es, sin lugar a dudas, el tipo contractual que menos problemas presenta a la hora de identificar el prestador característico, pues no existe duda de

²³ Sobre la teoría de la prestación característica puede consultarse también: Martínez (2013, p.30).

²⁴ “La génesis de la teoría de la prestación característica se puede encontrar en los planteamientos que hiciera Munheim en 1887, al establecer que una sola ley se aplicara para resolver los conflictos referentes a los contratos internacionales. *Vid.* Martínez (2013, p.30).

²⁵ En palabras del propio Schnitzer (1955, p. 479). “Dans la vie économique, c’est toujours une seule partie qui, concluant un contrat, exerce sa fonction dans la vie économique: elle vend, elle transporte, elle assure, elle donne du crédit, elle emmagasine, etc.”

que “la prestación que caracteriza al contrato es precisamente la venta o entrega de la mercadería”²⁶, ya que la principal obligación del comprador es realizar el pago. Por tanto, el juez colombiano que deba identificar la ley aplicable al contrato de compraventa internacional utilizando las normas de conflicto internas, o el Tratado de Montevideo de 1889, deberá utilizar la ley del lugar de entrega de las mercancías.

Esta teoría ha sido utilizada en la Unión Europea por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales²⁷, donde se estableció a manera de presunción, como un límite al punto de conexión vínculos más estrechos:

Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

Sin embargo, aquí se tenía en cuenta no el lugar de ejecución de la prestación característica, sino la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo dicha prestación, lo que aumentaba la previsibilidad de la ley aplicable y beneficiaba enormemente al prestador característico, pues podía regular todos sus contratos con su propia ley.

El sucesor del Convenio de Roma de 1980, el Reglamento Roma I, también incluyó la teoría de la prestación característica, sin embargo, ya no tiene ese rol principal en la elección de la ley aplicable al contrato internacional que ostentaba en el Convenio de Roma de 1980, pues ahora tiene un carácter residual. En efecto, solo se aplica la teoría de la prestación característica

²⁶ SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003.

²⁷ Múltiples sentencias analizaron la prestación característica en el contrato de compraventa internacional; algunas de ellas: *William Grant & Sons International Ltd vs. Marie Brizard Espana S.A.*, Court of Session (Outer House), 19 January 1998; en un contrato de compraventa de cabezas de ganado entre una empresa alemana (vendedora) y una empresa española (compradora) se alega incumplimiento en la obligación de pago, y la contraparte aduce inconformidad en la mercancía. El Tribunal analiza la prestación característica definiendo que en la compraventa la constituye la entrega, por lo tanto define que la ley aplicable es la alemana, finalmente aplica la CV al ser los dos Estados parte en dicho Convenio, SJPI, San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007; SAP Barcelona, 7 de junio de 1999: Se trataba de una compraventa mercantil de tejidos celebrada entre una empresa española con domicilio en España como vendedora, y otra de nacionalidad inglesa con domicilio en el Reino Unido como compradora; se reclama judicialmente el pago del precio. El Tribunal expone: “Tratándose de una compraventa, la prestación más característica es la entrega de la cosa, realizada por la actora y vendedora, cuya administración central se hallaba y se halla en la ciudad de Barcelona. Luego el derecho aplicable en virtud del cual se ha de determinar el lugar del pago es el derecho español”; SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010; con una opinión diferente sobre la prestación característica en el contrato de compraventa: SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

cuando no es de aplicación el apartado 1 del artículo 4, el cual designa de manera rígida la ley aplicable a ocho contratos, incluido el de compraventa²⁸. Por esto, esta teoría ocupa el segundo escalón en la identificación de la ley aplicable en el Reglamento de la siguiente manera:

Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

Es importante reiterar que al igual que en el Convenio de Roma, el Reglamento Roma I no atiende al lugar de ejecución de la prestación característica, sino al de la residencia habitual de dicho prestador.

Es una prueba más de la obsolescencia del punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”, que debe ser modificada de las normas de conflicto colombianas.

6. CONCLUSIONES

Establecer la ley aplicable al contrato internacional de compraventa de mercaderías requiere que el operador jurídico colombiano realice un análisis por etapas que se van descartando una a una. Estas etapas no se pueden dejar al arbitrio del juzgador; por el contrario, hacen parte de la teoría jurídica que el DIPr. ha desarrollado desde antaño, y que tienen un solo objetivo: regular el contrato internacional por medio de la ley que otorgue una solución más justa.

La primera tarea que ha de enfrentar el juez es comprobar que la relación jurídica sometida a su juzgamiento encuadre dentro del concepto de compraventa. Esta labor –en términos generales– no representa mayor dificultad. En efecto, el tipo contractual compraventa no posee grandes problemas respecto de su calificación; esencialmente porque las obligaciones principales llevadas a cabo por los contratantes son muy puntuales y, de esta manera, permiten distinguir esta relación jurídica de otras similares.

La segunda etapa que debe seguirse no es otra que establecer si el contrato de compraventa es internacional. Para esto, se debe utilizar la teoría del elemento extranjero, pues es la que mejor se adapta al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas.

²⁸ Artículo 4.1.a Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea. “El contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual...”.

Establecido que el contrato de compraventa es internacional, el juzgador colombiano debe estudiar, en tercer lugar, si el vínculo jurídico se inscribe dentro de los ámbitos de aplicación de la CV. Para esto –y antes de abordar el estudio del ámbito de aplicación material–, se debe determinar si la Convención aplica de manera directa o indirecta. La CV solo aplicará de manera directa si los contratantes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y estos Estados son parte de la CV al momento de la conclusión del contrato. Si se cumplen con estos dos requisitos (y los demás requisitos de los artículos 1-6 CV), el juez obligatoriamente deberá utilizar este cuerpo jurídico para fallar de fondo.

Por su parte, la aplicación indirecta de la Convención se abre paso cuando no se cumplen los requisitos de la aplicación directa, y la norma de conflicto del foro establece como ley aplicable la ley de un Estado parte de la CV. Este evento también hace que el juzgador deba de manera obligatoria utilizar la CV para fallar de fondo.

No obstante, aunque se verifique la aplicación directa e indirecta de la CV, el juez debe comprobar que no exista una exclusión expresa o tácita (total o parcial) de la CV de acuerdo con su artículo 6; por esta razón, la inexistencia de un acuerdo de exclusión es también un requisito de aplicación de la CV.

Descartada la aplicación de la CV a la compraventa internacional, el operador jurídico debe, en cuarto lugar, identificar la ley aplicable mediante el uso de la norma de conflicto.

Las normas de conflicto colombianas son obsoletas, no están adaptadas al actual momento de relaciones jurídicas globalizadas, establecen puntos de conexión imprecisos y poco previsibles, son normas de conflicto unilaterales que complican la elección de la ley cuando el contrato no se rige por la norma nacional, no regulan la autonomía conflictual, entre otros muchos aspectos negativos. Por tal motivo, se hace inminente una ley de Derecho internacional privado interna que corrija estas y otras falencias que se constituyen en un límite a las relaciones jurídicas que traspasan las fronteras. Asimismo, una norma de conflicto uniforme debe ser creada y ratificada por los países de la región, dado el fracaso de la Convención de México de 1994.

Mientras esto ocurre, el juzgador colombiano debe, en primer lugar, confrontar el contrato de compraventa internacional con los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889. Si descubre que este Tratado es de aplicación, debe verificar si las partes hicieron uso de su autonomía conflictual. Como el Tratado no regula la posibilidad de que las partes elijan de mutuo acuerdo la ley de su contrato, la interpretación que debe prevalecer es aquella que indica que si el ordenamiento jurídico elegido permite la autonomía conflictual, dicho acuerdo es perfectamente válido, y por lo tanto, el contrato deberá regularse por la ley elegida por los contratantes.

Si las partes no hicieron un pacto de elección de ley, el Tratado de Montevideo establece que la ley del contrato será la del lugar de su ejecución.

Si el contrato de compraventa internacional no puede ser regulado por el Tratado de Montevideo de 1889, el juez debe elegir la ley del contrato por medio de las normas de conflicto internas.

Así como en el Tratado de Montevideo, el operador jurídico debe, en primer lugar, descubrir si existe un pacto de elección de ley aplicable. Como las normas domésticas colombianas tampoco regulan la autonomía conflictual, se debe acudir a disposiciones internas e internacionales para encontrar un sustento jurídico que posibilite dicha elección. Lo cierto es que la interpretación que debe prevalecer es aquella que permita que las partes elijan de mutuo acuerdo la ley de su contrato internacional.

Si las partes no hicieron uso de su autonomía conflictual, se deben utilizar las normas de conflicto consagradas en el Código Civil o en el Código de Comercio, puesto que el ordenamiento jurídico colombiano aún mantiene la pretérita distinción entre contratos civiles y mercantiles. Si el contrato es civil, el punto de conexión principal es el lugar de ejecución del contrato y la afectación de los derechos o intereses de la nación. Por su parte, el Código de Comercio trae también como punto de conexión el lugar de ejecución del contrato.

Como en el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Civil y el Código de Comercio de Colombia coinciden en el punto de conexión “lugar de ejecución del contrato”, y este es un punto de conexión que presenta enormes problemas de previsibilidad de la ley aplicable, principalmente cuando las prestaciones deben ejecutarse en países distintos. La interpretación que debe prevalecer es aquella que indica que el contrato de compraventa internacional debe ser regulado por el ordenamiento jurídico del país donde se ejecuta la prestación característica del contrato, y esta prestación no es otra que la entrega de la cosa. Por lo tanto, la ley que regulará el contrato internacional de compraventa será la del lugar de ejecución de la obligación de entrega del objeto contractual.

7. REFERENCIAS

- Aljure, A. (2000). La regla de conflicto en el contrato internacional. *Revista de derecho privado*, 25, 47-63.
- Aljure, A. (2007). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En F. Mantilla y F. Ternera (Dir.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 351-370). Bogotá: Legis.
- Ancel, M. (2002). *La prestation caractéristique du contrat*. Paris: Economica.
- Calvo, A. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.

- Calvo, A., Carrascosa, J. (2011). *Derecho Internacional Privado II*. Granada: Comares.
- Calvo, A. y Carrascosa, J. (2016). *Derecho Internacional Privado I*. Granada: Comares.
- Carrascosa, J. (2006). Configuración básica del contrato internacional. En A. Calvo y J. Carrascosa (Dir.), *Curso de contratación internacional* (pp. 73-134). Madrid: Colex.
- Carrascosa, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid: Colex.
- Carrillo, L. (1994). *El contrato internacional: la prestación característica*. Bolonia: Real Colegio de España.
- Dicey, A., Morris & J. Collins, L. (2012). *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws I*. London: Sweet & Maxwell.
- Giuliano, M. y Lagarde, P. (1992). *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (DOCE, n.º 327).
- Martínez, W. (2013). El rol de la Teoría de la prestación característica en la determinación de la ley aplicable al contrato internacional en el Reglamento 593/ 2008 de la Unión Europea (Roma I). *Revista General de Derecho Europeo*, 30, 1-33.
- Medina, H. (2007). La ley aplicable al contrato. En F. Mantilla y F. Ternera (Dir.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 371-382). Bogotá: Legis.
- Mistelis, L. (2011). Sphere of application. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales (Eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 21-99). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Oviedo, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law -Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 21, 117- 157.

JURISPRUDENCIA

- Appellate Court Koblenz, Germany, 17 September 1993. Computer chip case.
- Corte Constitucional, Colombia. Sentencia n° 529/00 de 10 de mayo de 2000.
- Court of Session (Outer House) 19 January 1998. William Grant & Sons International Ltd vs. Marie Brizard Espana S.A.
- District Court Arnhem, Netherlands, 30 December 1993. Nieuwenhoven Veehandel vs. Diepeveen.
- District Court Pavia, Italy, 29 December 1999. Tessile vs. Ixela.
- District Court Zug, Switzerland, 21 October 1999. PVC and other synthetic materials case.
- Hamburg Arbitration proceeding, Germany, 21 March 1996. Chinese goods case.
- San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007.
- SAP Barcelona, 7 de junio de 1999.

SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003.

SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010.

SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

Schnitzer, A. (1955). La loi applicable au contrat. *Rev. crit. DIP*, 459-484.

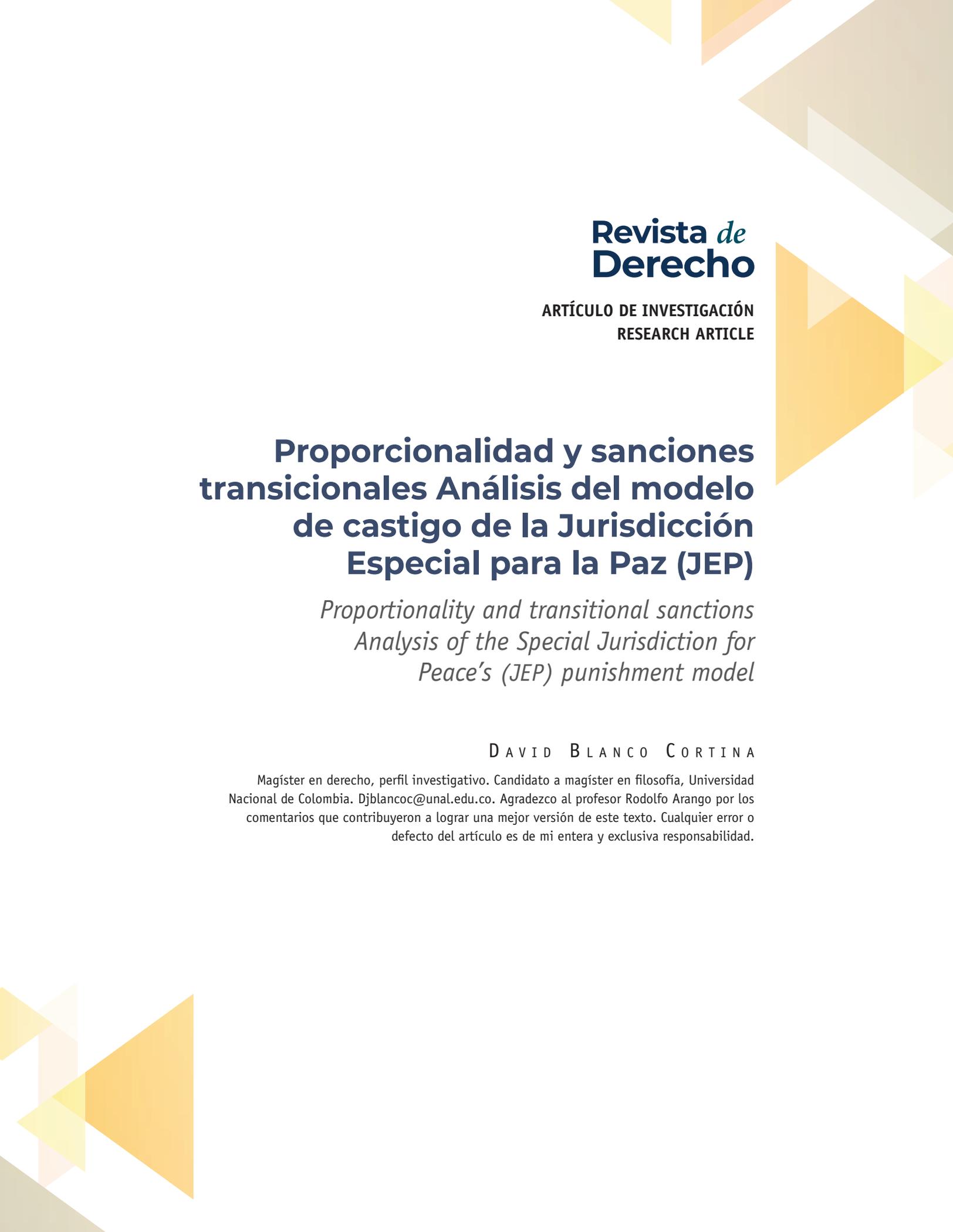
Supreme Court, Austria, 11 February 1997.

Tribunal Padova Italia, 25 February 2004, in *Giur. it.* 2004, 1405, Agricultural products case.

Tribunal Padova Italia, 31 March 2004, in *Giur. merito* 2004, 1065. Pizza boxes case.

Tribunal Vigevano Italia, 12 July 2000, in *Giur. it.* 2001, 280. Rheinland Vertsicherungen vs. Atlarex.

Tribunale di Rimini, 26 November 2002. Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

**Proporcionalidad y sanciones
transicionales Análisis del modelo
de castigo de la Jurisdicción
Especial para la Paz (JEP)**

*Proportionality and transitional sanctions
Analysis of the Special Jurisdiction for
Peace's (JEP) punishment model*

DAVID BLANCO CORTINA

Magíster en derecho, perfil investigativo. Candidato a magíster en filosofía, Universidad Nacional de Colombia. Djblancoc@unal.edu.co. Agradezco al profesor Rodolfo Arango por los comentarios que contribuyeron a lograr una mejor versión de este texto. Cualquier error o defecto del artículo es de mi entera y exclusiva responsabilidad.

Resumen

Este artículo evalúa la proporcionalidad de las sanciones propias de la JEP a la luz de la obligación internacional de Colombia de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Para ello, analizo en primer lugar los límites y alcances de esta obligación, con especial referencia al Estatuto de Roma. En segundo lugar, estudio los objetivos del castigo o la sanción penal en contextos transicionales. Por último, realizo un juicio de proporcionalidad de las sanciones propias para establecer que hay un equilibrio compensatorio entre la afectación baja de la dimensión retributiva de la justicia, la alta satisfacción del derecho a la paz y la satisfacción media de los derechos de las víctimas. Así, las sanciones propias no eluden el deber de investigar, juzgar y sancionar, sino que lo aseguran en el marco de la justicia transicional.

PALABRAS CLAVE

Justicia transicional, sanciones propias, proporcionalidad y fines de la pena.

Abstract

This article examines the proportionality of JEP's own sanctions, in order to demonstrate these sanctions do not break the duty of investigate, judge and punish of responsible by serious violations of human rights and international humanitarian law. In first place, I analyze the limits and scope of that duty, with special reference of Rome's Statute. In second place, I study the objectives of punishment in transitional justice. By last, I review the proportionality of own sanctions for to set up that there is a compensatory balance between low interference of retributive dimension of justice, high protection of peace right and medium safeguard of victims' rights.

KEYWORDS

Transitional justice, own sanctions, proportionality and objectives of punishment.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos más controvertidos del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y el grupo Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc-EP), en el Teatro Colón, es el de las sanciones o castigos que recibirían los integrantes de esa guerrilla por los delitos cometidos hasta diciembre de 2016, que impliquen graves violaciones de los derechos humanos (DD. HH.) y crímenes de guerra o violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH). En efecto, el Acuerdo Final estipula una serie de sanciones (pp. 164-171 y ss.) que deberán ser impuestas a aquellos que hayan cometido ‘infracciones muy graves’ y reconozcan su responsabilidad por los daños causados y declaren la verdad del caso, en las etapas del procedimiento respectivo.

Para algunos críticos del Acuerdo, esas sanciones son sinónimos de ‘impunidad’. Según la lógica de sus acérrimos críticos, para evitar el mal de la impunidad los procesos judiciales que se adelanten contra los exguerrilleros deben ser “auténticos, las penas reales, eficaces y *proporcionales* a la gravedad del delito y el nivel de responsabilidad del autor” (Holmes, 2017)¹. Para justificar su postura, los críticos suelen recurrir a una carta de la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatuo Bensusoda, en la que se señaló que la ‘suspensión total de la pena’ es contraria al Estatuto de Roma y las obligaciones internacionales de Colombia. De acuerdo con la fiscal de la CPI:

En las circunstancias particulares que representa el esquema de justicia transicional que está diseñado para terminar conflictos armados, se exige que el perpetrador cumpla condiciones de desmovilización y desarme, garantice la no repetición de los hechos delictivos, reconozca su responsabilidad penal, participe plenamente en los esfuerzos por establecer la verdad sobre los delitos más graves. Estas circunstancias sumadas a la prohibición de participar en la vida pública, podrían justificar la reducción de la pena, siempre que la condena inicial sea *proporcional* a la gravedad del crimen. Sin embargo, la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional. (Bensusoda, 2013 y sf, 63)

Tal como se puede apreciar, lo que se encuentra proscrito por el derecho penal internacional es la suspensión de la pena o políticas de perdón o amnistías para graves violaciones del DIH o los DD.HH. Sin embargo, en la carta se reconoce que la convergencia de distintas circunstancias transicionales podría ‘justificar la reducción de la pena’. Esta reducción puede interpretarse en dos sentidos distintos: i) penas menores que las ordinarias o ii) sanciones alternativas. Ambas formas de ‘reducción de la pena’ son legítimas a la luz del derecho internacional. De hecho, la misma Fiscal de la CPI reconoció esta posibilidad en su intervención como *amicus curiae* ante la

¹ En adelante todos los énfasis en las citas textuales son añadidos, a menos que se precise lo contrario.

Corte Constitucional colombiana, a propósito del examen de constitucionalidad del Acto Legislativo N° 01 de 2017. En esa oportunidad, la fiscal Bensusuoda (2017) señaló que

En un contexto de justicia transicional, la disminución de las penas es concebible en la medida que la persona condenada satisfaga determinadas condiciones que podrían justificar una sentencia atenuada, como el reconocimiento de responsabilidad penal, las garantías de no repetición, y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otros. Respecto de las penas no privativas de libertad, la Fiscalía consideraría otros factores principales para determinar si son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, que incluyen, pero no se limitan, a la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricciones a la libertad. // La efectividad de las penas que conllevan restricciones de libertades y derechos con arreglo a la JEP dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. (énfasis añadido)

El argumento de la fiscal del CPI resulta más claro en esta última intervención: la compatibilidad entre las sanciones de la JEP y el Estatuto de Roma depende de ciertas ‘circunstancias particulares de un caso’ que contribuyan a cumplir con los fines del castigo, dentro de las cuales se cuenta la ‘proporcionalidad de la pena’. En este orden, las sanciones de la JEP no son *per se* incompatibles con las obligaciones internacionales de Colombia, tal como sostienen algunos críticos del Acuerdo. Por el contrario, la compatibilidad entre el derecho penal internacional y las sanciones de la JEP debe construirse caso a caso, bajo la consigna general de la proporcionalidad de las sanciones.

Ahora bien, ¿en qué consiste la proporcionalidad de las sanciones de la JEP? Esa es la pregunta a la que se dedicará este escrito. Para responder esta cuestión es necesario reparar en tres aspectos fundamentales: i) las obligaciones internacionales de Colombia en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar graves infracciones del DIH y el DD.HH., ii) los objetivos del castigo en contextos de justicia transicionales y iii) el examen de la proporcionalidad de las sanciones de la JEP frente a los objetivos del castigo.

1. EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DEL DIH Y EL DD.HH.

El deber de investigar y sancionar los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad tiene dos fuentes independientes. Por un lado, la referencia normativa para las violaciones del DIH se puede encontrar en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales (ver artículo 85 del Protocolo I). Por ejemplo, el artículo 49 del Convenio I establece que “[c]ada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios

tribunales, sea cual fuere su nacionalidad...". Por consiguiente, todos los Estados que hagan parte de los Convenios de Ginebra tienen la obligación de perseguir y castigar los crímenes de guerra.

Por otro lado, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos humanos consagran la obligación internacional de juzgar y sancionar las violaciones graves de los DD.HH. El artículo XVIII del primer documento define el derecho a la justicia como el recurso judicial efectivo al que toda persona puede acceder para lograr la protección de sus derechos, ante su vulneración de parte de cualquier autoridad. Además, el artículo 1.1 de la Convención establece que todo Estado-Parte debe garantizar a toda persona sometida a su jurisdicción el 'libre y pleno ejercicio' de los derechos estipulados en la Convención. La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1988) señala que

[c]omo consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Así, el deber de investigar, acusar y castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que se inscribe dentro del derecho de justicia de las víctimas, se ha construido a partir de las citadas disposiciones del derecho internacional. Podría considerarse que las fuentes normativas de esta obligación fueron unificadas en el Estatuto de Roma de la CPI para los países que lo han suscrito y ratificado. En efecto, los párrafos 5 y 6 del preámbulo indican que el Estatuto ha sido convenido por las Partes "[d]ecididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes" y "[re]cordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Estatuto de Roma de la CPI y el deber de sancionar

El Estatuto de Roma radica en cabeza de los Estados las obligaciones de investigar y sancionar los crímenes internacionales. La CPI solo interviene cuando el Estado Parte no puede cumplir con su obligación o ha decidido no hacerlo. De ahí que uno de los principios de la CPI sea el de la complementariedad, consagrado en el párrafo décimo del preámbulo y los artículos 1 y 17 del Estatuto. Por tanto, el Estatuto es por sí mismo la fuente normativa por excelencia de la obligación internacional que tienen los Estados de investigar, juzgar y castigar las violaciones del DIH y DD.HH.

De esta obligación no se deriva ninguna imposición sobre la forma del castigo, la duración o la modalidad de las penas que se imponen. A lo sumo podría inferirse el deber de imponer penas adecuadas en los términos del artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, que es del siguiente tenor: "Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". Sin embargo, más allá del concepto

indeterminado de ‘penas adecuadas’, ningún instrumento internacional impone a Colombia un castigo o una duración específica de este. Así lo reconoció la propia Fiscalía de la CPI al asumir que

Si bien el Estatuto de Roma no prescribe el tipo o la duración específicas de las sanciones que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI, el derecho interno debe permitir un sistema de penas que apoye los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad por los crímenes más graves [cita omitida]” (Bensuoda, 2017)².

Por consiguiente, la obligación del Estado colombiano consiste en investigar, juzgar y castigar los crímenes de guerra y lesa humanidad para que no queden impunes. Dentro de esa obligación cabe el deber de imponer penas adecuadas, pero la adecuación de las penas debe pasar por la definición de los objetivos o fines de las sanciones que se imponen. Para tal definición, las referencias no pueden remitir solo al Estatuto de Roma, sino que debe tomarse en consideración las necesidades y los propósitos contextuales para interpretar las disposiciones del Estatuto. El artículo 77 del Estatuto establece las penas que la CPI puede imponer, a saber: reclusión que no exceda de 30 años o cadena perpetua si lo amerita la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Además, puede imponer multas y el decomiso de bienes que provengan directa o indirectamente de la actividad criminal. El término ‘reclusión’ presupone, y es apropiado entenderlo como, una ‘restricción efectiva de derechos’ y la duración de 30 años de la reclusión hace referencia a una cantidad máxima que no impone mínimos³.

Estatuto de Roma y sanciones de la JEP

Asimismo, el Estatuto estipula una serie de factores que pueden ser considerados tanto para determinar si es procedente el enjuiciamiento como para establecer si hay lugar a una reducción de la pena. Para lo primero se hace necesario analizar “la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”, y más importante aún si la investigación y el enjuiciamiento redundarán “en interés de la justicia” (artículo 53-c)⁴. Como se puede apreciar, según en el Estatuto de Roma, el deber

² En el mismo sentido se pronunció el fiscal de la CPI, James Stewart (2015) al señalar que “en materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad” (p. 12).

³ Cabe destacar que el término *imprisonment*, utilizado en la versión inglesa del Estatuto de Roma, puede interpretarse como ‘cárcel’ de manera inequívoca. Sin embargo, la traducción oficial al español, ‘reclusión’, permite inferir que la noción de ‘imprisonment’ se hace cargo de toda la equivocidad del término, cuyo significado puede ir desde prisión hasta confinamiento. Es decir, que ‘imprisonment’ no equivale *per se* a cárcel.

⁴ Estos factores fueron incorporados en el artículo 129 del PLEJEP [artículo 134 Ley Estatutaria de la JEP, en adelante LEJEP], pendiente de control de constitucionalidad para la fecha de elaboración del artículo. Este proyecto se convirtió en la Ley 1957 del 6 de junio de 2019 [LEJEP], posterior a la elaboración y aceptación del presente artículo de investigación, pero ello no afecta los argumentos planteados en él. La Corte Cons-

de investigar y sancionar es condicional y no categórico. Solo si el enjuiciamiento promueve los intereses de la justicia, podrá iniciarse la investigación y el juicio posterior.

Para la reducción de la pena, la CPI debe examinar si el condenado “ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos” (artículo 110) y si el condenado ha contribuido por voluntad propia con la ejecución de las sentencias de la Corte, en especial en lo referido a las multas, el decomiso o la reparación de las víctimas. La regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba identifica cuatro circunstancias más para valorar la reducción de la pena:

- a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado; Reglas de Procedimiento y Prueba;
- c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
- e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

Todos estos criterios fueron incorporados en el Acuerdo Final para determinar la procedencia las penas y castigos que serán impuestos a las personas bajo jurisdicción de la JEP. El listado de sanciones empieza por identificar cuatro aspectos que deben asumirse para seleccionar cuál de los castigos establecidos es razonable imponer en cada caso concreto: i) el grado de verdad que suministre la persona, ii) la gravedad de la conducta, iii) el nivel de participación y responsabilidad, junto con las circunstancias de mayor y menor punibilidad y, por último, iv) los compromisos en materia de reparación de las víctimas (Acuerdo, num. 75, p. 171)⁵. El Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP (PLEJEP)⁶, siguiendo de cerca el Acuerdo, distingue entre tres tipos de sanciones, en función de la etapa procesal en la que se reconoce verdad y los distintos objetivos perseguidos por cada clase de sanción: propias, alternativas y ordinarias⁷.

titucional, mediante sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018 declaró la exequilibilidad de la mayoría del cuerpo normativo del proyecto. Cuando sea necesario y relevante, se resaltarán los cambios introducidos por la sentencia, si los hay, y el texto final de la LEJEP.

⁵ El artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 remite a la tipología establecida en el Acuerdo Final para la Paz. El artículo 64 de la Ley 1922 de 2018, por medio de la cual se dictan algunas reglas de procedimiento para la JEP, introduce una serie de criterios más específicos para la individualización de la pena.

⁶ Hoy Ley Estatutaria de la JEP (LEJEP). Ver supra nota al pie 4.

⁷ Ver artículos 120 a 129 del PLEJEP [artículos 125 a 134 LEJEP].

CUADRO 1

Sanciones de la JEP			
Clases	Etapa y fines	Duración	Actividades y monitoreo
Propias	<ul style="list-style-type: none"> -Verdad exhaustiva ante la Sala de Reconocimiento. -Función reparadora y restauradora. 	<ul style="list-style-type: none"> - De 5 a 8 años (incluido concurso de delitos). - De 2 a 5 años (incluido concurso), cuando la participación haya sido en grado de complicidad o su aporte no haya sido determinantes. 	<p>Restricción efectiva de libertades y derechos: confinamientos temporales en espacios territoriales, sin posibilidad de decidir sobre el lugar de residencia.</p> <p>Supervisión y control idóneo a las actividades (ver artículo 122 del PLEJEP [ver artículo 135 LEJEP] y Acuerdo, p.165) como sustitución de cultivos ilícitos, recuperación ambiental, construcción de vías, electrificación de zonas rural, desminado, construcciones de escuelas en zonas urbanas, etc. (ver Acuerdo, pp.172-174).</p>
Alternativas	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de verdad en proceso contradictorio. - Función retributiva. 	<ul style="list-style-type: none"> - De 5 a 8 años (incluido concurso de delitos). - De 2 a 5 años (incluido concurso), cuando la participación haya sido en grado de complicidad o su aporte no haya sido determinantes. 	<p>Pena privativa de la libertad: reclusión en cárcel.</p>
Ordinarias	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencia condenatoria sin reconocimiento de verdad y responsabilidad -Funciones previstas en las normas penales (artículo 4° de la Ley 599/00). 	<ul style="list-style-type: none"> - De 15 a 20 años (incluido concurso). - Posibilidad de aplicación de subrogados penales. 	<p>Pena privativa de la libertad: reclusión en cárcel.</p>

Fuente: elaboración propia.

El cuadro muestra que las sanciones transicionales previstas en la JEP no riñen con lo dispuesto en materia de derecho penal del Estatuto de Roma y otros instrumentos internacionales. Las dudas manifestadas por la fiscal Fatuo Bensuoda ante la Corte Constitucional se refieren a la necesidad de revisar en cada caso concreto si la combinación de sanciones propias satisfaría el fin último previsto en este tipo de penas: la reparación y restauración de las víctimas, conjurar los males de la impunidad y prevenir que se repitan infracciones muy graves del DIH y DDHH. Pese a que la revisión debe efectuarse caso por caso, es posible establecer que tanto las sanciones propias como las alternativas son proporcionales en relación con las funciones y objetivos de la pena.

2. JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS OBJETIVOS DEL CASTIGO

De las consideraciones precedentes cabe colegir que el sistema de juzgamiento acordado en La Habana por la Farc y el Gobierno Nacional apunta a cumplir a cabalidad con la obligación internacional de Colombia de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones del DIH y DD.HH. El cumplimiento de dicha obligación, que implica la imposición de penas adecuadas, no puede efectuarse en un contexto transicional, acogiendo sin reservas los mismos parámetros del Estatuto de Roma. La justicia transicional condiciona el cumplimiento de la obligación con miras a lograr un objetivo de mayor aliento: la paz estable y duradera. De ahí que la Fiscalía de la CPI exija “poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva”, para lo cual “las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas” (Stewart, 2015, p.12). A este respecto, las palabras de Teitel (2017 [2000]) aún mantienen su vigencia en cuanto la caracterización de la justicia transicional:

La justicia transicional adopta un amplio método inductivo y, mediante la exploración de un conjunto de soluciones jurídicas, describe una concepción descriptiva del derecho y de la justicia en el contexto de transformación política. La justicia transicional comienza por rechazar la noción según la cual el movimiento hacia un sistema político más liberal, democrático y político implica una norma universal o ideal. (p. 21)

Hay que darle las oportunidades del caso a las soluciones jurídicas experimentales, sin evaluarlas a la luz de una presunta norma ideal a la que la realidad debe someterse. En desarrollo de ese ‘amplio método inductivo’ se inscribe el sistema de justicia de la JEP que intenta conciliar dos propósitos, el de garantizar la paz y asegurar la justicia, en tiempos en los que la justicia transicional es tan persistente como necesaria para sociedades, como la colombiana, que han vivido buena parte de su historia contemporánea sumida en ciclos de violencias y guerras fratricidas en las que tienen lugar crímenes de guerra y lesa humanidad. Estos delitos deben ser castigados, en medio de lo que Teitel (2011) denomina la normalización de la teoría transicional, inaugurada por la institucionalización de la CPI.

En este marco, las sanciones transicionales no pueden ser *tout court* retributivas, sino que deben atender diferentes finalidades a efectos de eliminar la impunidad y garantizar la paz (Seils, 2015; Cooke, 2017). No se trata de hacer una justicia blanda en la que la erradicación de la impunidad sea tan solo una quimera. Se trata de replantear los fines del castigo para llenar de contenido conceptual la noción de ‘penas apropiadas’, tal como reza el principio 1 del Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Con tal objetivo en mente no basta con el ‘reconocimiento y la estigmatización del daño causado’, aunque sea cierto que ello contribuye a aislar al responsable y relegarlo a posiciones de poco impacto social o político, como indica Teitel (2017). Pero tampoco puede equipararse sanciones penales limitadas, y el rol mediador que cumplen entre víctima y victimario, con la impunidad rampante, como parece sugerir Loyo (2017). La adecuación de las penas debe pasar por el análisis de los fines del castigo en contextos transicionales.

Funciones de la pena en contextos transicionales

El artículo 4 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano) identifica varios objetivos de las condenas impuestas por la *justicia ordinaria, en tiempos normales*: prevención –general y especial–, reinserción social, retribución justa y protección al condenado. De estos objetivos, el PLEJEP recoge dos: resocialización para las penas ordinarias y retribución para las sanciones alternativas [ver artículos 128 y 130 LEJEP]. Además, agrega uno principal: la reparación y restauración del daño para las sanciones propias (ver Acuerdo, pp. 160-166). Así, el sistema de la JEP limitó el número de objetivos que se persiguen con los castigos transicionales. El subtexto con el que deben ser leídos estas finalidades es la proscripción de la impunidad, lo cual se logra con la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas y la restricción efectiva de los derechos –libertad de movimiento y residencia, por ejemplo– de los condenados por la JEP.

Por consiguiente, la adecuación de las sanciones propias de la JEP debe evaluarse en relación con el objetivo restaurador, reparador de la pena y su eficacia a la hora de evitar la impunidad respecto de las responsables infracciones graves del DIH y DD.HH., que declaren la verdad y reconozcan responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, sin que haya necesidad de un juicio. En tal sentido, el proyecto parece haber acogido la sugestiva propuesta de Seils de adoptar una mixtura de diversos objetivos “comunicativos, reformadores y retributivos”. El primer objetivo, el comunicativo, apunta a “ocasionarle al delincuente un dolor que emana de *comprender la repulsa* que el castigo expresa” (Seils, 2015; pp.12-13, énfasis del original). El castigo, además, pretende que el responsable reconozca sus errores y pueda reincorporarse a la sociedad como una persona respetuosa de las normas y los valores sociales. Por último, el fin retributivo, que adquiere concreción con las sanciones alternativas y ordinarias, busca que el delincuente padezca algo del sufrimiento que ocasionó.

El análisis de Cooke (2017) es más crítico con el sistema de derecho penal internacional. De acuerdo con la autora, existe un desajuste entre los fines de la pena, conforme con el derecho penal

internacional, y las sanciones que se imponen. Si los crímenes internacionales son diferentes a los delitos nacionales, ¿por qué la respuesta a dichos crímenes es la misma: retribución a través de tribunales similares a las cortes nacionales? La característica especial de los crímenes internacionales radica en el contexto político y extendido de su comisión, la afectación de los intereses de la comunidad internacional como un todo, que desborda la violencia interpersonal. Siendo ello así, lo lógico es que ante crímenes diferentes procedan diversas sanciones, sanciones alternativas, cuyos fines no sean solo retributivos. Para Cooke, las instituciones del derecho penal internacional son apolíticas y descontextualizadas, por lo que es necesario que a nivel nacional se trabaje con otra concepción sobre los fines del castigo que ponga el énfasis en la reconciliación, la rehabilitación del ofensor, la pedagogía social y el des-cubrimiento de la verdad.

En efecto, el derecho internacional, a la vez que reclama una diferencia cualitativa entre los tribunales internacionales y las cortes nacionales⁸, impone la misma pena que las cortes nacionales (prisión) e insiste en los principales fines del castigo de los regímenes nacionales ordinarios (retribución y prevención)⁹, mientras ha explorado poco los otros objetivos de la sanción: reconciliación, rehabilitación, los fines pedagógicos y la importancia de hallar la verdad para la sociedad y las víctimas (d'Ascoli, 2011; Cooke, 2017). Un cambio de énfasis en los objetivos del castigo, en virtud de razones contextuales, implica una transformación en la forma de asumir el principio de proporcionalidad de la sanción frente a serias violaciones del DIH y los DD.HH.

Entonces, se hace necesario ajustar la concepción del principio de proporcionalidad, tal como lo señala la doctrina. Este ajuste imperativo aún no logra explicitarse con suficiente fuerza en las instancias oficiales del derecho internacional, que persisten en hablar de la proporcionalidad en términos punitivos frente a la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del autor, si bien reconocen que una 'restricción efectiva de derechos' podría alcanzar los estándares mínimos de proporcionalidad. Esa concepción cerrada de la proporcionalidad es una de las principales críticas a las instituciones del derecho penal internacional (Teitel, 2017; Cooke, 2017). Por ello, Seils (2015) lleva razón cuando sostiene que

⁸ "[T]he *ratione materiae* jurisdiction of the International Tribunal differs fundamentally from that of a national court which punishes all sorts of offences, usually ordinary crimes" (TPIY, 1996, num. 62; énfasis del original).

⁹ "[T]he International Tribunal sees public reprobation and stigmatisation by the international community, which would thereby express its indignation over heinous crimes and denounce the perpetrators, as one of the essential functions of a prison sentence for a crime against humanity. In addition, thwarting impunity even to a limited extent would contribute to appeasement and give the chance to the people who were sorely afflicted to mourn those among them who had been unjustly killed. // Intimately related to the reprobative function is general prevention [...]. The Trial Chamber also adopts retribution, or "just deserts", as legitimate grounds for pronouncing a sentence for crimes against humanity, *the punishment having to be proportional to the gravity of the crime and the moral guilt of the convicted* [cita omitida]" (TPIY, 1996, num. 65).

En tiempos normales la proporcionalidad del castigo de los tipos de crímenes graves que nos ocupan requeriría largos periodos de encarcelamiento. Pero no estamos en tiempos normales, y las tensiones que compiten con los objetivos del castigo son excepcionales y no cotidianas. Ningún castigo podrá ser proporcional y al mismo tiempo capaz de convencer exitosamente a los acusados de someterse a la ley del estado. Lo mejor que se puede esperar es una aproximación en que se logre un grado significativo de condena y de persuasión social que conduzca a la reforma. (p. 14)

Ahora bien, los cuestionamientos a la proporcionalidad retributiva en tiempos de normalidad no conlleva a renunciar a la idea de proporcionalidad como parámetro de evaluación de las sanciones transicionales, sino que obliga a variar los criterios para examinar dicha proporcionalidad: no solo deben contar la gravedad del crimen y la culpabilidad del condenado, también es necesario cumplir con la restauración y la reparación de las víctimas, lo cual no se satisface con enviar al delincuente a prisión para que sufra por el daño causado, y con que las víctimas lloren a sus muertos.

La proporcionalidad debe tener en cuenta los criterios objetivos –gravedad del crimen– y subjetivos –grado de responsabilidad del acusado–, y debe ir más allá para considerar el grado de verdad y los compromisos para la reparación de las víctimas y garantías de no repetición. Si reformulamos los objetivos del castigo, entonces debemos cambiar el enfoque de la proporcionalidad de las sanciones. Y ello no solo por razones pragmáticas o contextuales –la necesidad de lograr una paz estable–, sino también por razones de principio –reparar a las víctimas (Cooke, 2017).

3. PROPORCIONALIDAD Y SANCIONES PROPIAS DE LA JEP¹⁰

La proporcionalidad en materia de sanciones penales supone dos aspectos fundamentales: i) restringir el exceso, es decir, que la pena no exceda la gravedad del crimen, y ii) garantizar que el acusado reciba un nivel mínimo de castigo, lo cual implica tomar en serio la infracción o violación de derechos endilgados al acusado. Para ello se hace imperioso a) establecer la gravedad de la ofensa por comparación con otras conductas criminales con repercusiones dañinas similares (proporcionalidad ordinal) y b) evaluar la gravedad de la conducta criminal para establecer una sanción proporcional y mantener el mismo nivel de castigo proporcional siempre que se presenten crímenes

¹⁰ Me limitaré a las sanciones propias de la JEP, toda vez que, como se advirtió arriba, son las que generan algún tipo de perplejidad y las que parecen no compaginarse con el principio de proporcionalidad de las penas en el derecho penal internacional. Las sanciones alternativas de la JEP ya habían sido aplicadas en los procesos de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y la CPI no había presentado ningún reparo al respecto, a juzgar por el informe presentado sobre el particular (fiscal CPI, 2012). Por esta razón, creo que no habrá reparo alguno en relación con la duración de las penas.

de la misma gravedad (proporcionalidad cardinal) (d'Ascoli, 2011). En esto consiste, en su forma más básica, la proporcionalidad de la pena con fines única y exclusivamente retributivos.

La proporcionalidad a la que se debe acudir en contextos transicionales difiere de ese esquema, dado que la pena asume otras funciones. En efecto, si los objetivos del castigo se transforman o se combinan, entonces la proporcionalidad no debe ser solo retributiva, sino que debe apuntar a fines restauradores o reparadores. En consecuencia, el examen en abstracto de las sanciones propias de la JEP debe efectuarse según el esquema de una proporcionalidad restaurativa en la que no solo se evalúe la gravedad del crimen y la responsabilidad del autor, sino también el aporte a la verdad plena del compareciente y el efecto de la sanción para los derechos de reparación y garantías de no repetición frente a las víctimas. La proporcionalidad restauradora no elimina el componente retributivo, pero reduce su importancia para determinar la proporcionalidad del castigo.

Las sanciones propias de la JEP ponen de manifiesto el dilema clásico de toda justicia transicional: Paz vs. Justicia (Teitel, 2017; Uprimny, 2006), para el cual no existen fórmulas o soluciones generales satisfactorias –de ahí el marcado carácter ‘inductivo’ de toda justicia transicional. La tensión entre estos dos valores constitucionales debe resolverse mediante la aplicación del *mandato general de proporcionalidad* (Alexy, 1993, 2006; Lopera, 2005; Clérico, 2009), según el cual uno de los valores triunfa sobre el otro¹¹, bajo ciertas condiciones, en las que el vencido se verá limitado o restringido en alguna medida, sin que sea sacrificado de modo absoluto. Por esa vía se logra una suerte equilibrio reflexivo entre ellos. La misma Corte Constitucional ha reconocido que este equilibrio es esquivo y muy difícil de lograr, pero los esfuerzos deben estar encaminados a alcanzar el balance entre ambos valores, como un *ideal regulativo*:

[L]a adecuada proporción entre justicia y la obtención y preservación de la paz en el marco de una transición, [es] muy difícil de balancear, al extremo de que se llegue a expresar ‘tanta justicia como la paz lo permita’ [cita omitida], lo que denota la trascendental importancia de la finalidad básica de la transición y, aún más, [...] como condición indispensable para la convivencia social y la subsistencia de un Estado de derecho, pues ‘solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz’ [cita omitida]. (Corte Constitucional, C-579 de 2013)

La Corte también denominado a este complejo ejercicio: *modulación del derecho a la justicia*, “para armonizarlo con la efectividad de otros derechos y el cumplimiento de deberes del Estado,

¹¹ Omito la eventual distinción entre “valor” y “principios”, para tratarlos como sinónimos, a efectos de este argumento.

como la paz, la reparación a las víctimas o el logro de la verdad” (Corte Constitucional, C-180 de 2014). El juez de la CIDH, Diego García-Sayán, lo ha explicado del siguiente modo:

[E]n ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz” (CIDH, 2012, voto concurrente).

Así pues, la posibilidad de alcanzar el equilibrio aludido entre justicia y paz, a través de la aplicación de las sanciones propias de la JEP, pasa por un examen de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, subprincipios que componen el juicio general de proporcionalidad. A este examen dedicaré las consideraciones siguientes de este escrito.

Idoneidad de las sanciones propias

La idoneidad de una medida supone una relación teleológica de medio-fin. Para esclarecer tal relación es necesario determinar un fin constitucional legítimo que justifique la restricción o la limitación de bienes jurídicos que merecen protección constitucional. Esta evaluación puede adquirir una profundidad inusual en la que el medio debe ser adecuado en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance), cualitativo (de la mejor manera posible) y el de las probabilidades (el mayor grado de probabilidad o el más seguro) (Clérico, 2009, pp. 82-83). Esto es lo que se conoce como la versión fuerte del examen de adecuación o idoneidad.

Sin embargo, el principio democrático del amplio margen de configuración del legislador (Corte Constitucional, C-439 de 2016) y el *in dubio pro legislatore* conllevan a que la idoneidad de las medidas legislativas se evalúe conforme con una versión débil o moderada del criterio de adecuación técnica, según la cual el medio debe promover o fomentar el fin que se persigue. Se trata entonces de establecer una relación de contribución del medio respecto al fin, que indique si el medio escogido conduce, en alguna medida, al resultado deseado.

El medio en el presente caso son las sanciones propias de la JEP y los fines perseguidos por tales sanciones son dos: justicia y paz. La paz se encuentra consagrada como deber y derecho en el artículo 22 la Constitución Política de 1991. La justicia en este contexto debe entenderse en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRR), que se incorporó a la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, del cual hace parte la JEP. El artículo transitorio 5° de esa reforma constitucional señaló que los objetivos de la JEP

“son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera”. Las sanciones propias de la JEP están al servicio de estos objetivos.

Entonces, la pregunta que debe ser respondida es: ¿cómo las sanciones propias de la JEP contribuyen a la consecución de una paz estable y duradera y, al mismo tiempo, fomentan la protección el derecho de las víctimas a la justicia? Las sanciones propias son el producto de una negociación entre un grupo al margen de la ley, que participaba como actor beligerante en un conflicto de más de 50 años, y el Gobierno Nacional en representación del Estado colombiano. El objetivo último consistía en desactivar ese conflicto y cerrar los ciclos de violencia que lo alimentaban. Para ello ambas partes acordaron un sistema de justicia que fuese aceptable para que aquellos que se encontraban al margen de la ley encontraran conveniente y racional reincorporarse a la sociedad civil, y que a su vez fuese respetuoso y garantizara los derechos de las víctimas. El resultado final fue la JEP con sus sanciones propias para aquellos que declararan la verdad y reconocieran su responsabilidad por las graves violaciones del DIH y los derechos humanos ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP.

Dentro del catálogo de sanciones propias se encuentran una serie de trabajos comunitarios en zonas rurales y urbanas, tales como: programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados, construcción de escuelas, centros de salud, carreteras, viviendas, sustitución de cultivos de uso ilícitos, participación y ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento, entre otros (ver artículo 133 del PLEJEP y 141 de la LEJEP). Pues bien, estas sanciones incentivan a los integrantes del grupo exguerrillero a confesar la verdad de los crímenes cometidos y reconocer su responsabilidad, con lo cual se asegura el derecho a la verdad de las víctimas. Por sí mismas este tipo de sanciones constituyen una forma de reparación, en la medida que se trata de obras tangibles en beneficio de las personas que han padecido el conflicto armado en las zonas del país donde la guerra arreciaba. De esta forma se concreta el componente restaurador de las sanciones no solo de las víctimas directas de los crímenes, sino también respecto de la sociedad misma.

Al mismo tiempo, las sanciones propias contribuyen, aunque en una mínima proporción –como se verá más adelante–, a satisfacer el derecho de justicia de las víctimas, en su modalidad retributiva, dado que a quienes se les impongan este tipo de penas no podrán ejercer a plenitud sus derechos como ciudadanos por el tiempo que dure la condena. El PLEJEP [hoy LEJEP] y el Acuerdo señalan la libertad de movimiento y residencia como ejemplos de aquellos derechos que pueden ser restringidos mediante de las sanciones propias. No obstante, estos no serían los únicos derechos que podrían verse limitados en cumplimiento de estos castigos. Será competencia de los jueces de la JEP establecer qué otros derechos fundamentales podrán ser restringidos con ocasión del cumplimiento de las sanciones propias. Así, el elemento retributivo de la pena adquiere

concreción en la medida que el responsable verá limitados sus derechos por los daños causados. Esta restricción efectiva de derechos también contribuirá a impedir que las violaciones del DIH y DD.HH. se repitan, en tanto que los responsables reconocerán el mal que causaron, así como el reproche que genera esa clase de actos criminales. Por demás, los responsables deberán asumir y cumplir con los compromisos de no repetición que le impongan los jueces transicionales.

Las sanciones propias se impondrán por el tiempo máximo cuando la gravedad del crimen y la participación del responsable lo justifiquen y, en función de esos factores, podrá variar la dosificación de la pena dentro de los rangos establecidos en los instrumentos normativos que regulan la materia. De lo anterior cabe inferir que las sanciones propias promueven la protección de los derechos de las víctimas dentro del SIVJNR. La adecuación técnica de las sanciones propias respecto del fin de asegurar la optimización de dos valores contrapuestos, como lo son la justicia y la paz, puede considerarse probada: no solo contribuyen a satisfacer los derechos de las víctimas, sino que también estimulan la desmovilización e integración a la sociedad civil de los exguerrilleros, tanto por el tipo de sanción como por su duración, en pos de una paz estable.

Necesidad de las sanciones propias

El subprincipio de necesidad exige que, una vez demostrada la adecuación de la medida, no exista un medio alternativo que permita alcanzar en la misma medida el fin perseguido y que resulte menos lesivo para los derechos o principios en tensión. Se trata de llevar a cabo un juicio comparativo sobre esos dos ejes –lesividad y contribución para lograr el objetivo– entre el medio establecido y el o los medios alternativos (Clérico, 2009). Recordemos que los principios en colisión son la paz y la justicia, y el medio establecido para lograr un equilibrio entre la afectación y la satisfacción de cada uno de estos derechos, en el contexto colombiano, fue las sanciones propias de la JEP. Dichas sanciones, como se probó en el acápite anterior, sirven a los dos propósitos: promueven la paz estable y duradera y contribuyen a garantizar los derechos a la verdad, la reparación y, por medio de la ‘restricción efectiva de derechos’ de los responsables, a la justicia de las víctimas, en su dimensión retributiva. Pese a la mencionada ‘restricción efectiva’, la dimensión retributiva de la justicia es la que se ve más afectada.

Este segundo paso de la proporcionalidad en sentido amplio obliga a examinar la necesidad de las sanciones propias, a luz de otros candidatos que puedan resolver mejor la colisión entre los dos principios enfrentados. El candidato más obvio en este escenario es la cárcel como forma de garantizar que los responsables paguen por los crímenes cometidos y eliminar cualquier atisbo de impunidad. Un segundo candidato menos obvio es la amnistía o, en su defecto, la suspensión de la ejecución de la pena. Pues bien, ninguno de los dos candidatos fomenta el fin de la paz del mismo modo que las sanciones propias, y tampoco resulta menos lesivo para los derechos de las víctimas.

La cárcel es el medio alternativo en el que insisten algunos de los que piden penas proporcionales, pero esta alternativa no produce ningún efecto positivo ni para la paz ni para la justicia. En primer lugar, no favorece la paz, en tanto que no representa una opción provechosa para los excombatientes que pretenden reincorporarse a la sociedad civil. La prisión trunca el paso de un régimen despótico o un estado de guerra a un estado de derecho, dado que no resulta atractivo para quienes han vivido de la guerra durante años, dejar su tradicional modo de existencia para purgar penas extensas, sin ningún beneficio al que acceder por deponer las armas y contar la verdad. Por esa misma razón, la cárcel da al traste con los derechos de las víctimas, por cuanto desestimula la confesión de la verdad, el reconocimiento de responsabilidad, la disposición para reparar los daños causados y las garantías de no repetición se debilitan.

Las penas de prisión severas en contextos transicionales son contraproducentes frente a los fines que persigue la justicia transicional: alcanzar la paz con total respeto de los derechos de las víctimas. La cárcel solo satisfaría la dimensión retributiva del derecho a la justicia que, en últimas, solo prefigura un sentimiento de venganza. Por estas razones, la prisión no puede constituir un medio alternativo menos lesivo, en tanto que no fomenta la paz y tampoco garantiza la satisfacción de los derechos de las víctimas. Frente a este medio alternativo, las sanciones propias conservan su idoneidad y necesidad.

Otra alternativa posible es la amnistía que puede asumir las formas de perdones responsabilizantes, amnésicos o compensadores (Uprimny, 2006). Las amnistías, en cualquiera de sus modalidades, tienen la virtud de promover la paz en un alto grado, pero al precio de sacrificar los derechos de las víctimas. Las amnistías implican que los derechos de las víctimas deben ceder ante el propósito de la paz y la reconciliación nacional. En algunos casos, el sacrificio de los derechos de las víctimas se aminora con comisiones de la verdad e identificación de responsables, pero la reparación y las garantías de no repetición pasan a un segundo plano. El interés político de la paz pesa más que la protección de los derechos de las víctimas. La ponderación en este escenario se convierte en un recurso retórico: la búsqueda de paz no justifica en ningún escenario sacrificar en demasía el derecho de las víctimas.

El modelo colombiano, de hecho, incluye amnistía para aquellos delitos amnistiables, de conformidad con el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a los conflictos no internacionales, en el que se estipuló que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado”. Sin embargo, no es posible conceder amnistía a las “personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”, de acuerdo con la norma 159 del DIH consuetudinario (Henckerts y Doswald-Beck, 2007; Travesí y Rivera, 2016). Así pues, la amnistía deja de ser una opción posible, por cuanto elimina por completo la posibilidad de impartir justicia frente a delitos contra el DIH y DD.HH.

Por último, algunos críticos de las sanciones propias han propuesto como alternativa la restricción de la libertad con inhabilitación de derechos políticos para los máximos responsables. Pero esta opción anula por completo la satisfacción del derecho a la paz. El sometimiento y desmovilización de los integrantes de grupos armados al margen de la ley, que han participado del conflicto armado en Colombia, pasa por la posibilidad de participar en política (Seils, 2015; Corte Constitucional, C-674 de 2017). Quienes se desmovilizan, lo hacen bajo la condición de que podrán tomar parte en los procesos democráticos. Negar la participación en política de los excombatientes sería dar al traste con cualquier negociación de paz. Bajo esta opción, el equilibrio compensatorio entre la satisfacción de los derechos se haría migas: no habría ningún incentivo para reparar a las víctimas, contar la verdad y comprometerse con garantías de no repetición. Por consiguiente, los derechos de las víctimas ni el derecho a la paz alcanzarían un grado de protección idóneos.

Es necesario resaltar un punto que es omitido por los críticos: la garantía de los derechos de las víctimas es posible gracias a las negociaciones de paz y la justicia transicional. Sin negociaciones de paz y desmovilización, los derechos de las víctimas serían artefactos retóricos. La paz posibilita, a su turno, que los excombatientes se comprometan a resarcir el daño causado a las víctimas. Por tanto, sin paz no habría posibilidad de que las víctimas tuviesen alguna oportunidad de ver cumplidos sus derechos, porque el conflicto armado continuaría y los responsables seguirían evadiendo la justicia.

Los medios alternativos (pena de prisión, amnistías o inhabilitación para participar en política) no salen bien librados de la comparación con el medio establecido (sanciones propias). Es decir, los medios alternativos no tienen la misma vocación de promover la paz y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las víctimas y la justicia: o implican el sacrificio de los derechos de las víctimas, so pretexto de la paz (amnistías); o presuponen una comprensión unilateral y reducida del derecho a la justicia de las víctimas, por vía de la cual la paz sería inalcanzable (cárcel); o anulan la posibilidad de alcanzar la paz sin favorecer la protección de los derechos de las víctimas (inhabilitación para participar en política). Por consiguiente, las sanciones propias de la JEP no solo son idóneas para cumplir el fin constitucional legítimo, sin afectar gravemente los derechos de las víctimas, sino que además son necesarias para superar el conflicto armado en Colombia y comenzar a labrar el camino para una paz estable y duradera.

CUADRO 2

Examen de necesidad		
Medios	Resultado comparativo	Justificación
Inhabilitación para participar en política	NULA satisfacción del derecho a la paz y BAJA protección de los derechos de las víctimas.	La protección de los derechos de las víctimas depende de que la paz sea posible. Anular la paz implica que los derechos de las víctimas solo podrán ser garantizados en jurisdicciones ordinarias en medio de la continuación del conflicto armado. La eficacia de la justicia ordinaria en estos contextos es mínima y, por tanto, la satisfacción de los derechos de las víctimas es bajísima.
Prisión	ALTA satisfacción de la justicia (retributiva), BAJA protección de derechos de víctimas y bajísimo grado de promoción de la paz	Desestimula la reincorporación de los excombatientes, desincentiva la confesión de la verdad y reduce las posibilidades de reparación efectiva de las víctimas
Amnistías (en cualquiera de sus modalidades)	ALTO grado de promoción de la paz y reconciliación, BAJO grado de satisfacción de derechos de víctimas	Estimula la desmovilización y la reintegración a la sociedad, pero no contribuye a satisfacer los derechos a la verdad, la reparación y la justicia de las víctimas.
Sanciones propias	ALTO grado de promoción de la paz, con un grado MEDIO de satisfacción integral de los derechos de víctimas y grado MEDIO de satisfacción de la justicia (retributiva)	Promueve el paso del estado de guerra a la sociedad civil y estimula el reconocimiento de responsabilidad y la verdad en aras de garantizar los derechos de las víctimas, aunque se afecta la dimensión retributiva de la justicia.

Fuente: elaboración propia.

Proporcionalidad en sentido estricto

Superada la segunda fase del test de proporcionalidad, debemos examinar la última etapa. Para ello es necesario avanzar más allá del cuadro 2, a partir de los elementos que componen la proporcionalidad en sentido estricto: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la ley de la colisión. La ley de la ponderación señala que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio [interés o derecho en disputa], tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1993, p. 161). La fórmula del peso¹² pone en juego una serie de variables para establecer el grado de satisfacción/afectación de los derechos en colisión: peso abstracto, peso concreto y seguridad empírica de las premisas. Por último, la ley de colisión hace referencia a la posibilidad universalizar la relación de precedencia o prioridad entre derechos que resulta de la ponderación para casos futuros¹³.

Con base en las anteriores indicaciones, corresponde ahora determinar el grado de afectación y satisfacción de los derechos que son objeto de la ponderación, en orden a identificar las razones por las cuales la satisfacción alta del derecho a la paz justifica una afectación media o baja del derecho a la justicia de las víctimas, en su dimensión retributiva¹⁴. El peso abstracto de ambos derechos es equivalente: tanto la paz como los derechos de las víctimas están consagrados como derechos en la Constitución de 1991 y de su vigencia y garantía depende el ejercicio de otros intereses de relevancia constitucional¹⁵. Además, cuentan con precedentes constitucionales que los respaldan. Por tanto, la precedencia de un derecho sobre otro no se resolverá por vía de sus pesos abstractos, sino que debemos buscar las razones justificativas en el peso concreto de cada uno¹⁶.

¹² La expresión “fórmula” y la operación aritmética en sí misma funcionan como recurso retórico dentro de la teoría de Alexy de la proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2012; Atienza, 2010).

¹³ La ley de la colisión indica que “[l]as condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Alexy, 1993, p. 94). Cuál será la regla que podría universalizarse, a partir del juicio de ponderación que se desarrollará aquí, es una cuestión que deberá discutirse en trabajos posteriores.

¹⁴ Podría hablarse de afectación del derecho a la justicia de la sociedad en general, pero ello implicaría adoptar un mayor nivel de abstracción, contrario a lo que intento hacer aquí: evaluar la proporcionalidad de las sanciones propias con el mayor nivel de concreción posible.

¹⁵ Utilizo como sinónimos las nociones de ‘derechos’, ‘bienes’, ‘intereses’ e incluso ‘valores’, aunque en teoría se puedan establecer algunas distinciones analíticas entre ellas.

¹⁶ El peso concreto y la seguridad empírica de las premisas siempre remiten a circunstancias particulares de un caso específico. De hecho, la cuestión de si la ponderación puede efectuarse tan solo con elementos abstractos, o si es necesario un escenario concreto para aplicar la proporcionalidad en sentido estricto, hace parte de la discusión teórica (Martínez Zorrilla, 2007). En este examen nos encontramos en un nivel intermedio: evaluamos una medida que no ha sido aplicada aún, las sanciones propias, en casos concretos, pero contamos con algunas características específicas del contexto transicional de Colombia. Para determinar los pesos concretos, el nivel de concreción vendrá dado por el conflicto armado colombiano. La JEP deberá llevar a cabo un juicio

La paz es un derecho cuyo gozo ha sido escurridizo para la sociedad colombiana por más de medio siglo. Diferentes grupos alzados en armas han pretendido disputar la legitimidad del orden jurídico en Colombia y el Estado los ha combatido, al tiempo que ha procurado la salida negociada de los conflictos. Así honra sus deberes constitucionales nacionales e internacionales¹⁷. Incluso, la Corte Constitucional ha considerado la Carta Política de 1991 como una constitución para la paz (C-048 de 2001), de ahí el rol preponderante que tiene la paz como valor, derecho y deber en el esquema institucional colombiano. En palabras de la Corte:

[L]a génesis de la Constitución de 1991 estuvo ligada a superar la violencia sistémica, derivada de grupos insurgentes y la irrupción del narcotráfico y el terrorismo generalizado. Ante una profunda crisis institucional de finales de la década de los ochenta del siglo anterior, de nuevo la fórmula utilizada para lograr una sociedad más estable y pacífica fue la reconfiguración constitucional, a través de nuevas reglas para la convivencia y la limitación de los poderes en la sociedad. Es por ello que es un lugar común considerar que la Constitución fue concebida, entre muchos aspectos, como un pacto de paz para la superación del conflicto que, para el momento de su concepción y expedición, ponía en riesgo la estabilidad misma del Estado. (Corte Constitucional, C-379 de 2016)

El peso concreto de la paz deviene de la necesidad histórica de lograrla y de cómo la institucionalidad se estructuró, de tal forma que las acciones de grupos insurgentes pierdan toda razón de ser. La inclusión en la sociedad civil de quienes han combatido por décadas al Estado colombiano es un imperativo de urgente cumplimiento. Por esta razón, la satisfacción del derecho a la paz adquiere un grado alto de importancia, con la vocación suficiente para justificar restricciones o limitaciones mínimas o medias de otros derechos o intereses.

Por su parte, la protección de los derechos de las víctimas también tiene relevancia constitucional por su consagración constitucional y la ratificación de instrumentos internacionales¹⁸ que imponen

de proporcionalidad de las características que aquí hemos expuesto para establecer cuál es la combinación de sanciones propias adecuadas, necesarias y proporcionales respecto de cada caso concreto. En otras palabras, deberá actualizar el juicio de proporcionalidad con mayores niveles de concreción.

¹⁷ Algunos de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de paz, proscripción de la guerra y resolución pacífica de controversias son: El Tratado de Renuncia a la Guerra o “Pacto de París” de 1928, el Tratado americano de Soluciones Pacíficas o “Pacto de Bogotá” de 1948 y también podemos contar las Carta de la Organización de Estados Americanos y de las Naciones Unidas (Corte Constitucional, C-287 de 2002; C-214 de 2017).

¹⁸ La jurisprudencia constitucional ha derivado la protección constitucional de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición de los artículos 1 (forma del Estado), 2 (fines del Estado), 13 (igualdad), artículo 93 (bloque de Constitucionalidad) y 229 (administración de justicia) de la Constitución. Los instrumentos internacionales sobre derecho de las víctimas son múltiples: artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4, 5 y 6 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes,

deberes al Estado colombiano. En el marco de estos deberes, la Corte también ha reconocido la importancia de garantizar los derechos de las víctimas, más aun cuando se trata de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. La jurisprudencia constitucional ha identificado un conjunto de principios, cuya observancia garantiza la protección específica del derecho a la justicia de las víctimas, los cuales pueden funcionar como un *check list*. Dichos principios han sido formulados en los siguientes términos:

CUADRO 3

Check-list derecho a la justicia		
Elementos del derecho a la justicia	Sanciones propias	Razón
(i) Prevenir las graves violaciones de DD.HH.	✓	El castigo denota el reproche de la conducta
(ii) Luchar contra la impunidad.	✓	Las violaciones graves del DIH y DDHH son investigadas y sancionadas
(iii) Establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia.	✓	Revisar PLEJEP (artículos 78 y ss. [ver artículo 71 y ss. LEJEP]) y Ley 1922/18 (artículos 2 y 3)
(iv) Investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos.	---	Depende de cómo se entiendan las nociones 'sanción y 'penas adecuadas'. La idea tradicional de retribución pierde relevancia.
(v) Respetar el debido proceso.	✓	Revisar PLEJEP (artículo 18 [ver artículo 21 LEJEP]) y Ley 1922/18 (artículos 1E y 6)
(vi) Establecer plazos razonables para los procesos judiciales.	✓	Revisar PLEJEP (artículos 29 y 79(f) [ver artículo 34 y 79(g)], entre otros) y Ley 1922/18 (artículo 8)

Continúa...

los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, el artículo 75 de Estatuto de Roma, entre otros (Corte Constitucional, T-083 de 2017).

(vii) Iniciar exoficio las investigaciones en casos de graves violaciones contra los DD.HH.	✓	Revisar PLEJEP [LEJEP] y Ley 1922/18
(viii) Velar porque los mecanismos judiciales internos no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad.	✓	Las sanciones propias estimulan la confesión de la verdad y erradican la impunidad porque hay investigación y castigo.
(ix) Establecer limitantes frente a figuras como el non bis in ídem y la prescriptibilidad de la acción penal y de las penas.	✓	Revisar PLEJEP (artículo 19 [artículo 21 LEJEP]) y Ley 1922/18 (artículos 47, 66 y otros)
(x) Determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición.	✓	Revisar PLEJEP (artículos 27, 35 y ss. y 45 y ss. [artículos 32, 40, 46, 47 LEJEP, entre otros]) y Ley 1922/18 (artículos 67 a 69)
(xi) La legitimidad de la víctima y de la sociedad, en casos de graves violaciones de los DD.HH. y del D.I.H. para hacerse parte dentro de los procesos penales.	✓	Artículo 13 del PLEJEP [13 y 14 LEJEP] y artículos 2 y 3 de la Ley 1922/18
(xii) La participación de las víctimas dentro del proceso penal.	✓	Artículo 13 del PLEJEP [13 y 14 LEJEP] y artículos 2 y 3 de la Ley 1922/18
(xiii) La garantía del derecho a la justicia garantiza así mismo los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas (Corte Constitucional, T-130 de 2016, C-099 de 2013 y C-715 de 2012).	✓	Las sanciones propias contribuyen a satisfacer estos tres derechos: justicia, verdad y reparación.

Fuente: elaboración propia.

Como se puede apreciar, las sanciones propias de la JEP contribuyen a cumplir a cabalidad cada uno de los principios indicados. La imposición de estas sanciones implica restricciones efectivas de derechos de los responsables, lo cual erradica la impunidad, ayuda a prevenir las graves infracciones de los DIH y DD.HH., por cuanto le permite al responsable reconocer el daño que causó, el malestar que generó en la comunidad y limita el ejercicio de sus derechos como 'retribución' por el crimen cometido. De igual modo, las sanciones propias operan como una especie de beneficios al que pueden acceder los excombatientes bajo tres condiciones: confesión

de la verdad, compromisos de reparación de las víctimas y de no repetición. Al tiempo que los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad pueden acogerse a esas condiciones para cumplir penas reducidas en espacios de reclusión diferentes a las cárceles tradicionales, las sanciones propias posibilitan que las víctimas conozcan la verdad sobre los hechos y sean reparadas con el cumplimiento mismo de la sanción.

El derecho a la justicia de las víctimas solo se ve mermado porque el propósito retributivo no se cumple de la manera más frecuente: condena de prisión. Sin embargo, ya he establecido aquí que las funciones de las penas en contextos transicionales no pueden comprenderse del mismo modo que en tiempos de normalidad u ordinarios (Zolo, 2004). La justicia transicional pone el énfasis en fines distintos y, en consecuencia, el objetivo restaurador adquiere cierta preponderancia: se trata tanto de imponer castigos al delincuente en retribución o merecimiento proporcional a la gravedad del crimen, como de aplicar sobre todo penas que contribuyan a la restauración y la reparación de los daños. En ese estricto sentido, el peso concreto del derecho a la justicia de las víctimas es menor que el peso concreto del derecho a la paz. En la medida que la dimensión retributiva de la justicia pierde preeminencia, entonces su peso disminuye para efectos del juicio de ponderación, sin que ello afecte los otros elementos del derecho a la justicia y los demás derechos de las víctimas.

En consecuencia, el peso concreto de la paz es mayor que el peso concreto del derecho a la justicia de las víctimas, sin que esto implique eliminar el componente retributivo de la justicia. El derecho a la justicia será restringido, pero la limitación será de baja intensidad, por cuanto solo afecta el elemento retributivo y los demás elementos del derecho a la justicia y los otros derechos de las víctimas pueden ser satisfechos a través del mismo medio (sanciones propias). Por ello, la intensidad de la restricción es baja en comparación con el alto grado de satisfacción del derecho a la paz.

En lo relacionado con la seguridad empírica de las premisas, la promoción del derecho a la paz alcanza un mayor nivel de seguridad que los derechos de las víctimas. Ello se debe a que la experiencia comparada muestra que toda transición hacia un orden pacífico, bajo la égida de un Estado de Derecho extendido y consolidado, requiere de diseños institucionales y justicia punitiva alternativos, que representen algún provecho o beneficio para quienes se desmovilizan o desisten de regentar un régimen despótico (Teitel, 2017; Uprimny, 2006). Por esta razón, se puede asegurar, con alto grado de certeza, que las sanciones propias, en tanto suponen un beneficio para quienes confiesen y reconozcan responsabilidad, fomentarán la paz y será un primer paso importante para trabajar en pos de estabilizarla y consolidarla.

Por el contrario, la seguridad de la satisfacción de los derechos de las víctimas es menor que la de la paz. De un lado, es seguro que las sanciones propias afectarán la dimensión retributiva de la justicia, es el precio que hay que pagar para el éxito de la justicia transicional, y lo hará en una proporción baja, por cuanto la afectación consiste en que la retribución como fin de la pena

pierde relevancia. De nuevo, ese es el sentido de la justicia transicional. Pero es incierto cuál será el grado de satisfacción de los restantes derechos de las víctimas, toda vez que el modelo de justicia transicional de la JEP es experimental y carece de antecedentes con la especificidad suficiente para determinar el nivel de certeza con el que serán satisfechos los derechos de las víctimas mediante la aplicación de las sanciones propias. La JEP debe imponer sanciones propias ejemplarizantes y monitorear con eficacia su cumplimiento, de manera tal que se garantice en la mayor medida posible la satisfacción de los derechos de las víctimas. Los mecanismos de monitoreo y vigilancia del cumplimiento de las sanciones será clave para garantizar los derechos de las víctimas. El régimen de condicionalidades para acceder a beneficios y continuar con el cumplimiento sanciones propias deberá ser aplicado con todo el rigor del caso. Ello representaría una evidencia adicional a favor de la afectación baja de la dimensión retributiva de la justicia, en compensación con una satisfacción media o alta de los derechos de las víctimas (Corte Constitucional, 674 de 2017). De cualquier modo, esta incertidumbre no invalida el juicio de ponderación, dado que se inscribe en el margen de acción epistémica que se le reconoce al legislador (Lopera, 2005).

En conclusión, la seguridad empírica de las premisas también arroja como resultado la prevalencia del alto grado de satisfacción del derecho a la paz sobre la baja afectación del derecho a la justicia, comoquiera que el fin retributivo de la pena se ve disminuido. Las sanciones propias conllevan a una intervención parcial del derecho a la justicia, *proporcional en sentido estricto* a la importancia de garantizar el derecho a la paz en Colombia. De este modo, queda demostrado el equilibrio entre los derechos enfrentados en contextos transicionales. En el caso colombiano, las sanciones propias de la JEP resultan proporcionadas, dado que implican un alto grado de satisfacción del derecho a la paz y una afectación baja del derecho a la justicia, porque solo se interviene su dimensión retributiva, en consonancia con las posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la CIDH.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La pregunta con la que inicié este escrito fue ¿en qué consiste la proporcionalidad de las sanciones propias de la JEP? Para responder tal cuestión he intentado desarrollar el razonamiento que se sintetiza a continuación. La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los DD.HH. y el DIH no impone una forma única y exclusiva de penalidad o castigo para estas conductas, como tampoco establece una duración específica, menos aun cuando se trata de contextos transicionales, y así lo ha reconocido la Fiscalía de la CPI.

En contextos transicionales, la noción de ‘penas adecuadas y proporcionales’, que se encuentra inscrita dentro del deber de investigar, juzgar y sancionar crímenes de guerra y delito de lesa humanidad, debe revisarse a la luz del cambio en los fines o funciones de la pena. En tiempos

ordinarios, el castigo tiene un objetivo retributivo preponderante, pero al tratarse de justicia transicional la retribución no puede seguir siendo el único ni el principal fin de la pena. La paz, la restauración y los derechos de las víctimas ocupan el centro del sistema de justicia. Así, la noción de penas adecuadas y proporcionales debe evaluarse conforme con los fines del castigo que adquieren preponderancia en tiempos de transición.

La adecuación y proporcionalidad del castigo se establece a través de un equilibrio entre la promoción de la paz y la garantía de los derechos de las víctimas, dentro del que se cuenta el derecho a la justicia. La proporcionalidad debe asumir la restauración como su propósito primordial, sin que se excluya la dimensión retributiva. La gravedad del crimen y la participación del delincuente no pueden ser los únicos criterios de proporcionalidad. En contextos transicionales, la proporcionalidad debe determinarse por referencia a otros criterios y con la aplicación del *mandato general de proporcionalidad*.

En consecuencia, la proporcionalidad de las sanciones propias de la JEP debe responder a la consolidación de una paz estable y satisfacer los derechos de las víctimas en la mayor medida posible y en proporciones adecuadas. El juicio de proporcionalidad aplicado permite inferir que las sanciones propias representan un grado alto de satisfacción del derecho a la paz y una intervención poco intensa en el derecho a la justicia de las víctimas, en tanto que la dimensión retributiva pierde relevancia. Además, promueve en el nivel adecuado los derechos de las víctimas, en virtud del régimen de condicionalidad y los mecanismos de monitoreo y verificación de las sanciones propias. Estos dos instrumentos garantizan que los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad y no repetición alcanzarán un nivel óptimo de protección, lo que justifica la afectación mínima de la dimensión retributiva.

Por esta vía, he concluido que las sanciones propias son *proporcionales en sentido estricto*. Dicha proporcionalidad deberá actualizarse en cada caso concreto en el que el responsable declare la verdad, reconozca responsabilidad, colabore en la reparación de las víctimas y adquiera compromisos efectivos de no repetición. En tanto son idóneas, necesarias y proporcionales, las sanciones propias son compatibles con el ordenamiento constitucional colombiano y las obligaciones internacionales de Colombia.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2006). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Pensamiento jurídico* 16. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 93-111.

- Alexy, R. (2012). Derechos fundamentales y proporcionalidad. En L. Clérico, y otros, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional* (pp. 183-197). Buenos Aires: Eudeba.
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. En *Interpretación constitucional* (pp. 159-181). Bogotá: Universidad Libre.
- Bensuoda, F. (sin fecha [sf]). Mínimos penales para máximos responsables. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/200815DOCUMENTO.pdf>.
- Bensuoda, F. (2013). *Carta al Presidente de la Corte Constitucional* del 26 de julio de 2013. Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpicol7.html>.
- Bensuoda, F. (2017). *Escrito de amicus curiae de la fiscal de la corte penal internacional sobre la jurisdicción especial para la paz* (18 de octubre de 2017). Recuperado de: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Cooke, F. (2017). *Alternative Sanctions for International Crimes: Considering the Colombian Model*. International Human Rights Internships Program - Working Paper Series. McGill University, Faculty of Law.
- d'Ascoli, S. (2011). *Sentencing in International Criminal Law: the UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*. Portland: Hart Publishing.
- Henckearns, J. y Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Vol. I: *Normas*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz-Roja Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe.
- Holmes, C. (2017). La CPI habla de nuevo (23 de octubre). Recuperado de: <http://www.portafolio.co/opinion/carlos-holmes-trujillo-garcia/carlos-holmes-trujillo-la-cpi-habla-de-nuevo-510936>
- Lopera, G. (2005). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *Jueces para la democracia*, 53, 39-53.
- Loyo, J. (2017). La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad? *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 5, 32-61. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5669>.
- Martínez Z., D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Stewart, J. (2015). Conferencia "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>.

- Seils, P. (2015). *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*. ICTJ análisis. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Analisis-Penas-ES-2015.pdf>.
- Teitel, R. (2011). Genealogía de la justicia transicional. En F. Reátegui (ed.), *Justicia Transicional. Manual para América Latina* (pp. 135-172). Nueva York: ICTJ.
- Teitel, R. (2017). *Justicia Transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Travesí, F. y Rivera, H. (2016). Delito político, amnistías e indultos Alcances y desafíos. ICTJ análisis. Recuperado de: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Analisis-Colombia-delito-politico-2016_0.pdf
- Uprimny, R. y otros (2006). *Justicia transicional sin transición*. Bogotá: Dejusticia.
- Zolo, D. (2004). Peace Through Criminal Law? *Journal of International Criminal Justice*, 2, 727-734.

Sentencias

- Corte Constitucional, Sentencia C-048 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-715 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia, C-099 de 2013.
- Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.
- Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia T-130 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-439 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia T-083 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Voto concurrente del magistrado Diego García-Sayán a la Decisión de Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de octubre.

Corte Penal Internacional [CPI] (2012). *Situación en Colombia: Reporte Intermedio*. Noviembre de 2012.

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia [TIPI] (1996). The Prosecutor v. Drazen Erdemovic. Sentencing Judgement. IT-96- 22-T. 29 de noviembre.

Instrumentos legales y constitucionales

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, del 12 de noviembre de 2016.

Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP bajo estudio de la Corte Constitucional.

Acto Legislativo 01 de 2017, “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”

Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Apuntes sobre la prohibición constitucional de pensiones convencionales

*Notes on the constitutional prohibition
of conventional pensions*

JUAN PABLO LÓPEZ-MORENO

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Laboral de la misma institución. Director del Departamento de Derecho Laboral de las especializaciones en Derecho Laboral y Derecho de la Seguridad Social, y de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad Javeriana. Director del grupo de investigación "Estudios en Derecho Laboral y de la Seguridad Social". Socio fundador y director de López & Asociados Abogados. Miembro de varias asociaciones profesionales, entre ellas el Comité de Abogados Laborales de la Asociación Nacional de Industriales (Andi). Miembro principal del Consejo de Administración de Seguros Alfa y Seguros de Vida Alfa s. a. desde el 2007. Miembro del Consejo Académico del Colegio de Abogados de Derecho Laboral y de Seguridad Social desde el 2001 y miembro de la International Bar Association (IBA). Correspondencia: Calle 70 n.º 7-60 oficina 101. j.lopezm@javeriana.edu.co

JULIANA PATRICIA MORAD ACERO

Abogada y egresada de Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de la Seguridad Social y en Derecho Laboral de la misma institución. Directora del Semillero de Investigación en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Universidad Javeriana y coordinadora del grupo de investigación "Estudios en derecho laboral y de la seguridad social". Correspondencia: calle 96 n.º 21-75, apto 602. jmorad@javeriana.edu.co

GIOVANNI GONZÁLEZ UMBARILA

Abogado del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá) con profundización en Derecho Constitucional, especializado en Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Actualmente estudiante de la Especialización de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Javeriana. Fundador del Semillero de Investigación de Derecho Laboral en la Universidad del Rosario. Investigador en formación del grupo de investigación de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado auditor en López & Asociados Abogados. Profesor de la Especialización de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana, en el módulo de derecho procesal. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Deportivo y del Colegio de Abogados del Trabajo. Correspondencia: calle 70 n.º 7-60, oficina 101. giovanni.gonzalez@lopezasociados.net

Resumen

El Acto Legislativo 01 de 2005 constituyó un antes y un después en el ámbito del derecho de la seguridad social colombiano, en la medida en que se erigió como el punto de quiebre definitivo para la consecución de la unificación del sistema general de pensiones, lo cual se consiguió, entre otros factores, con la prohibición de las pensiones de origen convencional o arbitral.

En este sentido, la prohibición de regímenes paralelos —de origen privado— a lo establecido en la Ley 100 de 1993, ha generado una serie de cuestionamientos sobre su constitucionalización y sobre su aplicación en el tiempo, por lo que resulta fundamental revisar las diferentes decisiones tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las que estos cuestionamientos han sido el punto central de análisis.

PALABRAS CLAVE

Acto Legislativo 01 del 2005, análisis jurisprudencial, derechos adquiridos, OIT, pensiones convencionales, recomendación del Comité de Libertad Sindical.

Abstract

The Legislative Act 01 of 2005 constituted a before and after in the Colombian social security law insofar as it was made as the definitive break point for the achievement of the unification of the general pension system, which was accomplished with the prohibition of pensions of conventional or arbitral origin.

In this sense, the prohibition of parallel regimes of private origin to the provisions of Act 100 of 1993, has generated several questions about its constitutionalization and about the times in which this prohibition should be applied, so it is fundamental to review the different decisions of both the Constitutional Court and the Labor Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice from which these questions have been the central point of analysis.

KEYWORDS

Legislative Act 01 of 2005, jurisprudential analysis, acquired rights, ILO, conventional pensions, recommendation of the Freedom of Association Committee.

1. INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo 01 del 2005 introdujo grandes modificaciones al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, una de las cuales fue la prohibición de pactar convencionalmente beneficios o requisitos pensionales.

En efecto, establece esta reforma constitucional que, en el marco de la obligación estatal de garantizar los derechos y la sostenibilidad misma del sistema pensional, a partir de su vigencia “no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones” (parágrafo 2°). Además, señala:

Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Así, el presente escrito analiza la posición de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en torno al pacto de beneficios pensionales que se dio tras la promulgación de la reforma constitucional en comento. Para esto se revisará lo relativo a: 1) la constitucionalidad de la prohibición de pensiones convencionales; 2) las reglas de aplicación del acto en torno a los beneficios pensionales convencionales pactados antes o después del acto legislativo; 3) la posición de cada corte con respecto a los derechos adquiridos de cara a la imposibilidad de pactar beneficios pensionales; y 4) la manera cómo han abordado la prohibición de pactar mejores condiciones de pensión dentro de convenciones y pactos colectivos ante las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

2. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

En el sistema jurídico colombiano dos cortes se encargan del examen de constitucionalidad de los actos que tienen origen en el Ejecutivo y en el Congreso. Por una parte, la Corte Constitucional en sala plena aborda el control constitucional de las leyes en sentido material y de los actos legislativos reformativos de la Constitución, como lo es, por ejemplo, el Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, con respecto a la competencia que tiene la Corte Constitucional para la evaluación de los actos reformativos de la Constitución, el artículo 241 indica que dicha competencia solo

se extiende a aspectos de forma. En este sentido, vale la pena resaltar que la corte ha edificado la doctrina según la cual los vicios de forma pueden clasificarse en dos tipologías: los vicios de procedimiento, sobre los cuales basta con explicar que se refiere a aquellos errores en los que incurre el legislador cuando no tiene en cuenta los principios del procedimiento legislativo o cuando se ha saltado etapas del procedimiento parlamentario, y, por otra parte, el vicio competencial, el cual se basa en que el texto de la Constitución permite al Congreso reformar la Constitución mas no sustituirla¹.

Así las cosas, tal como lo afirma Quinche Ramírez (2017, p. 79),

para saber si el Congreso ha excedido o no su poder y ha sustituido o simplemente reformado la Constitución la Corte ha dispuesto una metodología llamada ‘test de sustitución’, que consiste en el establecimiento de unos criterios que permiten determinar si el Congreso actuó dentro del límite de sus funciones.

Estos criterios se han catalogado como “EDICS” o “elementos definitorios de la identidad constitucional”, con lo cual, si el Congreso ha eliminado o modificado de manera esencial alguno de estos elementos, se debe concluir que el Congreso no ha reformado la Constitución, sino que la ha sustituido, por lo que el acto legislativo deberá considerarse inexecutable y, en ese orden de ideas, no tendrá ningún valor.

Por otra parte, al tratarse de un tipo de control constitucional de carácter formal, el numeral tercero del artículo 242 constitucional señala que las demandas de constitucionalidad por razones de forma se limitan a un año desde su promulgación.

Con este contexto previo cabe señalar que, al tratarse de un acto legislativo reformativo de la Constitución, en el cual se insertan límites a la negociación colectiva, era apenas obvio que este fuera objeto de una intensa actividad jurisdiccional al ponerse su constitucionalidad en duda en varias oportunidades entre el 2006 y el 2007, principalmente.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco debe perderse de vista que el acto analizado no tuvo como único objeto la prohibición de las pensiones convencionales, sino que además tocó otros temas, entre los que se destacan, principalmente, la eliminación de la mesada catorce, la limitación al régimen de transición pensional creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la restricción de las pensiones especiales. En este sentido, cabe advertir que en el presente artículo solo se analizan las sentencias en las que la Corte Constitucional examina la prohibición de pensiones

¹ Sobre la sustitución de la Constitución véanse las sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 y 971 de 2004, C-1040 de 2005 y C-1056 de 2012.

convencionales, por lo que se excluyen las sentencias C-337 del 3 de mayo de 2006, la C-277 del 18 de abril de 2007 y la C-292 del 25 de abril de 2007.

Como se mencionó, las demandas de constitucional fundadas en razones de forma se encuentran limitadas en el tiempo, a un año desde su promulgación, lo que para el acto legislativo —en principio— no fue del todo claro, toda vez que por un error en la publicación en la cual se indica “Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2005”, el día 25 de julio de 2005, fue necesario efectuar la publicación una segunda vez por medio del Decreto 2576 del 29 de julio de 2005. Así las cosas, cabe preguntar:

¿Cuándo entró en vigencia este acto legislativo?

Pues bien, sin ahondar mucho en el tema, la Corte Constitucional —por medio de la Sentencia C-181 de 2006— definió que, en atención a que la primera publicación no fue correcta, para todos sus efectos se entenderá como fecha de la vigencia el día de la segunda publicación, es decir, el 29 de julio del 2005, lo cual se reiteró en la Sentencia C-153 del 7 de marzo de 2007 y permitió que se evaluaran las demandas entabladas incluso hasta el día 28 de julio del 2006.

Bajo este entendido, la Corte Constitucional afrontó el reto de analizar sendas demandas de constitucionalidad dentro de las cuales se acusa al Acto Legislativo 01 de 2005 tanto de constituir una sustitución de la Constitución como de haber sido aprobado en vulneración de principios de constitucionalidad del procedimiento legislativo. En razón a lo anterior, resulta frustrante que la Corte Constitucional, en las sentencias en que se analiza la constitucionalidad del acto legislativo (cinco en total: C-181 de 2006, C-153 de 2007, C-178 de 2007 y C-180 de 2007) no se haya dado a la plena tarea de fundar sus decisiones en la definición de si el acto constituía o no una verdadera sustitución de la constitucionalidad, o si por el contrario la reforma insertada por el Congreso era en realidad algo constitucionalmente deseable o incluso imperioso.

Aun cuando la Corte tuvo la posibilidad de analizar a fondo y con el mayor rigor la constitucionalidad desde el punto de vista de los derechos adquiridos, e incluso el impacto que esta norma podía tener en el marco del derecho a la negociación colectiva, en todos los casos desestimó los argumentos de los demandantes al tacharlos de ineptos, razón por la cual el análisis se centró en definir si el Congreso había o no cumplido a plenitud con el procedimiento constitucional legislativo establecido para este tipo de actos de su parte.

En este sentido, otras sentencias como lo son, por ejemplo, la C-337 de 2006, la C-178 de 2007 y la C-292 de 2007, solo tuvieron como objeto el análisis de la aplicación de los principios de consecutividad e identidad dentro del procedimiento legalmente establecido para la aprobación del acto legislativo bajo estudio, ante lo cual la Corte, de manera más cómoda y sencilla, se dedicó a reiterar que el Congreso no había vulnerado ningún procedimiento ni principio para su aprobación.

Dicho esto, la corte no definió de fondo si la reforma constituía de alguna manera la eliminación o modificación de algún EDIC, en especial alguno relacionado con los derechos fundamentales a la seguridad social y a la negociación colectiva. De manera paradójica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia —como se plantea más adelante— ofreció argumentos más sólidos e interesantes con respecto a la necesidad y la justificación del Acto Legislativo 01 de 2005.

2. EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 FRENTE A ACCIONES DE TUTELA

Al dejar de lado las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional en las que se analizó la constitucionalidad formal del Acto Legislativo 01 de 2005, vale la pena mencionar que, en sede de tutela, la Corte Constitucional se pronunció de manera más asertiva, profunda y provechosa con relación a diversos temas que resultan de alto vuelo, como lo es, por ejemplo, el efecto de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT dentro del régimen jurídico colombiano.

En este sentido, en adelante el análisis jurisprudencial se centra en la sentencia SU-555 del 24 de julio de 2014, del magistrado ponente Jorge Pretelt Chaljub, pronunciamiento que analizó una serie de acciones de tutela en contra de Ecopetrol, el Banco de la República y en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E. S. P.

Todos los demandantes reclamaron que se les diera cumplimiento a sus derechos a la vida digna, la igualdad, el trabajo en condiciones dignas y justas y la libertad sindical, los cuales se debían hacer efectivos a partir del cumplimiento de la recomendación emitida por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en la cual —según los demandantes— había ordenado la inaplicación del acto legislativo en aquellos casos en los que las convenciones que contemplan reglas especiales de pensión de jubilación estén vigentes antes de la promulgación del acto legislativo.

2.1 La obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT

Desde 1999 la Corte Constitucional se ha dado la tarea de analizar la obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT a través de pronunciamientos en sede de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha evolucionado de manera ostensible y apreciable, toda vez que en 1999 afirmó que este tipo de recomendaciones son obligatorias en aplicación del artículo 26 de la Convención de Viena sobre tratados —principio de *pacta sunt servanda*— ya que, de acuerdo con la Corte, si existe un organismo que indica la manera en la que se puede cumplir con obligaciones suscritas en tratados internacionales es necesario seguir lo indicado

por dicha organización, toda vez que de esta manera se garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente contraídas por el Estado parte (Sentencia T-568, reiterada por la Sentencia T-1211). Adicionalmente, se afirma que la obligatoriedad de estas recomendaciones reposa en la calidad de bloque de constitucionalidad que tienen los Convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por Colombia².

Posteriormente, en la sentencia del 2003 la corte (Sentencia T-603, Corte Constitucional de Colombia, 2003)³ evolucionó su análisis e indicó de manera mucho más estructurada que las únicas recomendaciones obligatorias son aquellas que el Consejo de Administración de la OIT aprueba, y que solo a partir de dicha aprobación la recomendación es obligatoria. En este sentido, las recomendaciones del Comité de Libertad sindical son obligatorias para el Estado colombiano en virtud de los artículos 9 y 93 de la Constitución, siempre y cuando la recomendación se dirija de manera particular al Gobierno colombiano y se evidencie con ella un incumplimiento de las obligaciones contraídas por Colombia en el marco de los convenios 87 y 98, y siempre que dicha recomendación haya sido aprobada por el Consejo de Administración.

De esta manera, la Corte Constitucional, hasta el 2012, mantuvo una sólida línea jurisprudencial en la cual se afirmaba, sin lugar a dudas, la obligatoriedad o vinculatoriedad de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical para el Estado colombiano, siempre que dichas recomendaciones fueran dirigidas al Gobierno colombiano y las aprobara el Consejo de Administración de la OIT.

En este contexto vale advertir que, de acuerdo con la metodología de López Medina, la Sentencia SU-555 de 2014 realiza un admirable proceso de recuento en función de su caracterización como sentencia dominante⁴ de la línea jurisprudencial al compilar las diferentes reglas que se han

² “En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 (‘casos de ilegalidad y sanciones’), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo” (Sentencia T-568, Corte Constitucional de Colombia, 1999).

³ Reiterada por las sentencias T-695 de 2004, T-979 de 2004, T-171 de 2011, T-087 de 2012, y T-261 de 2012..

⁴ En palabras de Diego López Medina: “La sentencia dominante. Se trata de aquella sentencia que, según el analista contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales, la Corte Constitucional resuelve

construido a lo largo de los años desde 1999: a) en primer lugar, esta clase de recomendaciones no hacen parte del bloque de constitucionalidad porque no cumplen los requisitos establecidos en el artículo 93 de la Constitución; b) las recomendaciones de la OIT no son obligaciones, solo compilan una serie de directrices que pueden orientar la acción de los gobiernos; y c) aun cuando la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme con respecto al valor de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, aprobadas por el Consejo de Administración, se indica que tanto el Gobierno como los jueces “conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional” (Sentencia SU-555, Corte Constitucional de Colombia, 2014).

Sin duda, incluso cuando esta última subregla jurídica pareciese contradictoria con el resto de la línea, la verdad es que para nosotros no hay tal.

No son extrañas las nociones de *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y en estas reposa la razón por la cual consideramos que la SU-555 no afecta la línea jurisprudencial edificada hasta el momento. En primer lugar, las sentencias SU, es decir, de unificación, tienen como objetivo precisamente unificar la interpretación de los jueces con respecto a un punto de derecho que la corte considera relevante. Así las cosas, a fin de que una consideración generada dentro de una sentencia SU pueda considerarse como doctrina constitucional es necesario que la regla constituya *ratio decidendi* de la decisión tomada, es decir, que lo indicado por la corte debe ser la base directa de la decisión tomada⁵.

En este sentido, debe apreciarse cómo la SU-555 de 2014 concluye que en el caso particular de la recomendación emitida por el Comité de Libertad Sindical con respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, aprobado por el Consejo de Administración por medio del informe GB.298/7/ y reiterado por el informe GB.301/8, no es contraria al texto de la reforma constitucional incluida dentro del Acto Legislativo 01 de 2005 en la medida en que, en ambas ocasiones, el Consejo de Administración aboga por la intangibilidad de los derechos adquiridos. Bajo este entendido, la Corte Constitucional entiende que la aplicación del acto legislativo con base en las diferentes reglas estatuidas por él no afecta los derechos adquiridos ni las expectativas legítimas.

En este sentido, al concluir que la recomendación no es contraria al Acto Legislativo 01 de 2005, el valor de la recomendación dentro del derecho colombiano no constituye un asunto relevante para la decisión final de las tutelas puestas bajo consideración de la Corte Constitucional.

un conflicto de intereses de determinado escenario constitucional” (López Medina, 2009, p. 165).

⁵ Véanse las sentencias SU-047 de 1999, C-131 de 93 y C-038 de 1996.

En conclusión, la consideración de la Corte con relación a que en cada caso el juez o el Gobierno deberá revisar la compatibilidad de la recomendación al régimen constitucional colombiano es apenas un *obiter dictum*⁶, y no constituye una regla de derecho vinculante para los jueces.

2.2 Nociones de derechos adquiridos, expectativas legítimas

Otro punto en el que la Sentencia SU-555 de 2014 hace un análisis que amerita revisarse es en lo que se refiere a las nociones de los conceptos de derechos adquiridos y expectativas legítimas, al entender que lo que se pone en tela de juicio en cada acción de tutela unificada dentro de la sentencia en comento es la presunta afectación de estas categorías.

La sentencia advierte que los derechos adquiridos y las expectativas legítimas se hacen efectivos con la primera frase del párrafo transitorio, toda vez que se ordena que las condiciones vigentes a la entrada en vigor del acto legislativo se mantendrán por el término inicialmente estipulado. Con base en esto, la corte en su análisis se apoya en las nociones clásicas de derecho adquirido y expectativa legítima para la justificación de la aplicación de las subreglas establecidas por el acto legislativo.

Dicho esto, es derecho adquirido aquel que ya ha entrado al patrimonio de una persona, para lo cual es fundamental que las condiciones establecidas por la ley para ser beneficiario de un derecho se hayan consolidado.

Por otra parte, constituye una expectativa legítima aquella situación en la que se encuentra una persona que, si bien no ha consolidado su derecho a disfrutar de, en este caso, una pensión, en condiciones especiales, espera que los cambios que el legislador pueda efectuar no generen un cambio abrupto de las condiciones que, hasta entonces, la persona esperaba ser beneficiario. Así las cosas, la noción de expectativa legítima se basa en el principio de confianza legítima y, como lo advierte la corte:

Con el párrafo transitorio tercero se respeta incluso la expectativa legítima de aquellos trabajadores que, si bien no cumplían requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí se encontraban cobijados por pactos o convenciones colectivas celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al 2005 o, incluso, al 31 de julio de 2010. (Sentencia SU-555, Corte Constitucional de Colombia, 2014, consideración jurídica 3.7.2)

En este sentido, señala además que la segunda parte de este párrafo segundo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o con-

⁶ Entendida esta como aquellos dichos de paso que no sirven para la resolución del problema jurídico esencial.

venciones colectivas que se suscriban entre el 29 de julio del 2005 hasta el 31 de julio del 2010, e indica que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha por prórrogas automáticas, pues resalta de manera inequívoca que estas perderán su vigor el 31 de julio del 2010.

Lo anterior significa que el régimen de transición permite que rijan aún las normas pensionales vigentes a la promulgación del Acto Legislativo por prórrogas automáticas, hasta el 31 de julio del 2010.

Cabe señalar que, según lo ha indicado esta corporación en reiterada jurisprudencia, el régimen de transición,

constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo. (Sentencia C-754, Corte Constitucional de Colombia, 2004)

En este sentido, se desprende que la legítima expectativa de los beneficiarios de una convención, o pacto colectivo, de pensionarse de acuerdo con lo establecido de forma convencional, se protege ante el tránsito legislativo del acto que prohíbe el pacto de beneficios pensionales y mantiene así la vigencia de estas normas hasta el 31 de julio del 2010.

La corte, entonces, indica que las expectativas legítimas se protegen:

- ▶ Porque los beneficiarios de una convención, pacto colectivo o laudo arbitral que pretenden gozar de los beneficios pensionales previstos en estos cuerpos normativos, vigentes a la entrada en vigor del acto legislativo por prórrogas automáticas, podrán causar su derecho pensional convencional hasta el 31 de julio del 2010.
- ▶ Porque los beneficiarios de una convención, pacto colectivo o laudo arbitral que pretenden gozar de los beneficios pensionales previstos en estos cuerpos normativos, vigentes a la entrada en vigor del acto legislativo por no expiración del término previsto, podrán causar su derecho pensional hasta la expiración de dicho término (antes o después del 31 de julio del 2010).

Esto resulta claro porque esta población no tiene aún un derecho adquirido, pero sufre un cambio legislativo y goza de la expectativa de pensionarse a la luz de beneficios pactados. Existe, entonces: 1) una población protegida; 2) que no tiene un derecho adquirido; 3) pero sí una expectativa legítima (aun cuando la corte no se detenga en explicar porqué existe esta expectativa); y 4) un tránsito legislativo que los pone en desventaja porque la nueva norma los priva de

unos beneficios pensionales (esta situación que se protege a través del régimen de un régimen de transición que se concreta al seguir gozando de los beneficios anteriores y que, con todo, no es infinito, sino que tiene una limitación en el tiempo).

La Corte señala, no obstante, que solo existen normas transitorias en el escenario A, pero podría afirmarse que también hay un régimen de transición en el escenario B, el cual se concreta en la vigencia de normas sobre beneficios pensionales, aunque limitada en el tiempo, pues una convención o un pacto necesariamente deben tener un plazo de vigencia.

Finalmente, sin ahondar indica que los derechos adquiridos también se protegen en el escenario B. Sin embargo, no se entiende de qué manera este escenario protege los derechos adquiridos, pues con todo se puede indicar que estos se protegen en ambos escenarios, ya que aun cuando pierdan vigencia las normas convencionales pensionales los derechos causados, mientras estuvieron vigentes, no se suspenderán. El derecho adquirido se concreta, según la Corte Constitucional, al parecer, en el seguir disfrutando de la regla pactada por el término también pactado, pero no en el derecho derivado de ella.

2.3 Análisis de la construcción de las reglas jurisprudenciales

Por último, y de acuerdo con las reglas de protección a derechos adquiridos y expectativas legítimas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-555 de 2014, el panorama de las pensiones convencionales se presenta en la tabla 1.

TABLA 1. SÍNTESIS PENSIONES CONVENCIONALES

Caracterización	Distintos escenarios	Personas beneficiadas
Convenciones anteriores al 28 de julio del 2005	Se pueden prorrogar hasta el 31 de julio del 2010	Las personas que hayan conseguido pensionarse bajo las condiciones allí pactadas hasta el 31 de julio del 2010 o hasta el cumplimiento del plazo pactado.
	Si se renegocian no pueden traer reglas más favorables que las inicialmente pactadas.	
Convenciones a partir del 29 de julio del 2005	No pueden crear pensiones convencionales.	

Con base en lo anterior puede entonces concluirse que, efectivamente, tal y como lo advierte la Corte Constitucional, el acto legislativo en cuestión no afecta derechos adquiridos, ya que todo aquel que para el momento se ha pensionado bajo las reglas correspondientes a su convención o pacto, con anterioridad al 29 de julio del 2005, no perderá ningún derecho. En este mismo sentido, quien derive su derecho pensional de una convención o pacto vigente al 29 de julio del 2005, y se encuentre dentro del término inicial, de una prórroga o se haya renegociado, mantendrá la posibilidad de pensionarse bajo tales reglas, siempre y cuando lo haga hasta el 31 de julio del 2010 o hasta el cumplimiento del término pactado.

Cabe señalar, finalmente, que la diferencia entre el escenario en virtud del cual se mantienen los beneficios hasta el 31 de julio del 2010 y aquél en que se mantienen hasta la expiración del término pactado, anterior o posterior al 31 de julio, es más clara en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se observa a continuación.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

Desde el 2007 la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la vigencia de las normas pensionales previstas en convenios y pactos colectivos y en laudos arbitrales vigentes al momento de promulgarse la reforma pensional 01 del 2005, de manera que construían una línea que no ha sufrido mayores cambios, pero que en momentos le ha faltado mayor precisión.

Sobre este desarrollo cabe señalar que desde este año ha diferenciado tres escenarios de vigencia, pero no siempre fue clara en torno a la vigencia de las normas que regían a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del año 2005 porque no había expirado el término pactado. En dos sentencias se centra, principalmente, en este punto, mas solo en una menciona las recomendaciones de la OIT a propósito de la vigencia de normas pensionales después del 31 de julio del 2010 y diferencia los derechos adquiridos de las normas que lo prevén al indicar que el acto legislativo contempla normas transitorias en cuanto a la vigencia de los pactos pensionales, en protección de las legítimas expectativas.

3.1 Análisis de la construcción de las reglas jurisprudenciales

Desde el 2007, con la Sentencia SL-31000 del 31 de enero y con ponencia del magistrado Luis Javier Osorio López, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, por primera vez distingue tres escenarios a fin de explicar la vigencia de las normas pensionales contempladas en convenciones colectivas, pactos colectivos o laudos arbitrales después de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005, así:

- ▶ Las reglas pensionales establecidas en convenciones colectivas vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005, porque no había expirado el término inicialmente pactado, mantendrán su vigencia hasta su expiración. Cumplido el término no se podrán negociar asuntos pensionales.
- ▶ Las reglas pensionales vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005 por prórroga automática de la convención colectiva que los previó mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio del 2010, ya que esta prórroga operará por mandato de la ley. Con todo, ni árbitros ni partes podrán pactar o establecer beneficios pensionales mejores en escenarios de negociación.
- ▶ Cuando existen reglas pensionales en una convención colectiva que está vigente al momento de entrar en vigor el Acto Legislativo 01 del 2005 por denuncia de la convención y posterior inicio de un conflicto colectivo que no ha tenido solución, mantendrán su vigencia hasta máximo el 31 de julio del 2010, pues la vigencia para este momento depende de la ley y no de la voluntad de las partes. En este escenario, ni árbitros ni partes podrán pactar o establecer beneficios pensionales mejores. En otras palabras, si se denuncia antes de la entrada la regla pensional y no ha terminado el conflicto después del acto legislativo, tras este no se puede negociar este punto y, por tanto, seguirá surtiendo efectos indefinidamente hasta el 31 de julio del 2010 por prórrogas automáticas.

Estos diferentes escenarios los justifica al indicar que el primero respeta la autonomía de las partes y evita así que una imposición heterónoma imponga el límite temporal del 31 de julio del 2010, mientras que esta regla no se predica en los dos últimos escenarios, pues en ellos la vigencia a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005 depende del legislador.

La sentencia, con radicación número 30077 y ponencia de los magistrados Gustavo José Gnecco Mendoza y Luís Javier Osorio López, del 23 de enero del 2009, señala:

A partir del 31 de julio de 2010 perderán vigor [...] las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo, pero no los derechos que se hubieran causado antes de aquella data al amparo de esas reglas pensionales.

Además, no diferenciar los tres escenarios que ya se habían indicado en sentencia previa parece indicar que las normas contenidas en pactos, convenciones vigentes o laudos arbitrales —porque no ha expirado el término pactado— pueden regir no hasta su expiración, sino hasta el 31 de julio del 2010.

Con la sentencia con radicado número 39797 del 24 de abril del 2012 y ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, la cual reitera la anterior sentencia, la Corte Suprema señala:

- ▶ A partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005 no se podrán pactar beneficios pensionales en convenciones colectivas.
- ▶ Con todo, las vigentes a su entrada en vigencia perderán vigencia el 31 de julio del 2010. Sobre este particular de nuevo la corte no es clara sobre la vigencia de las convenciones colectivas que prevén beneficios pensionales vigentes a la promulgación de la reforma pensional porque no ha expirado el término inicialmente pactado. Esto en razón a que en un comienzo indica que se mantendrán hasta su término de vigencia, pero enseguida señala que perderán vigencia con todo el 31 de julio del 2010.

En la sentencia SL-1409-2015, radicación número 59339, Acta 003 del 11 de febrero del 2015, con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, y en la SL-4963, con radicación número 56303 del 20 de abril del 2016 y ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, la corte reitera integralmente el contenido de la sentencia SL-31000 del 2007.

En la sentencia con radicado 46911 y ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, del 4 de mayo del 2016, la Corte Suprema reitera lo establecido en el 2007 en el siguiente sentido:

- ▶ Las reglas pensionales establecidas en convenciones colectivas vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005 mantendrán su vigencia hasta el término inicialmente pactado.
- ▶ Las reglas pensionales vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 del 2005 por prórroga automática de la convención colectiva mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio del 2010, ya que esta prórroga opera por mandato de la Ley.
- ▶ Cuando existen reglas pensionales en una convención colectiva que está vigente al momento de entrar en vigor el Acto Legislativo 01 del 2005, por denuncia de la convención y posterior inicio de un conflicto colectivo que no ha tenido solución, mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio del 2010, pues la vigencia para este momento depende de la ley y no de la voluntad de las partes.

Cabe resaltar cómo, para la Corte, en esta sentencia es posible que de una primera lectura del Acto Legislativo 01 se desprenda una incompatibilidad entre la pérdida de vigencia de las reglas pensionales al 31 de julio del a 2010 y el respeto por el término inicialmente pactado en la convención colectiva. En efecto, señala:

A juicio de la Sala, con base en esta lectura del párrafo transitorio 3 es posible armonizar y dar coherencia lógica a las expresiones «se mantendrán por el término inicialmente estipulado» y «en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010». La primera alude a la observancia del término inicial de duración de la convención expresamente pactado por las partes en el marco de la negociación colectiva de trabajo y, la segunda, a las prórrogas legales automáticas de las convenciones

o pactos que desde antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo de 01 de 2005 venían operando, en tal caso las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010.

En la Sentencia SL-12498-2017, de nuevo con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, con radicación número 49768 del 9 de agosto del 2017, la corte se concentra, especialmente, en resolver el problema jurídico sobre si la expresión “por el término inicialmente pactado”, contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, significa que los acuerdos convencionales o pactos que rijan al momento de la promulgación de la norma constitucional que prevean normas pensionales conservan su vigencia en materia pensional por el tiempo de duración expresamente acordado, o si, por el contrario, para ellos se aplica la prórroga automática de seis meses contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo hasta el 31 de julio del 2010.

Si bien la Corte analizó este problema de manera tangencial, en la presente este constituye su centro.

Ahora bien, a fin de resolverlo cita la jurisprudencia reiterada en cuanto establece tres escenarios que determinan la vigencia de la convención colectiva: los pactos pensionales vigentes a la entrada en vigor porque no ha expirado el término inicialmente pactado, los vigentes por prórrogas y los vigentes por denuncia con posterior conflicto colectivo no finiquitado. Asimismo, reitera que en el primer escenario se busca respetar lo convenido entre las partes, mientras que en el segundo los efectos de la vigencia derivan de disposición legal.

En este sentido, concluye que permitir la prórroga de las reglas pensionales pactadas en convenciones vigentes a la entrada en vigor del tan mentado acto porque no ha expirado el término inicialmente pactado, hasta el 31 de julio del 2010, vacía de contenido el enunciado constitucional, “según el cual «las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”.

Posteriormente, en la sentencia del 23 de agosto de 2017, con ponencia nuevamente de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo y radicado 56855, la Corte Suprema reitera lo establecido desde el 2007 en el sentido de respetar el término inicialmente pactado en cuanto a las reglas pensionales convenidas y vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, así como la pérdida de vigencia, el 31 de julio del 2010, de las reglas pensionales vigentes a la entrada en vigor del mentado acto —por prórroga automática de la convención o por denuncia de la convención— sin haberse finiquitado el conflicto colectivo posterior.

En sentencia del 21 de febrero del 2018, con ponencia del magistrado Ernesto Forero Vargas y radicado 51664, la Corte Suprema de Justicia reitera lo establecido en sentencias previas, y de nuevo se concentra en resolver si los convenios colectivos vigentes al momento de entrada en

vigor del acto legislativo y que contienen reglas pensionales —porque están dentro del término inicialmente pactado— rigen hasta este término o les aplica la regla de prórroga automática hasta el 31 de julio del 2010.

Al respecto, la Corte Suprema reitera que estamos ante dos escenarios diferentes por voluntad misma del constituyente delegado:

- ▶ Los pactos convencionales que contienen reglas pensionales y fueron pactados por primera vez, vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005.
- ▶ Los pactos convenciones con reglas pensionales vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 por prórrogas automáticas.

Así, una vez más señala que en el primer caso las reglas regirán hasta el cumplimiento del término inicialmente pactado, y en el segundo caso hasta el 31 de julio del 2010, pues de lo contrario se desconocería el enunciado constitucional,

contenido en el párrafo tercero del Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual, las reglas de carácter pensional incluidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos que venían rigiendo a la fecha de su entrada en vigencia, se mantendrán «por el término inicialmente estipulado.

Finalmente, en sentencia del 7 de marzo del 2018, con ponencia de la magistrada Jimena Isabel Godoy Fajardo y radicado 53266, y en sentencia del 7 de febrero del 2018 con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango Villota y radicado 59755, de nuevo la Corte Suprema se pronuncia sobre la limitación en el tiempo de aquellos acuerdos cuyo término inicial estuviese en curso al momento en que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, y reitera su posición.

Se infiere, entonces, que a la corte le interesa especialmente brindar una interpretación que respete la exégesis del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 del 2005, lo que permita dotarlo plenamente de significado.

Así, se puede concluir que la posición actual de la Corte Suprema se sintetiza en las siguientes reglas:

- ▶ No es posible pactar beneficios pensionales después de la entrada en vigencia de la reforma constitucional del 2005.
- ▶ Con todo, se respetará la vigencia de estas normas, en virtud de la legítima expectativa (como se expondrá a continuación) hasta el 31 de julio del 2010 o hasta la expiración del término pactado sea antes o después del 31 de julio del año 2010.
- ▶ Dado que no puede haber negociación, cuando están vigentes por prórrogas automáticas a la entrada en vigencia del acto legislativo por prórrogas de seis a seis meses mantendrá su vigencia hasta el 31 de julio del 2010. Esto significa que si hay denuncia y posterior nego-

ciación de la convención colectiva después de la entrada en vigencia del acto legislativo las normas pensionales escapan al escenario de negociación, y se prorrogarán de manera indefinida hasta el 31 de julio del 2010, así todo el resto de la convención se modifique.

- ▶ En el mismo sentido, al no haber negociación, cuando están vigentes por denuncia anterior a la entrada en vigencia y no resolución del conflicto después de su entrada en vigor, se mantendrán las reglas hasta el 31 de julio del 2010 por prórroga automática.
- ▶ La imposibilidad de negociación hace también que las reglas vigentes por no expiración del término a la entrada en vigor de la reforma constitucional se mantengan hasta su expiración (anterior o posterior al 31 de julio del 2010), sin que aplique la prórroga automática. Esta imposibilidad la corte la funda en el respeto de la autonomía de las partes, ya que la vigencia la previeron estas. No se entendería, no obstante, por qué no se permite la prórroga en razón a lo que prohíbe expresamente es la negociación después de la entrada en vigor del acto legislativo, mas no la prórroga automática. Sin embargo, admitir la prórroga automática más allá del término pactado, pero hasta máximo el 31 de julio del 2010, evitaría la existencia de normas vigentes después de esta fecha, ya que el término pactado de expiración es posterior. Con todo, la misma redacción del párrafo transitorio permite concluir que el 31 de julio aplicaría para todas las normas con independencia de la razón que justifique su vigencia después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005.

3.2 Nociones de derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas

Desde el 2007, con la sentencia SL-31000 del 31 de enero y con ponencia del magistrado Luis Javier Osorio López, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, por primera vez sobre el Acto Legislativo 01 del 2005 planteó que las normas transitorias para quien se encontraba cercano a cumplir los requisitos pensionales a la luz de convenciones colectivas encuentran su justificación en las legítimas expectativas ante cambios legislativos. Esto, sin que en este escenario se afecte la igualdad, pues se privilegia es a quien se encontraba cerca de alcanzar un derecho pensional.

En este sentido, encuentra que la posibilidad de extender la vigencia de las normas convencionales pensionales, más allá de la entrada en vigencia del acto legislativo, se encuadra dentro de esta legítima expectativa. Estas normas transitorias son las que prevén beneficios pensionales convencionales y, por tanto, se seguirán aplicando aún después de la entrada en vigencia del acto legislativo.

En la sentencia con radicación número 30077 y ponencia de los magistrados Gustavo José Gnecco Mendoza y Luis Javier Osorio López, del 23 de enero del 2009, la Corte por primera vez se centra en indicar que los derechos que adquirieron en vigencia de normas convencionales sobre aspectos pensionales no pueden ser afectados, pues la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensio-

nal contenidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos de trabajo, laudos arbitrales y acuerdos celebrados de manera válida no comporta la merma de los derechos adquiridos. Diferencia, entonces, los derechos adquiridos pensionales por convenciones, pactos colectivos o laudos arbitrales, y las reglas que previeron beneficios pensionales, tal y como se aclara más adelante.

Reitera, además, la existencia de un régimen transitorio en virtud del cual “las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados” mantendrán su vigencia por lo menos hasta el 31 de julio del 2010.

Con la sentencia con radicado número 39797 del 24 de abril del 2012 y ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, la corte reitera su posición jurisprudencial e indica que, si bien con el Acto Legislativo 01 del 2005 se limitó la vigencia de las reglas convencionales sobre pensiones que regían a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, al establecer que perderán vigencia el 31 de julio del 2010 no se afectaron los derechos adquiridos, es decir, aquellos derechos surgidos de estas reglas mientras estuvieron vigentes.

Finalmente, en sentencia del 7 de marzo del 2018, con ponencia de la magistrada Jimena Isabel Godoy Fajardo y con radicado 53266, la Corte de nuevo recuerda la diferencia que existe entre el derecho adquirido por virtud de una norma pensional consagrada en una convención colectiva y la regla que la contempla, pues la primera no podría extinguirse y con todo la segunda puede perder vigencia en los términos del Acto Legislativo 01 del 2005.

En síntesis, la Corte Suprema —sin ahondar en el concepto de legítima expectativa— justifica las normas transitorias e indica cómo las convencionales que contemplan beneficios pensionales lo son. Con todo, señala que su pérdida de vigencia —la cual se justifica, además, como se verá más adelante, por la intención del mismo constituyente de unificar las reglas pensionales— no supone la pérdida del derecho que surgió mientras estuvieron vigentes. En adición, tal

como se infiere de la reconstrucción realizada, la postura de la corte en este tema no sufrió modificaciones.

3.3 La obligatoriedad de las recomendaciones de la OIT

La Corte Suprema de Justicia, solo en la sentencia con radicado 42516 del 17 de febrero del 2016 y con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la cual es una sentencia de tutela, se pronuncia sobre la recomendación del Consejo de Administración de la OIT al Gobierno colombiano, tras varias quejas instauradas por organizaciones sindicales sobre la vigencia de reglas pensionales previstas en una convención colectiva con un término posterior al 31 de julio del 2010. En tales casos, señala la Corte,

De un análisis del mandato constitucional descrito, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010, ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada vigencia del Acto Legislativo estipulen como término una fecha posterior.

Sobre este punto vale indicar que la recomendación de la OIT fortalece el argumento del respeto de la autonomía de las partes que justifica el que no se puedan prorrogar las normas pensionales convencionales hasta el 31 de julio del 2010 por expiración del término del pacto o convenio en una fecha anterior, y el que puedan aplicarse aún más allá del 31 de julio del 2010, porque el término de expiración del acuerdo supera esta fecha.

3.4 Justificación del Acto Legislativo 01 del 2005

Desde el 2007, con la sentencia SL-31000 del 31 de enero y ponencia del magistrado Luis Javier Osorio López, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, comienza por señalar la intención de unificación de la Ley 100 frente a la pluralidad de regímenes pensionales existentes y la del constituyente en la Constitución de 1991 de desligar la seguridad social de la relación laboral subordinada, y contemplar así de manera expresa la universalidad de la seguridad social. El Acto Legislativo 01 del 2005, por su parte, se inscribe en esta tendencia unificadora y limita la posibilidad de crear beneficios pensionales diferentes.

Con la sentencia de radicado número 39797, del 24 de abril del 2012 y ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, la Corte Suprema de Justicia realiza un análisis histórico sobre la evolución del sistema de seguridad social y, en concreto, del sistema de pensiones; concluye que el cambio introducido a partir de la Constitución de 1991 no restringe el sistema pensional a la relación laboral subordinada.

Sobre los pactos pensionales señala que, en un comienzo, fueron el resultado de negociaciones colectivas, de modo que nacieron exclusivamente para quien ostentaba la calidad de trabajador subordinado. Lo mismo, en parte, porque solo hasta mediados del siglo XX el Estado colombiano comenzó a asumir la obligación pensional con las Leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, y con el Código Sustantivo del Trabajo de 1950, al asumir en concreto su obligación tiempo después como lo acredita el Decreto 3041 de 1966, por el cual se reglamentó el riesgo de vejez, invalidez y muerte, así como la obligación de afiliación del Instituto Colombiano de la Seguridad Social en favor de los trabajadores particulares y oficiales, y el Decreto 3135 de 1968, el cual reguló lo atinente a los empleados públicos afiliados a la Caja Nacional de Previsión.

Con todo, a esta creación la acompañó una multiplicación legislativa y convencional de regímenes pensionales.

En 1991 el constituyente, al hacer eco al Convenio 102 de 1952 de la OIT, prevé el derecho universal a la seguridad social, esto es, aplicable no solo a los trabajadores de una relación subordinada. Además, las leyes posteriores, aparte de reafirmar la universalidad del sistema pensional, unificaron el sistema mismo.

Continúa la corte e indica que con el acto legislativo el Estado solo buscó fortalecer la universalidad, evitar una debacle fiscal y fortalecer la equidad pensional, lo que limita, entre otras, la posibilidad de pactar beneficios pensionales en convenciones colectivas.

En la sentencia de radicado 46911, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo del de mayo de 2016, la corte reitera de qué manera el contenido del Acto Legislativo 01 del 2005 se acompasa con la intención del constituyente de 1991 que buscaba la unificación del sistema pensional en contraposición a la proliferación de regímenes y a la necesidad de evitar una debacle fiscal en el reconocimiento pensional.

Finalmente, en sentencia con ponencia de Clara Cecilia Dueñas y radicación número 49768 del 9 de agosto de 2017, la corte indica que el acto legislativo buscó superar la inequidad derivada de una proliferación de regímenes pensionales existentes y cita la sentencia SL-39797, del 24 de abril del 2012, en cuanto realizó una reconstrucción sobre la evolución histórica del sistema de seguridad social en pensiones y justifica desde esta reconstrucción el mismo Acto Legislativo 01 de 2005.

De lo expuesto, la Corte Suprema —desde el 2007— ha buscado justificar constitucionalmente el Acto Legislativo 01 del 2005 al apelar a diferentes argumentos:

- ▶ Indica que, históricamente, se justificó la negociación de normas pensionales pues el Estado solo hasta la década del sesenta asumió la carga pensional. En este sentido podría inferirse que después de esta asunción el pacto de beneficios pensionales carecería de justificación.
- ▶ De la universalidad de la seguridad social se infiere, junto con otras razones, la necesidad de prohibir el pacto de beneficios pensionales. Parece indicar que el pacto de beneficios lo que hace es privilegiar al sector tradicionalmente protegido por la seguridad social, es decir, la población empleada a través de un contrato de trabajo, en contraposición a la idea de una seguridad social para todo el conjunto de la población. Sin embargo, cabe señalar que el hecho de que existan beneficios mejores para unos cuantos no necesariamente afecta la universalidad (entendida como cobertura para todos), sino el principio de igualdad.
- ▶ La corte entiende que el derecho a la igualdad se ve afectado por la diversidad de regímenes pensionales al existir diversos beneficios pensionales. Con todo, si bien en principio el pacto de beneficios pensionales genera situaciones desiguales, estas no necesariamente

resultarían inconstitucionales cuando son expresión de la autonomía de las partes y de un escenario de negociación.

- ▶ Finalmente, la corte apela a la debacle fiscal en torno al reconocimiento pensional. No obstante, valdría preguntarse si esta debacle podría hacerse extensiva al reconocimiento de beneficios en cabeza del sector empresarial y no del Estado. Esto es, ¿el riesgo fiscal existe, exclusivamente, frente a la carga pensional del Estado o incluso frente a la carga pensional empresarial?

CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado se presenta el cuadro de la tabla 2, el cual permite comparar la posición que mantuvo cada órgano jurisdiccional.

TABLA 2. COMPARATIVO POSICIONES DE LA CORTE SUPREMA Y LA CONSTITUCIONAL

Tema	Posición Corte Constitucional	Posición Corte Suprema de Justicia
Constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 2005	La Corte no se pronunció de fondo en torno a si la reforma constituía, de alguna manera, la eliminación o modificación de algún elemento definitorio de la identidad constitucional, en especial sobre alguno relacionado con los derechos fundamentales a la seguridad social y a la negociación colectiva.	La Corte Suprema sí encuentra ajustada la reforma constitucional a la intención del constituyente primario y, más aún, a una intención estatal en torno a la seguridad social que se viene configurando desde la década de 1960.
Reglas jurisprudenciales	La Corte Constitucional indica que no se podrán	Para la Corte Suprema de Justicia no se podrán pactar

Continúa...

Tema	Posición Corte Constitucional	Posición Corte Suprema de Justicia
de aplicación de beneficios convencionales	<p>pactar beneficios pensionales después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, ni negociar los existentes. Con todo, mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio del 2010 o hasta la expiración del término pactado.</p>	<p>beneficios pensionales después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, ni negociar los existentes. Con todo, mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio del 2010 o hasta la expiración del término pactado. La Corte Suprema se dedica en varios pronunciamientos a diferenciar el término de vigencia de las normas pensionales convencionales por el término pactado de la vigencia hasta el 31 de julio de 2010 de las vigentes a la promulgación de la reforma constitucional por prórroga automática o por denuncia anterior, sin haber finiquitado el conflicto después de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005.</p>
Noción de derechos adquiridos y legítimas expectativas	<p>La Corte Constitucional no es clara al diferenciar el derecho derivado de la regla del derecho a gozar de la regla.</p> <p>No ahonda en el concepto de legítima expectativa, pero, sin ser muy clara en su posición, reconoce la existencia de normas transitorias.</p>	<p>Para la Corte Suprema es clara la diferencia entre el derecho adquirido derivado de la regla convencional, el cual no se ve afectado una vez se causa, en contraposición a la misma regla que no se convierte ella misma en un derecho y, con todo, está limitada en el tiempo. Sin ahondar en la legítima expectativa, esta se protege con normas transitorias que son reconocidas por esta corporación cuya vigencia dependerá del plazo pactado o se extenderá hasta el 31 de julio del 2010.</p>
La obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT	<p>Si bien la corte parece modificar una línea jurisprudencial, se concluye que la consideración de la corte respecto a que en cada caso el juez o el Gobierno deberán revisar la compatibilidad de la recomendación al régimen constitucional colombiano, es apenas un obiter dictum.</p>	<p>La Corte Suprema de Justicia no se pronuncia sobre la obligatoriedad de estas recomendaciones; sin embargo, y sin mayor análisis, manifiesta que, con todo, el acto legislativo se adecúa a estas.</p>

REFERENCIAS

- Congreso de la República. *Acto Legislativo 01 del 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*. Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005.
- Congreso de la República. Decreto 2576 del 29 de julio de 2005. Diario Oficial 45.984 del 29 de julio de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-568. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-1211. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-131. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-038. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-568. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias SU-047. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia T-603. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-551. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-1200. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-754. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-970. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-971. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2004), sentencia C-754. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-1040. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-181. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-337. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-277. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-292. Bogotá. Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-153. Bogotá. Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-178. Bogotá. Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-180. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C 1056. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia SU-555. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2007). Sentencia SL-31000 del 31 de enero. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2009). Sentencia con radicación número 30077 del 23 de enero. Bogotá. Corte Suprema de Justicia (2009). Sentencia con radicación número 30077. Bogotá. Corte Suprema de Justicia (2012). Sentencia con radicación número 39797 del 24 de abril. Bogotá.

- Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia con radicación número 59339. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia Acta 003 del 11 de febrero, M.P.: Dr. Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia con radicación número 42516 del 17 de febrero. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia con radicación número 56303 del 20 de abril. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia con radicado 46911 del 4 de mayo.
- Corte Suprema de Justicia (2017). Sentencia con radicación número 49768 del 9 de agosto.
- Corte Suprema de Justicia (2017). Sentencia con radicación número 56855 del 23 de agosto de 2017.
- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia con radicación número 59755 del 7 de febrero.
- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia con radicación número 51664 del 21 de febrero.
- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia con radicación número 53266 del 7 de marzo.
- López Medina, D. E. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Quiche Ramírez, M. F. (2017). *Reformismo constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.



AUTORIZACIÓN PARA REPRODUCCIÓN, PUBLICACIÓN, COMUNICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE UNA OBRA LITERARIA, ARTISTICA O CIENTIFICA

Juan Pablo Lopez, en uso de sus facultades físicas y mentales, suscribe la siguiente autorización con el fin de que se realice la reproducción, publicación, comunicación y distribución de una obra, en los siguientes términos:

1. El AUTOR se compromete a informar y declarar la existencia de la presente autorización y a preservar el derecho de la revista científica de la Universidad del Norte a la primera publicación de LA OBRA.
2. El AUTOR se compromete a que el artículo "Apuntes sobre la prohibición constitucional de pensiones convencionales" publicado en la edición No. ___ de la Revista de Derecho de la Universidad del Norte no ha sido ni será presentado con anterioridad, posterioridad o simultáneamente a otra publicación distinta.
3. El AUTOR declara que el artículo es original y que es de su creación exclusiva, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la autorización que está haciendo, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir.
4. Que dicha autorización se hace a título gratuito, para todos los países del mundo y por el término de treinta años. En virtud de la presente autorización, La Revista de Derecho de la Universidad del Norte queda autorizada para la publicación, comunicación pública, distribución del artículo, ya sea directamente o a través de terceros con fines netamente educativos, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales del autor, contenidos en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y en las normas que la complementen, modifiquen o deroguen

Firma



REMISIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

* Juan Pablo López-Moreno autor principal del artículo:
"Sobre la prohibición constitucional de pensiones
- Apuntes convencionales"

Certifico que las personas que relaciono a continuación son coautores del mismo y están de acuerdo en aparecer como tales, son ellos:

Coautor Juliana Patricia Morad Acero Firma: [Firma]
Coautor Giovanni González Firma: [Firma]

FCPA and TCA: Introducing the Presumptions of Final Judgment and Joint Investigation

*FCPA y TCA: Introduciendo las Presunciones de
Adjudicación Final e Investigación Conjunta*

JAVIER CORONADO DIAZ

Javier Coronado es abogado egresado de la Universidad Javeriana, con una maestría en derecho por University of Pennsylvania (Philadelphia, Estados Unidos) y certificación ACAMS en Legislación contra el Lavado de Activos. Tiene licencia para ejercer en Colombia y en el Estado de New York. Cuenta con amplia experiencia en litigios penales y de extinción de dominio. Igualmente, se ha desempeñado como profesor de la Universidad Javeriana de cursos relacionados con derecho penal y procesal penal. coronado@pennlaw.upenn.edu

Abstract

On February 2, 2016, the Congress of Colombia passed the Transnational Corruption Act (“TCA”) in an effort to fight international corruption like the Foreign Corruption Practices Act (“FCPA”) does in U.S. This paper explains why TCA and FCPA define different legal standards for corporate liability. It also explains how these differences increase economic costs for legal entities doing business in Colombia and U.S. Against this backdrop, this paper suggests the implementation of one universal set of anti-corruption rules. However, based on the unlikelihood of achieving such an international consensus, it also suggests that law enforcement agencies enforce anti-bribery statutes such as the TCA and FCPA under certain rebuttable presumptions.

KEYWORDS

International Corruption, Transnational Corruption Act, Foreign Corruption Practices Act (FCPA), Corporate Liability.

Resumen

El 2 de febrero de 2016, el Congreso de Colombia aprobó la ley sobre corrupción transnacional (“TCA”), un esfuerzo local por combatir la corrupción internacional como lo es la *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA) en Estados Unidos. Este artículo explica por qué TCA y FCPA definen estándares legales diferentes para la responsabilidad corporativa. También explica por qué estas diferencias incrementan los costos económicos para las entidades legales con negocios en Colombia y EE.UU. En ese contexto, este artículo sugiere la implementación de un cuerpo universal de reglas anticorrupción. Sin embargo, con base en las pocas probabilidades de obtener un consenso internacional de este tipo, también sugiere que las agencias encargadas apliquen leyes anticorrupción como lo son TCA y FCPA bajo ciertas presunciones rebatibles.

PALABRAS CLAVE

Corrupción Internacional, Ley 1778 de 2016, Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), Responsabilidad Penal de las Empresas.

1. INTRODUCTION

On December 20, 1977, the United States (“U.S.”) President Jimmy Carter signed the Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”), “a pioneering statute and the first law in the world governing domestic business conduct with foreign government officials in foreign market.” (Koehler, 2012, p. 2). The FCPA was a U.S. Congress reaction to the results of the investigation started in the mid-1970s by the Office of the Watergate Special Prosecutor and continued by the Securities and Exchange Commission (“SEC”) and the Senate’s Subcommittee on Multinational Corporations. Ibid. Notably, U.S. law enforcement had found at that time that multiple local companies were paying “questionable or illegal payments” to secure government contracts within other countries (Darrough, 2009). While U.S. law did not directly forbid such payments, Congress and Government believed that the bribery of foreign officials was “ethically repugnant and competitively unnecessary.” (Carter, 1977) U.S. Congress and Government further believed that these corrupt practices between corporations and public officials harmed U.S. relations with other countries (Carter, 1977).

After entering into force, the FCPA had two major amendments. First, in 1988, the Congress amended the FCPA to include “an express facilitating-payment exception, certain affirmative defenses, and a revised knowledge standard applicable to payments made to foreign officials indirectly through third parties such as agents.” (Searle Civil Justice Institute, 2012). The Congress amended the FCPA after multiple Government reports documenting the adverse impact that the FCPA was having in the country’s exports (Searle Civil Justice Institute, 2012). Subsequently, in December 1997, the Congress amended the FCPA again to be consistent with certain provisions of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business (“OECD Convention”). Critically, this second amendment expanded the scope of the FCPA to reach foreign companies and individuals not covered by the original version (Searle Civil Justice Institute, 2012, pages. 4-5).

The 1988 amendment of the FCPA mandated the U.S. President to “pursue an international agreement criminalizing foreign bribery through the OECD.” (Darrough, 2009). The Organization for Economic Cooperation and Development (“OECD”) is an international organization that promotes economic progress and world trade (OECD, 2017). U.S. efforts concluded with the approval of the OECD Convention. In it, signatory countries are required to “(1) criminalize bribery of foreign public officials, (2) hold corporations and other legal persons liable for bribery, (3) prohibit off-the-books payments and other accounting practices that may facilitate corruption, (4) make bribery an extraditable offense and (5) provide mutual legal assistance to each other in bribery cases.” (Carr, 2008, pags. 6-7)

The OECD Convention does not define a specific set of rules to fight international corruption. Nor does it establish a universal body in charge of enforcing anti-bribery laws. Instead, the OECD Convention requires signing countries to fight international corruption under a “functional equi-

valence” basis. Accordingly, countries are allowed to design and implement anti-bribery laws consistent with the “idiosyncrasies of their individual legal systems.” (Carr, 2008, pags. 8-10) The former Chair of the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions (“OECD Working Group”) explains the rationale behind this “functional equivalence” as follows:

“According to the functional approach of comparison attention is drawn to the overall working of systems rather than individual institutions. The assumption is that each legal system has its own logic and is not necessarily determined by the legal texts alone. Practices and informal rules are part of this approach as well as other aspects of the legal system taking over ancillary functions. Therefore, the focus of comparison would lie on overall effects produced by a country’s legal system rather than the individual rules.” (Pieth, 2017)

In May, 2013, the OECD launched accession discussions with Colombia and the OECD Secretary-General stated that “[w]ith 47 million citizens and the third largest economy in Latin America, Colombia will greatly enrich the OECD with its varied experiences.” (OECD, Launch of Colombia’s Accession Process to the OECD, 2017). Colombia believed that the OECD was as an outstanding opportunity to partner “with the countries with the best social, economic and government practices.” (Presidency of Colombia, 2017). In these accession discussions, the OECD encouraged Colombia to implement the OECD Convention (*República de Colombia, 2014, Proyecto de Ley 159*).

In fact, the OECD Working Group had reviewed Colombia’s compliance with the OECD Convention and returned multiple recommendations (OECD, Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia, 2015). Notably, the OECD Working Group had identified gaps in Colombian laws pertaining the liability of corporations engaging in acts of international corruption (OECD, Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia, 2015, pags. 36-95).

Against this backdrop, on February 2, 2016, the Congress of Colombia passed the Transnational Corruption Act (“TCA”) (*República de Colombia, 2016, Ley 1778*). For the first time in the history of Colombia, the Congress approved a specific regime for sanctioning legal entities bribing foreign officials. *Ibid.* However, as this paper will further explain, the TCA and FCPA have different legal standards for corporate liability.

Mainly, this paper suggests that the existence of different legal standards for fighting international corruption adds costs to companies doing business in Colombia and U.S. Accordingly, it suggests the implementation of a universal set of anti-corruption rules. However, based on the unlikelihood of achieving an international consensus for enacting such set of rules, it also suggests that countries such as the U.S. and Colombia could mitigate the costs of multiple and diverse anti-bribery law enforcement if law enforcement agencies operate under two rebuttable presumptions. First, under a presumption of final judgment, meaning that in cases where

a country complying with the OECD Convention (“OECD Country”) renders a final decision about an anti-bribery investigation, law enforcement agencies of other OECD Countries should treat that decision as adequate and final. Additionally, law enforcement agencies from OECD Countries should operate under a presumption of joint investigation so cases involving multiple jurisdictions are investigated in only one coordinated enforcement action.

Part I of this paper describes the similarities and differences between FCPA and TCA. Critically, it compares the provisions that these acts have for prosecuting legal entities that engage in the bribery of foreign officials. Part II of this paper analyses the economic costs that these differences have for companies doing business in Colombia and U.S. Lastly, Part III of this paper suggests actions that law enforcement agencies from these two countries can take to mitigate the negative consequences of having different legal standards for fighting international corruption.

2. FCPA AND TCA: TWO DIFFERENT WAYS OF FIGHTING INTERNATIONAL CORRUPTION

2.1. Overview of the Foreign Corruption Practices Act

The FCPA is both a criminal and a civil statute and has two types of provisions: the anti-bribery provisions, and the books and records and internal control provisions (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §§ 78m(b), 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3). The U.S. Government has summarized the core of each type of provisions as follows:

“The anti-bribery provisions prohibit US persons and businesses (domestic concerns), US and foreign public companies listed on stock exchanges in the United States or which are required to file periodic reports with the Securities and Exchange Commission (issuers), and certain foreign persons and businesses acting while in the territory of the United States (territorial jurisdiction) from making corrupt payments to foreign officials to obtain or retain business. The accounting provisions require issuers to make and keep accurate books and records and to devise and maintain an adequate system of internal accounting controls. The accounting provisions also prohibit individuals and businesses from knowingly falsifying books and records or knowingly circumventing or failing to implement a system of internal controls.” (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 2)

Two different U.S. Government agencies enforce the FCPA: the Department of Justice (“DOJ”) and the Securities and Exchange Commission (“SEC”). The DOJ handles all criminal actions involving FCPA provisions, and civil actions related to the anti-bribery provisions against non-Issuers (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pags. 4-5).

The DOJ resolves most of its corporate FCPA actions through non-prosecution agreements (“NPAs”), deferred prosecution agreements (“DPAs”), and plea agreements (Searle Civil Justice Institute, 2012, pags. 11-12). Under a NPA, the DOJ does not pursue a legal action against the defendant if the defendant agrees to cooperate with the investigation and other enforcement actions; and to comply with certain compliance measures and “undertakings.” (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 77) Under a DPA, the DOJ “files a charging document with the Court; [and] it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct.” (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 76). DPAs generally require the defendant “to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and remediation commitments.” (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 76). If the defendant complies with the DPA, the DOJ moves to dismiss its criminal charges. Plea agreements require the defendant to accept all or some of the criminal charges, in exchange of one of the following actions of the DOJ:

“(A) not bring, or will move to dismiss, other charges;

(B) recommend, or agree not to oppose the defendant’s request, that a sentence or sentencing range is appropriate or that a provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request does not bind the court); or

(C) agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).” (U.S. House of Representatives, USCS Fed Rules Crim Proc , 2017, Rule 11)

The SEC may also bring civil actions to enforce the FCPA but only when the violation of this statute is committed by an issuer or its agent. The SEC has the authority to seek a variety of remedies before a federal court or in administrative proceedings, including monetary penalties, disgorgement of ill-gotten gains, prejudgment interest, an injunction, or a cease order prohibiting current and future violations. The SEC commonly resolves corporate FCPA cases through consent decrees whereby the defendant does not accept the charges but agrees to pay a civil penalty and implement a number of compliance measures (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pags. 11-12). The Commission also subscribes NPAs and DPAs (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pags. 76-77).

The general five-year statute of limitations applies to the criminal enforcement of the FCPA pursuant 18 U.S.C. § 3282. Under 28 U.S.C. § 2462, the SEC has a five-year statute of limitations to pursue any “suit or proceeding for the enforcement of any civil fine, penalty, or forfeiture.” (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pags. 34-35).

Scholars concern about the U.S. Government’s widespread use of DPAs, NPAs, and plea agreements to enforce the FCPA against companies because there is little or no judicial scrutiny of the Government actions (Koehler, A Snapshot of the Foreign Corrupt Practices Act, 2016, pag. 170). Notably, scholars criticize that the legal interpretation of the FCPA is generally not the outcome of an adversarial proceeding between the Government and the defendant but the result of a private arrangement in which the defendant has enough incentives to not challenge the Government’s theories (Koehler, The Facade of FCPA Enforcement, 2010). Scholars further argue that the U.S. Government’s way of enforcing the FCPA also makes companies pay unnecessary costs in the design and implementation of FCPA compliance programs (Koehler, 2010, pags. 1001-1004).

2.2. Overview of the Transnational Corruption Act

The TCA created an administrative regime to prevent all legal entities from engaging in the bribery of foreign officials, regardless of any parallel criminal or civil actions against the individuals who participate in the bribery (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículos 1-29*). The Colombian Congress had previously approved Act 1474 of 2011 to sanction international corruption but this act had several defects according to the OECD (OECD, Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia, 2015, pag. 67).

Under the TCA, a corporation is administratively liable when “(1) a director, employee, contractor, or shareholder (whether or not they have the legal authority to bind the entity), (2) gives, offers, or promises, (3) to a foreign public official, (4) directly or indirectly, (5) money, any other good with monetary value, or any other benefit or prerequisite, (6) in exchange for the official to perform, omit, or delay any act related to the exercise of the official’s functions, and (7) in relation to international business transactions” (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 30*).

The Superintendency of Corporations enforces the administrative sanctions defined by the TCA. It conducts administrative investigations of apparent violations of the TCA, declares if the company violated the law and if necessary, calculates and enforces the pertinent administrative penalties (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículos 5-22*). The TCA establishes a ten-year statute of limitations for the Superintendency’s administrative enforcement actions (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 19*).

Under the TCA, legal entities can avoid or reduce penalties when they self-report any infractions, cooperate with the Superintendency's investigation, and have a TCA compliance program in place (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 19*). In fact, the Superintendency has the statutory duty of encouraging legal entities to adopt and implement TCA compliance programs (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 23*).

The Colombian Congress alleged "practical" reasons for not making legal entities criminally liable for engaging in transnational bribery (*República de Colombia, 2000, Ley 599, artículo 433*). Notably, the Congress alleged that the definition of criminal liability for legal entities participating in international corruption would require tremendous legal reforms because "it would be necessary to adjust the law to guarantee the participation of the legal entity in all the stages [of the criminal procedure]; and in the substantive part [of the law], it would be mandatory to modify substantially our current concepts of actus reus, intention, negligence, culpability, and of the crime itself." (Bill number 159, 2014)

Apart from creating a new corporate liability regime, the TCA amended several provisions of the Colombian Penal Code and Criminal Procedure Code. Interestingly, the Act modified the crime of transnational bribery (still only enforceable against individuals) to make it consistent with the new provisions (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 30*). The TCA also authorizes Colombian courts to suspend the operations of any legal entity that benefits from a crime against public administration such as transnational bribery (Act Number 1778, 2016, Article 35). Furthermore, if an officer of a legal entity is convicted of transnational bribery, the TCA authorizes the Superintendency to fine that entity when it approved or tolerated the bribery and obtained a profit (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 34*).

3. COMPARING THE FCPA AND THE TCA REGIME FOR LEGAL ENTITIES

The TCA does not have any provisions similar to the books and records and internal control provisions that the FCPA has. Accordingly, if any comparison can be made between these two statutes, it should concern the FCPA's anti-bribery provisions.

Based on the outline of the FCPA and TCA that was made in the previous chapter, U.S. and Colombia enacted these statutes with the purpose of fighting international corruption. There is also a resemblance between FCPA and TCA in the consequences that they set forth for a violation of their anti-bribery provisions (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission, 2012, pags. 68-74; *República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 5*). Notably, proceedings under these two statutes may result in economic penalties and measures to enjoin additional violations. Similarly, legal entities may suffer exclusion or debarment from certain activities or industries, ineligibility to obtain licenses, and additional civil or criminal proceedings under other laws and regulations.

There are also similarities involving the type of legal entities that can be held liable under both FCPA and TCA. They both authorize the law enforcement to prosecute any type of legal entity regardless of its corporate form (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., § 78dd-2; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 30*). Furthermore, the existence of jurisdiction over a legal entity under both statutes depends on the legal entity's ties with Colombia in the TCA or U.S in the FCPA, including whether the company committed an overact within national territory (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §§ 78dd-1(a), 78dd-1(6); *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículos 1-3*). Both FCPA and TCA apply principles of parent-subsidiary and successor liability in evaluating corporate liability (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 27; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 2*), and under both statutes a parent company can be found liable for pre-acquisition violations of the anti-bribery provisions (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 28; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 6*).

FCPA and TCA also share some features regarding the legal basis for finding a company liable. For instance, both statutes apply general principles of corporate liability (Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission, 2012, pag. 27; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 2*), and include provisions to sanction legal entities that use third parties to violate the law (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., § 78dd-1(a)(3); *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 2*). Additionally, both the FCPA and the TCA require an offer, promise or payment of something valuable to a foreign official as an element of the law violation (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., § 78dd-1; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 2*). However, neither the FCPA nor the TCA require a monetary benefit or define a *de minimis* value for the "bribe" element of the offense (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., § 78dd-1; *República de Colombia*, 2016, *Ley 1778, artículo 2*). Moreover, the definition of "foreign official" under these two legislations covers not only officers, employees or representatives of a foreign government or a public international organization; but also entities "controlled by the government of a foreign country that performs a function the controlling government treats as its own" (United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *United States v. Esquenazi*, 2014).

Nevertheless, the FCPA and the TCA define different legal standards for finding a legal entity liable. This paper already anticipated these differences when it outlined the nature of the agencies involved in the enforcement of each statute and the procedures that they follow. Furthermore, the TCA's regime is based on administrative and not criminal or civil actions. The FCPA qualifies the required *mens rea* for prosecuting a legal entity in two ways that the TCA does not. First, the FCPA requires that the legal entity making the payment or offer to the foreign official follows the purpose of "obtaining or retaining business." (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §

78dd-1) Second, the FCPA only prohibits offers or payments made “corruptly.” The corrupt motive is related to an “evil motive or purpose, an intent to wrongfully influence the recipient.” (Legislative History - Senate Report No. 95-114, 1977) The TCA does include a similar condition.

The FCPA also has a group of exceptions and defenses that are not in the TCA. The FCPA allows legal entities to make payments that facilitate or expedite the performance of routine-nondiscretionary government functions (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §§ 78dd-1(b), 78dd-2(b), and 78dd-3(b)). The FCPA also does not prohibit payments that are lawful under the written laws and regulations of the foreign country (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §§ 78dd-1(c)(1), 78dd-2(c)(1), and 78dd-3(c)(1)). Moreover, in the FCPA, legal entities are not held liable if they can prove that the alleged bribe was actually a reasonable and bona fide expenditure directly related to the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or to the execution or performance of a contract with a foreign government or agency. (U.S. House of Representatives, 2017, 15 U.S.C., §§ 78dd-1(c)(2), 78dd-2(c)(2), and 78dd-3(c)(2)). The TCA does not include similar defenses or exceptions.

4. THE COSTS OF MULTIPLE AND DIVERSE ANTI-BRIBERY LAW ENFORCEMENT

Regardless of the undisputed benefits that anti-corruption laws such as FCPA and TCA have for legal entities and communities around the globe, they make legal entities incur in several costs (Committee on International Business Transactions, 2009). Critically, legal entities are required to pay attorney fees, and monetary penalties if the corporation is found liable. *Ibid.* Moreover, legal entities need to allocate resources to compliance programs and internal investigations and audits, as an effort to prevent or mitigate any liability (Committee on International Business Transactions, 2009, pags. 8-9).

Anti-corruption due diligence is generally a time consuming and expensive element of business transactions, especially if the company is participating in a merger or an acquisition with a foreign company or a company with international operations (Committee on International Business Transactions, 2009, pags. 9-10). The principles of parent-subsidiary and successor liability governing anti-corruption statutes, same as the third-party provisions, compel companies to be deep carefully into the current and past practices of their counterparts. *Ibid.*

A company subject to anti-corruption laws such as FCPA and TCA may also have to face negative consequences in its competitiveness. (Arbatskaya, 2018). Notably, a company that is required to comply with these statutes can be in disadvantage as to other participants in the market that are not required to follow similar compliance (Committee on International Business Transactions, 2009, pags. 10-11). Moreover, these laws often force companies to create strains in their business partners because they are expected to monitor and even question and restrain any of

the partners' practices that are not in compliance with anti-corruption laws. *Ibid.* Similarly, the competitiveness of a legal entity can be negatively affected by anti-corruption laws if it starts avoiding practices and interactions with foreign officials that are actually permitted. *Ibid.*

Anti-corruption laws such as FCPA and TCA may also incentive non-complying enterprises to stress or "play up" the possibility of corruption in at least one of their markets as a strategy for lessening or eliminating any competition (Committee on International Business Transactions, 2009, pags. 15-16). Critically, "[c]ompetitors might bring a suit after losing a foreign contract and allege that the contract was lost because of the defendant's illegal bribes." (Sivachenko, I., 2012, pag. 421). Furthermore, the "additional profits made, costs saved, knowledge gained, and relationships formed by companies subject to the jurisdiction of the non-enforcers could be used in subsequent endeavors, thus increasing their competitiveness." (Committee on International Business Transactions, 2009, pag. 16).

Moreover, when a company is required to comply with two or more anti-corruption legal regimes that are different from each other, as it happens to a company that needs to comply with both TCA and FCPA, that company generally has to further increase its compliance-related expenses. Scholars have previously highlighted how risk-adverse companies that can not anticipate what the anti-corruption legal framework is, spend significant time and money in compliance and due diligence measures, and internal audits and investigations. (Koehler, 2010, pags. 1001-1004).

Lastly, when the scope of anti-corruption obligations is not clear to these companies, they stop engaging in "not only objectionable conduct but also acts that should be permitted and even encouraged." (Committee on International Business Transactions, 2009, pag. 11). Accordingly, "the absence of legislative, judicial, or administrative guidance on how to comply with ambiguous statutory terms results in a host of direct and indirect costs to businesses and unnecessarily burdens corporations, leading to the loss of competitive edge and abandonment of business opportunities." (Sivachenko, I., 2012, pag. 411).

5. MITIGATING MEASURES: UNIVERSAL ANTI-BRIBERY LEGISLATION AND THE PRESUMPTIONS OF FINAL JUDGMENT AND JOINT INVESTIGATION

To mitigate the costs of compliance with different anti-corruption regimes, countries should enact a universal set of anti-bribery rules enforced by an international organization such as the World Trade Organization or the United Nations (Hills, 2014, pags. 487-492). This initiative could "place all multi-national corporations on a level playing field with a uniform act to combat corruption in the international realm." (Hills, 2014, pag. 491) Moreover, an international enforcement agency would not only ensure parity in the application of this universal set of rules but would also preclude multiple proceedings grounded on the same facts. *Ibid.*

However, obtaining the necessary consensus among different countries to adopt this universal set of rules seems unlikely. The OECD is illustrative of this dynamic because the OECD Working Group only obtained the necessary approval for enacting the OECD Convention by defining that the signing parties legal framework would be evaluated under a “functional equivalence” standard (OECD , 1997). The UN Convention also had to follow a similar approach (United Nations Office on Drugs and Crime, 2017).

There is, however, at least one way to guarantee uniformity in anti-corruption enforcement without departing from what is possible and feasible. Critically, law enforcement agencies enforcing statutes such as FCPA and TCA could investigate and prosecute international corruption under two rebuttable presumptions. First, in cases where an OECD Country has reached a final determination about an issue of corruption, the law enforcement agencies from the rest of the OECD Countries should treat this determination as adequate and final. Additionally, law enforcement agencies should operate under a rebuttable presumption of joint investigation, meaning that cases involving several jurisdictions should be reviewed under a mutually conducted investigation.

5.1. The Presumption of Final Judgement

This first presumption rests on the functional equivalence that should exist between the measures enacted by all countries that are part of the OECD Convention such as U.S. and Colombia. Again, under this legal standard, the anti-bribery laws of all OECD Countries are supposed to be adequate to combat international corruption. Moreover, OECD Countries enact statutes such as the FCPA or the TCA following the same OECD Convention purpose and principles. Additionally, the OECD Convention has a peer-review system that guarantees functional equivalence between the legal framework of all OECD Countries, and is considered to be the gold standard of monitoring by Transparency International (OECD, 2017).

The presumption of final judgement is also supported in the well-known consequences of foreign prosecutions in FCPA enforcement actions (Pulecio, 2014). The U.S. Attorney’s Manual advises the DOJ to consider the results of foreign bribery-related proceedings by defining that “effective prosecution in another jurisdiction” as a ground for initiating or declining charges against the target of a FCPA prosecution (U.S Department of Justice, 2017, §§ 9-27.220, 9-27.240 and 9-28-300). The American Bar Association Standards for Criminal Justice also recommend prosecutors to consider the “availability and likelihood of prosecution by another jurisdiction.” (American Bar Association, 2017, Standard § 3-3.9) Therefore, non-compulsory sources are already encouraging the U.S. Government to weigh foreign anti-corruption proceedings.

Moreover, primary sources of U.S. law should compel the DOJ to decline prosecution against a defendant that has been convicted or acquitted in another jurisdiction in Latin America (Pulecio, 2014, pag. 36). The U.S. Constitution’s double jeopardy guarantee should preclude addi-

tional U.S. criminal prosecutions in these cases because the “local crime of bribery in a Latin American jurisdiction is the same offense as the pertinent anti-bribery provisions in the FCPA.” (Pulecio, 2014, pag. 40) Notably, the dual sovereignty doctrine should not inhibit the double jeopardy protection for these cases because “the U.S. and most part of Latin America as a matter of law, share their sovereignty, as they are in fact part of the same international effort -reflected in at least the three international instruments mentioned above- dedicated to fight against bribery of public officials.” (Pulecio, 2014, pag. 45)

Similarly, when a corporation participates in a criminal proceeding in Latin America as a crime victim and the issue of the bribe is decided by a court of law, this issue should not be re-litigated in an FCPA action to be consistent with the collateral estoppel doctrine. Scholars support this notion with the following arguments: i) under Latin American laws, a corporation in these cases would be a “party”; ii) the issue of the bribe, litigated and decided before the courts of the foreign jurisdiction, would be the same as the one discussed pursuant to a DOJ investigation; iii) the bribe would be the ultimate issue of an FCPA criminal action, and iv) a successful criminal prosecution in Latin America would result in a conviction or an acquittal (Pulecio, 2014, pag. 47).

Lastly, a successive U.S. prosecution based on offenses already tried in Latin America might expose these countries to liability under the Inter-American Convention on Human Rights since this treaty also bars double jeopardy under the doctrine of “non bis in idem” (Pulecio, 2014, pag. 49). Accordingly, countries in Latin America may also have incentives to prevent multiple criminal proceedings grounded in the same acts of transnational corruption.

5.2. The Presumption of Joint Investigation

Under this presumption, law enforcement agencies from OECD Countries should review issues of corruption involving two or more jurisdictions under a mutually conducted investigation. Specifically, law enforcement agencies should conduct a joint investigation using one of two models (Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2017): they should conduct a parallel and coordinated investigation, or create one team with officers from the different jurisdictions that are involved in the case to aid their local investigations. *Ibid.*

This presumption of joint investigation is based on the OECD countries’ obligation of consulting with other countries “the most appropriate jurisdiction for prosecution” in cases that involve multiple jurisdictions (OECD Convention, Article 4). In fact, since 2007, the OECD Working Group has advised signatory countries that “[c]ooperation in investigating cases involving multiple jurisdictions is desirable in the interests of efficiency, and to that end, the network of prosecutors should be strengthened.” (Spahn, 2012, pag. 21).

Joint investigations of corruption issues are also encouraged by article 49 of the UN Convention: “States Parties shall consider concluding bilateral or multilateral agreements or arrangements whereby, in relation to matters that are the subject of investigations, prosecutions or judicial proceedings in one or more States, the competent authorities concerned may establish joint investigative bodies. In the absence of such agreements or arrangements, joint investigations may be undertaken by agreement on a case-by-case basis.” (General Assembly of the United Nations, 2003)

Moreover, joint investigations can help different enforcement agencies to build and keep their professional relationships, and speed up any cooperation that is required during corruption-related enforcement actions (United Nations Office on Drugs and Crime, 2017, pags. 18-19). Similarly, joint investigations “alleviate the misunderstandings created by real and perceived differences between legal systems and facilitate and expedite requests and other communications between the participating States.” (United Nations Office on Drugs and Crime, 2017, pag. 19)

In fact, the DOJ and law enforcement agencies from other countries have already teamed up to investigate foreign corruption cases. For example, DOJ received significant assistance from the authorities of Colombia, Panama, Philippines and the United Kingdom in the FCPA investigation that led to the conviction of the former co-chief executive officer of Petro Tiger Ltd (U.S. Department of Justice, 2017). Likewise, the U.S. prosecution of Odebrecht S.A. and Braskem S.A. for conspiracy to violate the FCPA was aided by the governments of Brazil and Switzerland (U.S. Department of Justice, 2017). Moreover, “since 2006, the DOJ and the SEC have been crediting an increasing number of international assistance provided by other countries. Between 2006 and 2017, 31.41% of enforcement actions were benefited from some type of foreign assistance.” (Pontes, 2018, pags. 34-35)

Similarly, article 24 of the TCA authorizes the Superintendency of Corporations to engage in any of the international cooperation’s mechanisms defined by the OECD Convention (*República de Colombia, 2016, Ley 1778, artículo 24*). In fact, the Superintendency of Corporations has executed agreements with its counterparties in Peru and Brazil to cooperate in enforcement actions involving those jurisdictions, and is seeking to execute similar agreements with Ecuador, Mexico, and Uruguay. (Superintendencia de Sociedades, 2018).

5.3. Benefits of these presumptions

Based on what this article previously explained about the economic costs that anti-corruption laws such as FCPA and TCA have for companies, law enforcement of these laws under the presumptions of final judgment and joint investigation (the “Presumptions”) may reduce a company’s expenses associated with its defense in more than one investigation on the same case. Critically, a company would not be required to retain attorneys from different jurisdictions to

represent it in multiple investigations, or to pay multiple penalties upon conviction. Similarly, these Presumptions could reduce the chances that a company is required to perform multiple internal investigations and audits in furtherance of the same case. Moreover, these Presumptions could shed light on the compliance programs and due diligence protocols that companies should implement to avoid prosecution for violating anti-bribery laws.

5.4. Reasons to depart from these presumptions

Law enforcement agencies from countries such as Colombia and U.S. may conduct their actions under the Presumptions when facing cases that involve two or more OECD Countries. Nevertheless, law enforcement agencies should be able to depart from these Presumptions if they observe circumstances reasonably suggesting that operating under these Presumptions would be prejudicial for the effective prosecution and sanction of international corruption. As cautioned by article 4.4. of the OECD Convention, “Each Party [to the OECD Convention] shall review whether its current basis for jurisdiction is effective in the fight against the bribery of foreign public officials and, if it is not, shall take remedial steps.”

Law enforcement agencies should also be able to depart from these Presumptions if they have reasons to question the efficacy, fairness, or accuracy of the proceedings previously conducted by another government. Unfortunately, studies suggest that not all the OECD countries are equally effective in prosecuting corruption despite having the appropriate framework (Hatchard, 2007, pag. 8). Similarly, corruption investigations could involve allegations that jeopardize the independence of a country’s law enforcement agencies. In certain cases, a joint investigation could also face problems such as “the lack of common standards and accepted practices, issues around the supervision of the investigation, and the absence of mechanisms for quickly solving these problems.” (United Nations Office on Drugs and Crime, 2017, pag. 19)

Nevertheless, law enforcement should give deference to the Presumptions, and the analysis for departing should depend on the facts of each case.

6. CONCLUSION

U.S. and Colombia enacted the FCPA and TCA, respectively, with the purpose of combating international corruption. In fact, there is a resemblance between these two statutes in the consequences that they define for violations to their anti-bribery provisions. Furthermore, FCPA and TCA share certain features for imposing corporate liability. Nevertheless, FCPA and TCA have different enforcement agencies and procedures. In addition, TCA enables Colombia to initiate administrative and not criminal or civil actions like the FCPA does in U.S. Moreover, the FCPA qualifies the *mens rea* that is required to prosecute a legal entity in ways that the TCA does not, and has a group of exceptions and defenses that are not in the TCA.

Among the negative consequences that these different legal standards have, there is an impact for companies doing businesses transactions in Colombia and U.S. Compliance with any anti-corruption statute such as the FCPA or TCA already forces companies to face several additional, direct and indirect, economic losses. When legal standards for combating corruption differ, these economic losses are multiplied.

The implementation of a universal set of anti-bribery rules, enforced by only one international body, would certainly mitigate the negative consequences of the differences between anti-corruption statutes such as FCPA and TCA. Nevertheless, obtaining the necessary consensus among the different countries to enact this set of universal anti-bribery legislation seems unlikely.

There is, however, one measure that is feasible. Countries such as the U.S. and Colombia could mitigate the costs of having different rules for fighting international bribery if law enforcement agencies investigate and prosecute cases involving multiple jurisdictions under two rebuttable presumptions. First, law enforcement agencies should operate under a presumption of final judgment, meaning that in cases where a country complying with the OECD Convention renders a final decision in a bribery investigation, law enforcement agencies from other OECD Countries should also treat that decision as adequate and final. Additionally, law enforcement agencies from OECD Countries should act under a presumption of joint investigation, so cases involving multiple jurisdictions are investigated under only one coordinated enforcement action.

The first presumption is based on the functional equivalence of anti-bribery provisions enacted under the OECD Convention. It is also based on the notion that international cooperation is impacting FCPA actions already. Moreover, non-compulsory guidelines encourage the U.S. Government to weigh foreign anti-corruption prosecutions. Similarly, the protections of double jeopardy and of collateral estoppel should compel prosecution declinations in cases where the target has been convicted or acquitted in Latin America. A successive U.S. prosecution for offenses previously litigated in Latin America could expose countries in that region to legal actions under the Inter-American Convention on Human Rights.

The presumption of joint investigation is based on the obligations set forth by the OECD Convention, and article 49 of the UN Convention. Joint investigations help law enforcement to build and retain professional relationships, and speed up any cooperation that is required to investigate a case. Furthermore, joint investigations mitigate any misunderstandings resulting from real and perceived differences in the anti-bribery legal framework. In fact, the DOJ and law enforcement agencies from other countries have already teamed up to investigate foreign corruption cases. Similarly, the article 24 of the TCA authorizes the Superintendency of Corporations to engage in any of the international cooperation mechanisms of the OECD Convention.

These presumptions could help to minimize the costs that diverse anti-bribery regimes have for companies by reducing expenses associated with a defense in multiple investigations based on the same facts. Similarly, the chances that a company requires multiple internal investigations and audits in furtherance of the same issue would be reduced if these presumptions are applied by law enforcement agencies. Moreover, the enforcement of anti-bribery provisions under these presumptions may shed light on the compliance programs and due diligence protocols that companies should implement to avoid prosecution in different jurisdictions.

The law enforcement agencies of countries such as Colombia and the U.S. should conduct their investigations under these presumptions of final judgment and joint investigation when facing cases involving two or more jurisdictions of OECD countries. Nevertheless, law enforcement might depart from these presumptions when they reasonably believe that the application of the Presumptions to the specific case might be prejudicial for the effective prosecution of international corruption.

Lastly, additional legal and academic initiatives are required to neutralize all the negative costs that anti-corruption laws have for international business. For example, measures to reinforce the trust that law enforcement agencies have in their peers from other countries should be implemented to reduce the number of cases where law enforcement agencies decide to depart from the Presumptions. Nevertheless, the implementation of the Presumptions of final judgment and joint investigations in OECD Countries might help to synchronize anti-corruption laws and international business transactions.

BIBLIOGRAPHY

Articles

- Arbatskaya, M. et al. (2018). *The Impact of the Foreign Corrupt Practices Act on Competitiveness, Bribery, and Investment*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3001262> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3001262>
- Carr, I. (2008). The OECD Anti-Bribery Convention Ten Years. *Machester J. Int'l Econ. L.*, 3-35.
- Carter, J. (1977). Foreign Corrupt Practices, and Investment Disclosure Bill . 2 *Pub. Papers* 2157. USA
- Committee on International Business Transactions. (2009). *The FCPA and its impact on international business transactions- should anything be done to minimize the consequences of the U.S' unique position on combating offshore corruption?* . Available at: <http://www2.nycbar.org>.
- Darrough, M. N. (2009). The FCPA, and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience. *Journal of Business Ethics*, 255-276.
- Hatchard, J. (2007). Recent Developments in Combating the Bribery of Foreign Public Officials: A Cause for Optimism? *85 U. Det. Mercy L. Rev.* 1.

- Hills, L. (2014). Universal Anti-Bribery Legislation Can Save International Business: A Comparison of the FCPA and the UKBA in an Attempt to Create Universal Legislation to Combat Bribery around the Globe. *13 Rich. J. Global L. & Bus.*, 469-492.
- Koehler, M. (2012). The Story of the Foreign Corrupt Practices Act. *Ohio St. L.J.*, 929-1014.
- Koehler, M. (2016). A Snapshot of the Foreign Corrupt Practices Act. *14 Santa Clara J. Int'l L.*, 143-202.
- Koehler, M. (2010). The Facade of FCPA Enforcement. *41 Geo. J. Int'l L.*, 907-1009.
- Pieth, M. (2017). *Making the OECD Initiative Against Corruption Work*. Available at: <http://www.oas.org/juridico/english/pieth2000.htm>
- Pieth, M. (2017). *Functional Equivalence in the OECD Convention on Combating Bribery*. Available at: <http://www.ethic-intelligence.com/experts/381-functional-equivalence-in-the-oecd-convention-on-combating-bribery/>
- Pontes, Marcelo. (2018) The Impact of International Cooperation on FCPA Enforcement. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3213734> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3213734>
- Pulecio, D. (2014). The United States Foreign Corrupt Practices Act and Latin America: The Influence of Local Prosecutorial Efforts in Transnational White-Collar Litigation. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 21-58.
- Searle Civil Justice Institute. (2012). *The Foreign Corrupt Practices Act: An Empirical Examination of Enforcement Trends*. http://www.masonlec.org/site/rte_uploads/files/FINAL%20FCPA%20REPORT%20PDF.pdf.
- Sivachenko, I. (2012). *Corporate Victims of 'Victimless Crime': How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Businesses and Discourages Compliance*. *54 B.C. L. Rev.* 393 (2013), 393-431.
- Spahn, E. (2012). Multi-Jurisdictional Bribery Law Enforcement: The OECD Anti-Bribery Convention. *53 Virginia Journal of International Law* 1, 1-52

OECD Authorities

- OECD. (2017). *OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions*. Available at: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininernationalbusinesstransactions.htm>.
- OECD. (2017). *History - OECD*. Retrieved from <http://www.oecd.org/about/history/>
- OECD. (2017). *Members and Partners*. Available at: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>
- OECD. (2017). *Launch of Colombia's Accession Process to the OECD*. Available at: <http://www.oecd.org/fr/pays/colombie/launch-of-colombia-accession-process-to-oecd.htm>

OECD. (2015). *Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia*. Available at: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/colombia-oecdanti-briberyconvention.htm>.

OECD. (1997). *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Adopted by the Negotiating Conference*. Available in: <http://www.oecd.org>

U.S. Authorities

American Bar Association. (2017). *Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function*. Available at: http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crim-just_standards_pfunc_blk.html#3.9 (last visited May 1, 2017).

Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US. Securities and Exchange Commission. (2012). *A resource guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*.

U.S. Department of Justice. (2017). *Former Chief Executive Officer of Oil Services Company Pleads Guilty to Foreign Bribery Charge*. Available in: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-chief-executive-officer-oil-services-company-pleads-guilty-foreign-bribery-charge>.

U.S. Department of Justice. (2017). *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*. Available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least->

U.S. House of Representatives. (2017). 15 U.S.C.

U.S. House of Representatives. (2017). USCS Fed Rules Crim Proc.

U.S. Department of Justice. (2017). *USAM*. Available at: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution>

United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *United States v. Esquenazi*, 2014).

United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit (2014). *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912

U.S. Senate. (1977). Legislative History - Senate Report No. 95-114.

Colombian Authorities

Presidency of Colombia. (2017). *Statement of President Santos regarding the entry of Colombia to the OECD*. Available at: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Mayo/Paginas/20130530_03.aspx

República of Colombia (2016). Ley 1778, *por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*.

República of Colombia (2000). Ley 599, *por la cual se expide el Código Penal*.

República of Colombia (2014). Proyecto de Ley 159, *por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*.

Superintendencia de Sociedades (2017). *SuperSociedades define criterios para la adopción de programas de ética empresarial*. Available at: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Paginas/2016/SuperSociedades-define-criterios.aspx>

Superintendencia de Sociedades (2017). *SuperSociedades busca expandir la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción empresarial*. Available at: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/SuperSociedades-busca-expandir-cooperacion-internac-en-lucha-contra-la-corrupcion-empresarial.aspx>

U.N. Authorities

Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. (2017). *Draft Informal Expert Working Group on Joint Investigations*. Available at: <https://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>

General Assembly of the United Nations. (2003). *Resolution 58/4*. Available at: <http://www.un-documents.net/a58r4.htm>

United Nations Office on Drugs and Crime. (2017). *Cross-Cutting Issues International Cooperation - Criminal Justice Assessment Toolkit*. Available at <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/Criminal-Justice-Toolkit.html>.

United Nations Office on Drugs and Crime. (2017). *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*. Available at: https://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf