

EDICIÓN  
**56**

# 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 56, julio - diciembre de 2021  
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.53.001>  
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

**Laura Pérez Arteta**  
ASISTENTE EDITORIAL

## COMITÉ EDITORIAL

**Viridiana Molinara 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](http://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](http://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>  
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>



## 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*  
María Margarita Mendoza

*Asistente editorial*  
Isabella Rendón Barros

*Arte y diseño*  
Joaquín Camargo Valle

*Diagramación*  
Álvaro Carrillo Barraza

*Procesos técnicos*  
Munir Kharfan de los Reyes

*Corrección de textos*  
Eduardo Franco  
Iván Yunis

# Revista *de* Derecho

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

Número 56, julio - diciembre de 2021  
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

## CONTENIDO/*CONTENT*

vi ..... **Editorial**

### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

9 ..... **Los contratos vinculados en el derecho del consumo.  
Una aproximación comparada**

*The linked contracts in consumer law. A comparative approach as analytical framework*

Patricio Masbernat

Universidad Autónoma, Chile

Karen Masbernat

Universidad San Sebastián, Chile

40 ..... **Red clientelar en el distrito de Barranquilla: el rol de los intermediarios**

*Clientele network in the district of Barranquilla: the role of intermediaries*

Ángel Alberto Tuirán Sarmiento

Université Grenoble-Alpes, Francia

Ana María Naranjo Cortés

Universidad del Norte, Colombia

Ciro David Murillo Lenis

Universidad del Norte, Colombia

Luis Villalba Ramos

Universidad del Norte, Colombia

56 ..... **Los micrófonos del miedo. Criminología mediática y  
discurso penal de marginalización**

*The microphones of fear. Media Criminology and  
Criminal Discourse of Marginalization*

Pedro Javier Granja

Università di Bologna, Italia

Andrea Belén Palma

Universidad SEK, Ecuador

94..... **Empleados públicos y trabajadores oficiales en Colombia ¿Desigualdad en el acceso a la administración de justicia en materia laboral?**

*Public Employees and official workers in Colombia inequality in access to the administration of justice in labor matters?*

Julián David Guachetá Torres  
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Johana Rojas Toledo  
Universitaria Autónoma del Cauca, Popayán

117 ..... **Tecnología y constitución**

*Technology and constitution*

Manuel Miguel Tenorio Adame  
Universidad Católica de Colombia

135 ..... **Tradición contra innovación en los modelos de formación jurídica universitaria en México**

*Tradition against innovation in the models of university legal training in Mexico*

José Francisco Báez Corona  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

154 ..... **Regulatory framework, the US health system, and international health displacement**

*Marco normativo, sistema sanitario estadounidense, y el desplazamiento sanitario internacional*

Mario Alberto de la Puente Pacheco  
Universidad Del Norte, Colombia

Diana Cifuentes  
Universidad Benito Juárez, Mexico

Heidy Rico Fontalvo  
Universitaria Americana, Barranquilla (Colombia)

Alexander Mauricio Caraballo Payares  
Universidad de Cartagena, Colombia

169 ..... **El fuero sindical de los trabajadores particulares: una garantía restringida en Colombia**

*Trade union immunity for private workers: a restricted guarantee in Colombia*

Francisco Rafael Ostau De Lafond De León  
Universidad Gran Colombia, Colombia

Leidy Ángela Niño Chavarro  
Universidad Libre, Colombia





**Revista de  
Derecho**

**EDITORIAL**

## **Procesos electorales en el 2022**

*Electoral processes in 2022*

**JUAN PABLO SARMIENTO E.**

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte vinculado al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la misma Universidad.

Director del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte.

[jpsarmiento@uninorte.edu.co](mailto:jpsarmiento@uninorte.edu.co), [jua-sarm@uniandes.edu.co](mailto:jua-sarm@uniandes.edu.co)

En el 2017, la Revista de Derecho conmemoró 25 años de existencia. En ese número 47, el editorial “Cuando la democracia moderna se divorció de las libertades públicas” intentaba llamar la atención sobre los extraños eventos políticos ocurridos en 2016, principalmente, la elección del presidente de EE.UU., las votaciones que dieron lugar al Brexit y los resultados del el Plebiscito sobre el Acuerdo de Paz de 2016.

Luego de cinco años, el intento de toma del capitolio en Estados Unidos, las elecciones presidenciales en Colombia y Brasil, dan cuenta de la persistencia en la crisis de representación y de ciudadanías. Este año no parecería ser fácil, pues de cara a importantes procesos electorales en Brasil, Estados Unidos, Francia y Colombia, la que llamamos en ese momento “nueva democracia” que emerge como consecuencia de un alterado proceso deliberativo por lo que algunos autores han llamado la “posverdad” (Carmagnola, 2006) o “modernidad líquida” (Bauman, 2015), y que, de la mano de nuevos “populismos”, no ofrece un horizonte temporal que permita decir que estamos por superar esta situación.

Ciertamente, es muy probable que los discursos que demonizaron a algunos sectores de la sociedad, a la creación y explotación del miedo y de diferencias de valores, credos, cultura y raza, por medio de discursos abiertamente discriminatorios, persista y determine los resultados electorales en los procesos que tengan lugar este año. Quizá 2016, y hasta la redacción de este editorial, sea un periodo recordado como un punto de inicio o de un “paréntesis a la democracia desde adentro”, estimulada por el amplio acceso a la información por medio de redes sociales, que se conjugó con liderazgos que se permitieron construir una nueva versión de las elecciones y la participación popular, arribando a la “política de resentimiento” (Fukuyama, 2018), la muerte de la democracia (Levitsky & Ziblatt, 2018) o la “demonización” crónica de los adversarios (Romero & Römer, 2016).

Si bien la “política del resentimiento” y la “demonización” de oponentes no son estrategias políticas novedosas, actualmente, debilitan el poder y erosionan la legitimidad de las instituciones, construyen narrativas e imaginarios sobre indignación, el apasionamiento mimético y las frustraciones de los votantes y, posiblemente, el efecto más nocivo, paralizan el Estado y la acción colectiva. La vacunación contra el virus SARS-CoV-2, que produce la enfermedad del COVID- 19, es una muestra de ello, pues los ciudadanos renuentes, particularmente en Estados Unidos y Europa, se han identificado con partidos políticos conservadores, que han apropiado el discurso de las libertades individuales, y han provocado enormes costos para la salud pública y vidas humanas, sin dejar de lado, la grave amenaza que representa para el mundo, un programa de vacunación global frustrado por la aparición de nuevas variantes.

Este ejemplo indica también que las diferenciaciones —y con ello, las segregaciones— entre grupos subnacionales es dinámica, pero se profundiza con las banderas discursivas en los debates políticos que se han producido en los últimos cinco años. La “posverdad”, como vehículo de la demonización, el populismo y la política del resentimiento, como lógica social y un modo de construir

lo político, y las rupturas sociales, producto de una historia de segregación, han profundizado la diferenciación entre grupos sociales, la negación del otro, llámese musulmán, extranjero, cristiano, homosexual, negro, y han dejado como resultado, el aplazamiento de demandas colectivas realmente relevantes (Laclau, 2005).

Junto al ejemplo ofrecido sobre la vacunación, el cambio climático, la proliferación de armas nucleares, la extinción masiva de especies y la disrupción tecnológica nos deberían invitar a la “desideologización” de asuntos mínimos de existencia, como los mencionados. Ciertamente, los asuntos ambientales y aquellos desafíos que comprometen la subsistencia humana deberían trascender las tensiones políticas y las diferenciaciones, más de las veces, arbitrarias, para congregarse a la humanidad a un destino menos trágico como el que pareceríamos asegurarnos.

Es quizá en este punto donde el conocimiento científico tiene el deber de romper sus fronteras y lograr que los hallazgos trasciendan el circuito académico y consigan masificar, al menos, los acuerdos necesarios para asegurar la subsistencia de las generaciones presentes y futuras. El derecho humano a la pervivencia demanda un aporte al conocimiento social, que, como investigadores, estamos llamados a realizar.

## REFERENCIAS

- Bauman, Z. (2015), *Modernidad líquida*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Carmagnola, F. (2006). *Il consumo delle immagini: estetica e beni simbolici nella fiction economy*. Pearson Italia Spa.
- Fukuyama, F. (2018) *Identity: Contemporary identity politics and the struggle for recognition*. London: Profile Books.
- Laclau, E. (2005) “Populism: What’s in a Name?.” *Populism and the Mirror of Democracy*, 48.
- Levitsky, S.; Ziblatt, D. (2018) *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- Salinas, A. (2011). Populismo, democracia, capitalismo: La teoría política de Ernesto Laclau. *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, n° 1, 168-188.
- Sarmiento, J. (2017) Cuando la democracia moderna se divorció de las libertades públicas, 25 años de la Revista de Derecho de la Universidad del Norte. *Revista de Derecho*, 47. VII-IX.



# **Los contratos vinculados en el derecho del consumo. Una aproximación comparada**

*The linked contracts in consumer law.  
A comparative approach as analytical framework*

**PATRICIO MASBERNAT**

Profesor de la Universidad Autónoma de Chile.  
Abogado Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
Magister en Derecho, Universidad de Chile.  
Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid.  
<https://orcid.org/0000-0001-7137-9474>.  
Autor correspondencia.

**KAREN MASBERNAT**

Profesora de la Universidad San Sebastián, Chile.  
Abogada Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
Magister en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
Doctora en Derecho (c), Universidad Autónoma de Chile.  
<https://orcid.org/0000-0002-0705-2781>

## Resumen

Este trabajo trata el fenómeno de interdependencia contractual de los contratos masivos de compraventa y crédito para financiarlos, relacionado con el derecho del consumo. La interdependencia contractual constituye una figura compleja, que engloba variadas hipótesis de conexión o coordinación que justifica una respuesta que se separa de la lógica tradicional del derecho de los contratos por la tradicional insuficiencia de la solución legal ante el incumplimiento del proveedor en la compraventa de bienes o servicios financiados con el crédito otorgado por un tercero. Uno de los problemas de esta clase de contratos radica en la vulnerabilidad del consumidor, puesto que el perjuicio económico recae solo en él, en los casos en que a pesar de no recibir lo comprado o recibirlo con vicios, de todos modos, debe pagar el crédito de consumo que le concedió la entidad crediticia, porque de acuerdo con el derecho común se consideran como dos contratos independientes y, ficticiamente, sin vinculación. Desde una interpretación acorde con la realidad y necesidades de las interacciones sociales actuales, masivas y complejas, una tesis posible para enfrentar este problema podría ser considerar la unidad del negocio frente a la pluralidad de contratos, y la vinculación entre ellos en relación con su causa. Este trabajo aborda todas las principales aristas de este complejo asunto.

### PALABRAS CLAVE

Contratos innominados, contratos interdependientes, contratos conexos, contratos vinculados, contratos ligados, contratos unidos.

## Abstract

This paper deals with the phenomenon of contractual interdependence of massive sales and credit contracts to finance them, related to consumer law. Contractual interdependence constitutes a complex figure, which encompasses various connection or coordination hypotheses that justify a response that is far from the traditional logic of contract law due to the traditional insufficiency of the legal solution to the breach of the supplier in the sale of goods or services financed with credit granted by a third party. One of the problems of this type of contract lies in the vulnerability of the consumer, since the economic damage falls only on him, in cases in which despite not receiving what he bought or receiving it with defects, he must still pay the credit of consumption granted by the lender, because according to private law they are considered as two independent contracts and, fictitiously, without a linking. From an interpretation according to the reality and needs of current, massive and complex social interactions, a possible thesis to face this problem could be to consider the business unit in the face of the plurality of contracts, and the link between them in relation to their cause. This paper addresses all the main aspects of this complex issue.

### KEYWORDS

Unnamed contracts, interdependent contracts, related contracts, linked contracts, linked contracts, united contracts.

## I. INTRODUCCIÓN

La interdependencia contractual es un fenómeno contemporáneo, ignorado como estructura dogmática por las codificaciones decimonónicas, pero puesto de relieve por la doctrina y la jurisprudencia del último siglo.

Este fenómeno surge como una respuesta al individualismo contractual clásico, que entiende, en su concepción más profunda, que cada parte es guardiana de sus propios intereses, y según la cual, cada contrato es mirado como un universo aislado de las demás relaciones contractuales, solo dirigido a alcanzar sus propios objetivos.

Con el tiempo, el individualismo contractual ha dado paso a la contratación grupal. Desde este punto de partida, el fenómeno de la interdependencia contractual se erige en un contexto donde el fin perseguido es un resultado económico de una operación global. Esta finalidad requiere relacionar o superponer figuras contractuales típicas o atípicas, que no pueden ser ya miradas aisladamente, sino como parte de un grupo o complejo contractual que pasa a adquirir fisonomía propia.

Esta complejidad de los contratos y las nuevas formas de producción y distribución de los bienes multiplican los riesgos de daños derivados de la inejecución de esos contratos, porque se hace difícil determinar y extender los efectos que se producen de uno de esos contratos hacia el otro.

Lo habitual para lograr la eficacia de una operación económica será usar de base un conjunto de contratos interdependientes entre sí, sea porque así lo impone la naturaleza jurídica de los contratos o bien por la decisión de las partes en orden a la realización del logro de un fin (Sánchez, 2000). De este modo, se alcanza en conjunto más beneficios, eficiencia y ganancias, porque esta unión de contratos en un solo negocio se torna fundamental para satisfacer las necesidades que se buscan (Lorenzetti, 1998).<sup>1</sup>

Un factor que justifica el surgimiento del fenómeno de la interdependencia contractual son las llamadas condiciones del mercado, que generan la agrupación de empresas y de contratos (Teysie, 1975). Lo anterior viene dado por la creciente especialización de las actividades, la circulación cada vez más rápida de las riquezas y de los bienes, la ampliación del sector geográfico de actividad de las empresas y los avances informáticos.

---

<sup>1</sup> En relación con ese efecto de conjunto subraya Lorenzetti (1998) que la vida comunitaria pasa a ser el centro de gravedad para comprender la razón de la existencia de los contratos, y para interpretar las manifestaciones de su funcionamiento.

Los grupos de contratos son un reflejo jurídico de la agrupación de las empresas, en los que la colaboración entre ellas se transforma en un imperativo dentro de un mercado cada vez más competitivo (López Frías, 1994).

Ahora, los factores que han contribuido a introducir la cuestión de la interdependencia contractual en la teoría jurídica son la autonomía de la voluntad, la atipicidad, los efectos relativos de los contratos, la subcontratación, la colaboración empresarial, los grupos de empresas, la acción directa y el interés asociativo del negocio (Mosset, 1999).

En el desarrollo de este tipo de contratación moderna la autonomía privada es gravitante, puesto que se pueden establecer contratos de acuerdo con la satisfacción de las necesidades imperativas de las partes por realizar negocios complejos, no siendo contrarios a la ley, la moral, el orden público y la seguridad nacional (Messineo, 1952; Jordano Berea, 1951). Respecto de esto, la doctrina italiana concuerda en que los negocios o unión de contratos son reflejo de la autonomía privada, que puede libremente determinar el contenido de las convenciones, pudiendo dar lugar a la conclusión de varios de ellos y que a pesar de estar estrechamente vinculados conservan su individualidad (Álvarez, 2009).

En lo sucesivo, entonces, abordaremos el problema de la regulación del fenómeno de interdependencia contractual en los contratos vinculados de venta y financiamiento en los casos en que el adquirente es un consumidor. Entonces, la figura que se busca analizar se relaciona al fenómeno de interdependencia contractual que se concreta en un *tipo de caso específico*: de un consumidor que intenta adquirir bienes y servicios y solicita un crédito a un tercero para adquirirlos (colaboración empresarial). Formalmente aparecen dos contratos independientes, pero se oculta un único negocio, *i.e.*, el negocio es fraccionado en dos contratos distintos desde lo jurídico, pero en realidad conforman una sola operación económica jurídica.

Hay que notar que algunos países, como Chile, no han legislado acerca de esta materia, y su jurisprudencia y doctrina es escasa (Momberg & Pizarro, 2021), y en esos sistemas las figuras fácticas de los contratos de compraventa interdependiente de un crédito de consumo son considerados como contratos independientes y autónomos, cuyas vicisitudes se resuelven por separado.

En otros países, como España y Argentina, sí se ha enfrentado este problema, razón por la cual nos otorgan puntos de vista relevantes a nivel comparado.

Ahora, volviendo al problema, la primera pregunta que se plantea frente a este fenómeno es acerca de qué régimen jurídico gobierna esta figura. Siendo una de las partes de esta relación un consumidor, debiera ser el derecho del consumidor. La segunda pregunta es si el derecho del consumidor permite entregar una respuesta al problema o sería necesario recurrir a las reglas del derecho común de los contratos y las obligaciones.

## II. IDENTIFICACIÓN DEL FENÓMENO INTERDEPENDENCIA CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA DE ARGENTINA Y ESPAÑA

Los contratos interdependientes hacen parte de los contratos modernos, en ellos se crea una relación contractual nueva de colaboración que transforman la tradicional visión de los contratos como individuales (Chomer, 2015).<sup>2</sup> Por otra parte, en relación con los consumidores, se trata de un fenómeno de contratación masiva.

La doctrina italiana los conceptualiza como aquellos en que las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos que presentan entre sí un nexo jurídico que se manifiesta en que las vicisitudes de cada uno de los convenios celebrados afectan a los otros (López Frías, 1994).<sup>3</sup>

La figura de la interdependencia contractual se estructura a través de la conclusión simultánea o sucesiva de una serie de contratos, que aparecen como independientes, pero en la realidad están relacionados entre sí, lo que los aleja de la visión clásica del derecho civil. Específicamente, varios contratos independientes persiguen un solo fin económico, forman una sola relación jurídica debido a que se trata de un solo negocio.

Entonces, estos contratos interdependientes conforman un solo sistema, y se genera un problema caso de conflicto respecto de las responsabilidades. Por una parte, solucionan problemas empresariales, mejorando la posición contractual de los proveedores. Por otra parte, el consumidor no comprende esta realidad jurídica y desconoce su funcionamiento y consecuencias.

En España se han definido los contratos conexos como “aquellos en que varios sujetos celebran dos o más contratos que presentan una estrecha relación funcional entre sí, por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante” (López Frías, 1994, p.33), de manera tal que celebrados

no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sen-

---

<sup>2</sup> Chomer (1915) afirma que en Argentina no solo se aprobó un nuevo Código Civil y Comercial unidos en uno, sino también se reguló la figura de los contratos interdependientes de manera general, llamados contratos conexos, estableciendo reglas para el sistema negocial adoptado para la compra de diferentes productos que van desde un electrodoméstico hasta automotores o viviendas o la adquisición de un servicio.

<sup>3</sup> López Frías (1994) señala una serie de autores que han estudiado el tema de la interdependencia contractual en España: Jordano, Santos, García, De Castro y Bravo, Albaladejo, Díez- Picazo, Gullón, Rivero; López y Rojo, Torres, Pasquau entre otros.

tido desde la perspectiva de la operación económico jurídica que a través de ellos quiere articularse. (López Frías, 1994, p. 276)

En Argentina se ha sostenido que

para establecer si hay pluralidad o unidad de negocio jurídico, es necesario acudir a la causa del negocio: si la causa es única, aun cuando sea compleja, se tendrá negocio único; si hay varias causas, se tendrán otros tantos negocios jurídicos, aunque eventualmente conexos. (Messineo, 1971, p. 341)

Es decir, se ha enfatizado la causa.

Para comprender los contratos interdependientes, según algunos autores, es necesario analizar la atipicidad contractual y hacer algunas clasificaciones, viendo a las figuras interdependientes como la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como un todo por su relación de mutua dependencia. De este modo, los contratos mixtos pueden ser clasificados en dos tipos de uniones de contratos: (a) la primera meramente formal, externa o aparente, que resulta del hecho de haberse concluido los contratos en la misma ocasión, constándolos, por ejemplo, en un mismo documento; (b) la segunda, como otra unión de contratos en la que existe un ligamen entre los ellos, existiendo una conexión entre contratos distintos y queridos globalmente por las partes como un todo. En este último tipo de contratos, estos se presentarían en mutua dependencia –como los contratos recíprocos–, o en relación de subordinación –como los contratos subordinados–, o en una relación de alternancia –como los contratos alternativos– (Jordano Berea, 1951).

El fenómeno de la interdependencia contractual responde a las diversas necesidades del mercado, y configuran estructuras contractuales complejas que incorporan distintos supuestos de conexión contractual (Figuroa, 2011)<sup>4</sup>. La interdependencia contractual responde a la lógica en la que “para concretar un resultado económico muchas veces se debe suscribir una cantidad de contratos en forma conjunta que llevan al resultado querido” (Acquarone, 2016, p.17).

Mosset explica que en el Derecho italiano se estudia este fenómeno desde 1937. Se refieren a este como *contratto collegato*, *collegamento negoziale* o *negozi giuridici collegati*. Se sostiene que la justificación del fenómeno del ligamento de los contratos podía tener su origen en la voluntad de las partes, la naturaleza de los mismos o la ley (Mosset, 1999).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Figuroa (2011) define los contratos conexos como “un grupo compuesto al menos por dos contratos, principales y de igual jerarquía, que se encuentran vinculados entre sí, dependiendo unos de otros” (p.210).

<sup>5</sup> Mosset (1999) reconoce a una serie de autores interesados por analizar el tema a lo largo del tiempo, como Nicolás, y luego Messineo, Gandolfi, Gasperoni, Banatti, Venditi, Di Sabato, Di Nanni, Macioce, Giorgiani, Galgano, Marella, Ponzanelli, Schizzerotto, Fubini, Cirillo, Caputo, Cassoni, Ferrando, Alpa y Bessone, entre otros. La denominación *contratti* (o, con un alcance más amplio, *negozi giuridici*) *collegati* es la expresión adoptada unánimemente.

Por otra parte, también reviste interés la amplitud de los efectos de un contrato en el otro contrato del grupo. En la doctrina y jurisprudencia se afirma repetidamente que en virtud de la autonomía de la voluntad se pueden crear contratos que conservan su individualidad, sin embargo, están coligados entre sí funcionalmente y con dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes repercuten en los otros condicionando su validez y ejecución (Álvarez Martínez, 2009).

Se ha puesto de manifiesto que el ligamen de los contratos puede ser genético o funcional. Es genético si el ligamen tiene su origen al inicio de la agrupación contractual, lo que justificaría que uno influye en el otro, porque el ligamen surge de la naturaleza jurídica de los mismos o de la ley. Es funcional si el ligamen existe de manera permanente hasta el momento de la ejecución de los contratos, de suerte que un contrato solo tiene relevancia si esta en relación al otro, pero también si esta relevancia es recíproca. Existe, pues, una unión unilateral y otra recíproca o bilateral. Se atribuye a la voluntad de las partes el ligamen entre los contratos que justifica la amplitud de sus efectos (Mosset, 1999).

La interdependencia contractual ha sido analizada también por la jurisprudencia. En sentencia del Tribunale di Padova, de 6 de abril de 1949, por ejemplo, se resolvió que “la conexión existente entre dos negocios, o entre las relaciones que de ellos derivan, no pueden permanecer sin relevancia en el campo del Derecho, sino que deben, en mayor o menor medida coligar la suerte de aquellos” (López Frías, 1994, p.29)<sup>6</sup>.

En otra sentencia de la Corte de Appello di Napoli de 31 de octubre de 1966 se resolvió que una vez declarada la resolución de un contrato debe declararse la resolución del otro siempre que las prestaciones de los dos convenios estén coligadas desde el punto de vista económico, debido a la unidad del fin perseguido. En esta resolución se reconoce la interdependencia entre los contratos que integran el grupo cuyo fin es alcanzar un determinado resultado económico y que ellos conservan su individualidad. Además, añade el fallo, que el fin lo logran concluyendo dos o más contratos distintos; por ello, las vicisitudes que afecten un contrato afectarán a todos y condicionan su validez y ejecución (López Frías, 1994).<sup>7</sup>

---

mamente por la doctrina (y también por la jurisprudencia) italiana para designar el fenómeno de la vinculación comercial desde los primeros trabajos que se han ocupado sistemáticamente de esta problemática. La literatura es vastísima.

<sup>6</sup> López Frías (1994, p. 29) cita al juez Satta, en la nota 19, donde Satta afirma “Corrispettività fra preazioni, colligamento fra negozi, e proroga legale delle locazioni”. Nota de la sentencia del Tribunale di Padova de 6 de abril de 1949, Giur. It., 1950, I, 2, p. 356.

<sup>7</sup> López Frías (1994) señala que la jurisprudencia de la Corte de Cassazione repite un criterio frente al tema: “las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida, con un solo acto a contratos diversos y distintos, que aun conservando su individualidad de cada tipo de negocio y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo están coligados entre sí, funcionalmente y con relación de dependencia recíproca,

En la búsqueda de una justificación jurídica a la interdependencia de los contratos, la causa parece ser una alternativa, por lo que de acuerdo a la doctrina italiana “hay una sola causa ahí donde solo habría en la realidad jurídica un contrato, y si hay varias causas hay varios contratos de acuerdo al número de causas” (Jordano, 1951; Buitrago, 1999). Es de destacar que en el desarrollo de la doctrina del coligamiento de los negocios, la jurisprudencia italiana ha tenido una influencia importante (Acquarone, 2016; López Frías, 1994).

En Francia, la doctrina realiza su análisis de la interdependencia contractual desde una óptica diferente. Así es como Teyssié (1975), su exponente más conocido, publicó el libro sobre los grupos de contratos hace casi cinco lustros. Observa que la conectividad proviene del agrupamiento de las empresas para la realización de negocios. Desarrollando una vinculación a través de los contratos de colaboración empresarial y las diversas formas de agrupamiento. Teyssié distingue dos situaciones diversas: (a) la primera, que recibe la denominación de grupo de contratos, la identidad o vínculo entre los miembros del grupo se encuentra en la idea de causa o indivisibilidad del contrato, y (b) la segunda hipótesis, aquella originada en la circulación de bienes, se justifica en el objeto común. A la primera se le denomina grupo de contratos y a la segunda cadenas de contratos (Zapata Flores, 2015). Además, en relación con la causa, distingue dos niveles: (a) la causa individual de cada uno de los contratos, que actúa como causa próxima, y (b) el fin común, verdadera razón de ser económica y jurídica del negocio complejo, que constituye la causa remota de todos los contratos aisladamente considerados (Álvarez Martínez, 2009). Respecto de las partes, Álvarez Martínez señala que para Teyssié los contratos agrupados están dominados por sus relaciones secundarias, así se manifiesta la negación de la condición de terceros a los miembros del grupo, en el sentido clásico. De tal suerte que cada integrante del grupo tiene dos relaciones jurídicas contractuales: una frente a su contraparte y otra secundaria con el resto de las partes de los otros contratos, con los que está conectado por formar parte del grupo contractual, reconociendo que esta cuestión obliga a revisar el principio de los efectos relativos de los contratos, así como la noción de terceros (Álvarez Martínez, 2009).

Otro destacado autor francés, Bacache-Gibeili (1996), fundamenta que para determinar quienes son partes del grupo y no considerarlos terceros es necesario que exista un concepto jurídico de qué se entenderá por grupo de contratos; solo así todas las partes del grupo serán jurídicamente responsables por los daños causados por la parte incumplidora (Álvarez Martínez, 2009).

---

de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución”. Aplicando esta máxima ha resultado lo siguiente: Declarada la resolución de un contrato debe declararse la resolución del otro siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexos desde el punto de vista económico, debido a la unidad del fin perseguido. Sentencia de la Corte de Appello di Napoli, de 31 de octubre de 1966 (p. 30),



Mosset (1999) explica que la jurisprudencia francesa centra su atención en las acciones contractuales directas, puesto que reconoce la importancia que constituye este tipo de contratos para satisfacer las necesidades actuales de las empresas económicas, porque las figuras contractuales tradicionales no satisfacen sus requerimientos.

Cabe recordar que hemos indicado que buscamos analizar el fenómeno de interdependencia contractual desde un *tipo de caso* específico (consumidor que adquiere bien o servicio con financiamiento de un tercero vinculado al vendedor).

Esta operatoria de integrar varios contratos que se concluyen simultánea o sucesivamente tiene un trasfondo que los relaciona económicamente entre sí, que se debe básicamente a la cooperación interempresaria (participando un consumidor como parte). Su origen tiene que ver con la necesidad de responder a las ventas masivas y el deseo de maximizar las ganancias, porque con este tipo de contratación se alcanzan altos grados de rentabilidad, se reducen costos y se mejoran los precios del mercado (Weingarten, 2007).

Mosset, al hablar de la experiencia argentina y la recomendación que dan a la doctrina y jurisprudencia las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebrada en Mar del Plata en 1995), respecto de los supuestos de conectividad contractual, afirma que

la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado con él, pero que ha participado en el acuerdo conexo a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento. (Mosset, 1999, p. 35)

El nuevo Código Civil y Mercantil argentino incorporó dos artículos respecto de este tema. En el artículo 1073 se señala que

hay conectividad contractual cuando dos o más contratos autónomos se hayan vinculados entre sí por una finalidad común previamente establecida, de modo que cada uno de ellos ha sido determinado por el 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.

A su vez, el artículo 1074 dispone que “los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”. Este concepto es fruto de la doctrina argentina durante los últimos años: debe tratarse de contratos autónomos entre sí (como la compraventa y el mutuo), con un nexo en la finalidad económica, y la relación de los contratos implica cierta dependencia en torno al negocio común (Lorenzetti, 2015, pp. 307-308).

En el contexto europeo, la Directiva 2008/48/CE se traspuso en España en la Ley 16/2011 de 24 de junio, sobre Crédito al Consumo. Esa normativa define el contrato vinculado, que trata de la figura de la compraventa financiada con un crédito de consumo otorgado por un tercero, en su artículo 29.1, al disponer que se entenderá por contrato de crédito vinculado aquel en que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. En la Directiva 2008/48/CE no se conceptualiza el contrato de crédito vinculado sino que solo se establecen algunas características, en su artículo 3 letra n), definiendo unidad comercial (Marín López, 2014)<sup>8</sup>.

Por su parte, el legislador alemán al delimitar el concepto de contrato vinculado utiliza la expresión “unidad económica” a diferencia del legislador comunitario y español que utilizan la expresión “unidad comercial”. Para Marín López (2014) ambas expresiones son perfectamente válidas para fijar el concepto de contrato vinculados, estas resaltan la colaboración pactada entre proveedor de bienes o servicios y prestamista, Los preceptos referidos a la contratación vinculada se encuentran regulados en la legislación española en los artículos 24, 26.2 y 29 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo 16/2011 de 24 de junio.

### III. LA FIGURA MASIVA DEL CRÉDITO AL CONSUMO Y SU FUNCIÓN PARA EL CONSUMO

En la sociedad contemporánea, el crédito masificado facilita el consumo (Díaz Alabart, 1996), esto es, posibilita el acceso a bienes que no serían posible de obtener para un gran número de consumidores (Izquierdo-Rivero y Fernández López, 2005; Estrada Alonso, 1997). El consumo es imprescindible para el funcionamiento del mercado (Pasquau, 1990). Por lo tanto, se debe proteger al consumidor para mantener una economía sana y próspera, y esto también determina el grado de desarrollo económico y de bienestar social. Para lograr este desarrollo es necesario que colaboren todos los agentes sociales que intervienen en las políticas de consumo (Mendoza Losana, 2009). Jurídicamente, resulta necesario armonizar y equilibrar los intereses de todas las partes involucradas en los negocios que se realizan a través de estructuras presentadas como contratos

---

<sup>8</sup> Para Marín López (2014), la Directiva 2008/48/CE no define el concepto de contratos vinculados, sino describe hechos en el artículo 3 en la letra n), en donde entenderá por tal un contrato de crédito en el que el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. Define qué se considerará por una unidad comercial, esto es, cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que este sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito o cuando los bienes específicos vienen expresamente indicados en el contrato de crédito (p.1047).

interdependientes, evitando que los riesgos económicos del incumplimiento o insolvencia de una de las partes de los contratos recaigan sólo en los consumidores.

#### **IV. EL CASO DE LA COMPRAVENTA FINANCIADA CON UN CRÉDITO OTORGADO POR UN TERCERO**

El fenómeno de la interdependencia contractual explica la figura fáctica de la compraventa financiada con un crédito de consumo aportado por un tercero, lo que para el derecho español constituye un crédito al consumo o contratos vinculados propiamente tales.

Se trata de una relación sistémica de esquema triangular, de dos contratos y tres partes: un consumidor, un prestamista y un proveedor. El problema que presenta la compraventa con un crédito de consumo financiado por un tercero es que desde una perspectiva tradicional se consideran como dos contratos separados. Esta visión se fortalece en la situación de un contrato de compraventa de bienes o servicios con un crédito de consumo aportado por un tercero, como una adquisición con pago al contado (Baldo del Castaño, 1974; Bercovitz Rodríguez-Cano, 1977), porque la totalidad o parte del valor de lo adquirido se satisface con el crédito y el resto por el consumidor (Marín López, 2000).

Por lo anterior, la obligación que adquiere el consumidor es realizar pagos periódicos al prestamista en virtud del contrato de crédito de consumo. Mientras las partes cumplan con sus obligaciones, se trata de dos contratos que simplemente producen sus efectos sin dificultad aparente<sup>9</sup>: (a) El consumidor se relaciona con el proveedor para la adquisición de un bien o servicio; (b) el proveedor del bien o servicio colabora con el consumidor señalándole un prestamista, para que pague al contado, y luego el consumidor restituirá a la entidad prestadora las cuotas en los plazos estipulados, para lo que suscribe un contrato con la entidad prestadora; (c) el prestamista otorga el crédito de inmediato al consumidor para financiar la adquisición del bien o servicio determinado, generalmente pagará directamente al proveedor. Finalmente, el consumidor adquiere la obligación de restituir el crédito a plazos.

Nos enfrentamos con dos contratos que son parte de una única operación económica; el de compraventa de bienes o servicios, entre proveedor y consumidor, y el de crédito de consumo, entre el consumidor y el prestamista. El problema se observa cuando se frustra una de las obligaciones contractuales por el incumplimiento del proveedor, sea porque no entrega el bien o servicio o porque este presenta algún vicio. Pese a ello, el consumidor deberá pagar el crédito dentro de sus plazos, pues desde la perspectiva tradicional, los dos contratos son considerados como autónomos. Será de interés para el prestamista que se miren ambos contratos como desligados, para así gozar de una acción judicial contra el consumidor si no paga (Díaz Alabart, 1996).

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, desde la tradición del Código Civil chileno acerca de la compraventa (arts.1793-1896).

Ambos contratos son considerados autónomos y se les aplica las reglas legales separadamente, de acuerdo con la Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos, por lo que este desdoblamiento no le entrega ninguna ventaja al consumidor, por el contrario, le ocasiona perjuicios. Es así que de acuerdo con el efecto relativo de los contratos no se podrían comunicar las vicisitudes de un contrato al otro y las partes son responsables solo de las obligaciones emanadas desde sus respectivos contratos, lo que impediría comunicar las responsabilidades al otro contrato del sistema.

Si se analizan las consecuencias de lo recién expuesto, podemos constatar que en todas las alternativas de incumplimiento contractual del proveedor subyace la obligación del consumidor de seguir pagando las cuotas por el préstamo concedido (Ordás Alonso, 2013). En definitiva, ante el incumplimiento del proveedor, el consumidor solo puede demandarlo a él por su responsabilidad y no al prestamista, ni siquiera puede oponerle la excepción de pago de las cuotas pendientes por no cumplimiento de la obligación principal. Menos aún si el contrato de préstamo está garantizado con títulos de crédito que son endosados a un tercero (Chomer, 2015).

Por lo anterior, es posible que surjan varios supuestos:

(a) Si el consumidor se retrasa en los pagos, el prestamista podría reclamar el vencimiento anticipado de todas las cuotas pendientes de pago habiendo cláusula de aceleración;

(b) si el proveedor incumple su obligación de entrega o realiza una entrega de un bien o servicio defectuoso, el consumidor podría exigir o la resolución del contrato o el cumplimiento forzado de la obligación, más indemnización por daños o perjuicios. El consumidor no podrá utilizar la excepción del contrato no cumplido frente al prestamista y suspender los pagos, ya que el prestamista sí cumplió con su contrato. Por lo tanto, la resolución del contrato de compraventa no influye en absoluto en el contrato de crédito. El consumidor, por consiguiente, se verá obligado a todos los pagos pendientes del crédito (Marín López, 2000);

(c) Si el proveedor incumplió por quiebra o insolvencia, el consumidor deberá asumir la pérdida de todo el valor del bien o servicio, porque aunque resuelva el contrato de compraventa, el proveedor no podrá restituir cantidad alguna. El consumidor, de igual manera, deberá cumplir con todos los pagos pendientes del crédito. Si el proveedor no le entregó el bien o esta defectuoso, asume doble pérdida (Chomer, 2015).

Esta realidad produce una gran desventaja para el consumidor, porque se le priva de dos acciones al introducir al tercero prestamista, dado que la excepción del contrato no cumplido y la acción de resolución del contrato no podrán ser dirigidas contra el prestamista sino solo contra el proveedor incumplidor. Entonces, la construcción jurídica de la autonomía de los contratos de compraventa financiada con un crédito de consumo rompe la equidad (Weingarten, 2007). Además, pueden ser incluidas cláusulas como condiciones generales del contrato de crédito, que agudizarán más este desequilibrio de las prestaciones (López Sánchez, 1984).

Si se compara esta situación con la típica compraventa bilateral en que el mismo proveedor concede un crédito al comprador y da plazos para su pago, si por algún motivo el proveedor-prestamista incumple su obligación o cumple y la cosa o el servicio presenta vicios, el comprador podrá oponerle la excepción del contrato no cumplido y suspender los pagos a plazo con los intereses, y solicitar la resolución del contrato, con la devolución de lo pagado, más indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en el caso de la compraventa de bienes y servicios financiada con un crédito otorgado por un tercero, esto no sucede, aunque existe la misma finalidad económica, por tratarse de dos contratos que son vistos como dos negocios independientes. Entonces, el contrato de compraventa no afecta en nada al contrato de crédito de consumo, pues cada contrato obliga solamente a quienes han otorgado formalmente su consentimiento; es así que el proveedor es considerado un tercero en el contrato de préstamo de consumo y el prestamista lo es respecto de la compraventa (Marín López, 2000). La doctrina de autonomía jurídica de los contratos, en esta clase de casos no corresponde con la unidad económica de la operación realizada.

Hay que destacar la importancia que tiene el contrato de crédito (a favor de los consumidores) para el vendedor (López Sánchez, 1984). Ello lo conecta económicamente con el prestamista, y viceversa, rompiéndose la estructura clásica de un esquema bilateral por uno trilateral: proveedor-consumidor-prestamista, dada la colaboración que existe entre ambos (Weingarten, 2007).

Estos contratos interdependientes se presentan como beneficiosos para las tres partes involucradas, pero es el consumidor quien se ve con una menor protección dentro de esta operatoria jurídica-económica, cuyos efectos jurídicos desconoce (Marín López, 2009). No se le entrega a esta figura el reconocimiento de contrato interdependiente ni se amplían sus efectos en caso de incumplimiento del proveedor, porque son tratados como contratos independientes y autónomos. La aplicación de la normativa del derecho civil con la interpretación estricta del efecto relativo de los contratos coloca al consumidor en una posición desmejorada.

La regla de los efectos relativo de los contratos se ve limitada este tipo de contratación, pues un principio de racionalidad requiere dejar de considerar los contratos como independientes y autónomos y verlos como un sistema en relación a un solo negocio jurídico y económico concretado a través de más de dos contratos. Reconsiderar la vieja regla *res inter alios acta vel iudicata, alteri nec nocet* para generar una nueva respuesta jurídica a esta moderna clase de contratación no es tarea fácil, ni para la doctrina ni para la jurisprudencia.

Este principio está íntimamente vinculado a la autonomía de la voluntad, el cual entrega a las personas que desarrollan actividades económicas la libertad para realizar todos los negocios que deseen con los límites impuestos por el orden público o el derecho público, por lo que la moderna contratación interdependiente está plenamente acorde con la ley. Sin embargo, el principio de relatividad contractual implica que los contratos solo obligan a las partes contratantes y jamás se

perjudicará a terceros. Por otro lado, este principio está íntimamente relacionado con el principio *pacta sunt servanta*, los contratos están hechos para cumplirse.

## V. DIFICULTAD PARA IDENTIFICAR EL FENÓMENO DE LA INTERDEPENDENCIA CONTRACTUAL: LAS NOCIONES MÁS PRÓXIMAS

La agrupación de los contratos en los negocios es un fenómeno frecuente y no muy difícil de percibir en la realidad, sin embargo por su gran número existen dificultades teórico-prácticas que dificultan su clasificación. Se presentan muchas situaciones concretas de contratos interrelacionados y múltiples clasificaciones de los mismos. En efecto, esta amplia y heterogénea realidad de agrupamientos contractuales lleva aparejada un evidente obstáculo para formular una definición, considerar caracteres comunes, establecer categorías o clases y/o definir la extensión de sus efectos jurídicos (López Santa María, 1998)<sup>10</sup>. Los contratos conexos presentan una complejidad en el contenido contractual y con una atipicidad del negocio, cuyo objetivo es procurar atender de manera rápida y eficiente la satisfacción de una enorme cantidad de necesidades socioeconómicas (Cataño Berrío & Willis Betancur, 2016).

Por ello, son inevitable las discrepancias respecto a su denominación, y suele referirse a ellos como contratos conexos, coligados, unidos, interdependientes, entrelazados o atados.

Se usará preferentemente la denominación de contratos interdependientes para referirnos a la figura flexible y dúctil, que deja un amplio margen a la autonomía privada y, en consecuencia, posibilita ser objeto de diferentes interpretaciones doctrinales y judiciales. La cuestión plantea inevitables discrepancias, al señalar sus características definitorias y efectos e incluso para determinar una única denominación para identificarlos o fijar los parámetros para determinar si son efectivamente una agrupación o como clasificarlos.

La existencia de nociones vecinas unas con otras es la principal barrera que dificulta la identificación del fenómeno. No se trata solo de denominaciones distintas para un mismo supuesto, sino que supuestos distintos que requieren ser delimitados. El estudio empírico de los casos constata la heterogeneidad de los vínculos entre los contratos. Justificar diferentes planos de vinculación y uniones para determinar cuales consideraremos interdependientes requiere buscar los indicios decisivos para poder dar una respuesta al problema (Mosset y Lorenzetti, 2004b).

---

<sup>10</sup> López Santa María (1998) cita a López Frías en su libro *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, donde señala que las principales publicaciones sobre los contratos imbricados son: en Italia, Messineo; en Francia, Teyssie (1975). Mosset (1999, p. 161) menciona a los grandes y primeros expositores de los contratos conexos: los italianos Ninolo, Messineo, Gandolfi, Gasperoni, Benatti, Venditi, DiSabato, Dinni, Macioce, Giorgiani, Galgano, Marella, Ponzanelli, Schizzeroto, Fubini, Cirillo, Caputto Alpa y Bessone; los franceses, Teyssie, Gabet-Savatier, Viney.

## VI. MANIFESTACIONES CONCRETAS DE INTERDEPENDENCIA CONTRACTUAL

La interdependencia puede tener una fuente legal o convencional (la voluntad de las partes); esta última es la fuente principal de la interdependencia del grupo de contratos.

El tema de la interdependencia contractual es una realidad insoslayable, cuyos estudios se remontan a mediados del siglo pasado por la doctrina italiana y francesa. Estas doctrinas son los antecedentes que han contribuido a desarrollar la doctrina española.

Ahora, cada una de las figuras interdependientes tiene sus propias particularidades, lo que hace difícil organizarlas de una manera sistémica (Santos Britz, 1976). Sin embargo, se presentarán algunos supuestos de agrupaciones contractuales con el fin de lograr determinar su interdependencia, los elementos caracterizadores y sus efectos. El problema es complejo, porque hay multiplicidad de vínculos contractuales. Como adelantamos: algunos vinculados solo por la voluntad; otros solo por la funcionalidad o por su naturaleza; algunos ligan contratos de diferente o de igual jerarquía.

Las clasificaciones realizadas en España no son muy diferentes de las realizadas en Francia e Italia, pero el ejercicio de llevarlo a cabo es importante porque permite comprender e identificar mejor el fenómeno. Buscamos esa realidad común a la figura que se desea investigar, al tipo de casos que nos preocupa.

Se entiende que la unión de contratos se produce cuando las partes los celebran con algún vínculo temporal o funcional. Temporal como la simple concurrencia de contratos y funcional, distinguiendo: la unión alternativa de contratos y la unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral. Esto demuestra la dificultad del tema (Acquarone, 2016).

Corresponde analizar a continuación cada uno de ellos.

### (a) La falsa interdependencia contractual

Se produce en casos de simple concurrencia de contratos o unión meramente externa de contratos, al celebrarse contratos que son independientes entre sí, pero que se unen externamente en el acto de su celebración. No existe entre ellos dependencia ni subordinación, son celebrados de manera coetánea entre las mismas personas. Estos supuestos no son relevantes en esta investigación.

### (b) La verdadera interdependencia contractual

Tiene lugar con la unión alternativa de contratos, y se presenta en aquellos supuestos en los que la conclusión de uno o de otro de los contratos depende de que se cumpla o fracase cierta condición. La interdependencia encuentra su origen en la voluntad de las partes. Es lo que sucede con los contratos recíprocamente condicionados (en los que las mismas partes hacen estipulaciones bajo

condición suspensiva o resolutoria, de forma tal que la existencia de uno está condicionada a la existencia del otro contrato) o unilateralmente condicionados (en los que solo uno de los negocios es afectado por el otro). Es necesario que al menos una de las partes lo sea en ambos contratos. En consecuencia, la existencia de un contrato con una condición posibilita el cumplimiento de otro. Bajo la influencia de la condición, por lo general, los contratos no comparten la existencia. Pero si llegan a compartirla no habrá problema de identificarlos de manera unida, pues la condición debe ser expresa (Soler Pascual, 2006).

Una distinción dice relación con la unión de contratos con dependencia bilateral o unilateral. En la vinculación unilateral, un negocio predomina y el otro le está subordinado. Dentro del primer grupo de los contratos están los relacionados por su naturaleza, son necesarios funcionalmente con dependencia unilateral. Encontramos una amplia gama de supuestos: contratos con interdependencia natural como entre el contrato preparatorio y definitivo se trata de una pluralidad contractual. Sin embargo, el primero solo constituye una preparación para el segundo contrato. En el momento de celebrarse el definitivo el primero termina (promesa y compraventa) aquellos cuya interdependencia es accesoria o auxiliar (contrato de garantía respecto al principal). La influencia del contrato principal sobre el dependiente permite la pluralidad contractual, pero se pone de manifiesto una unión de dependencia unilateral desde el contrato dependiente hacia el principal. También hay que mencionar los llamados de interdependencia derivada o subordinada.<sup>11</sup> En este tipo de contratos la pluralidad de prestaciones por sí misma no tiene entidad suficiente como para romper la unidad contractual. La nota común de todos estos casos es que los negocios jurídicos para existir necesitan venir agrupados con otros, y de esta circunstancia surge el carácter necesario del ligamen entre los contratos del grupo. La unión funcional de continuidad o secuencial hace referencia a aquellos contratos que por continuidad concurren sobre el mismo plano hacia un mismo resultado. Están situados a modo de eslabones de una cadena de contratos.

En la unión bilateral, los dos negocios son totalmente interdependientes, lo que determina que si el primer contrato queda sin efecto, esta circunstancia influya también al segundo contrato, dejándolo sin efecto. En estos casos existe una única base del negocio, es decir se trata de dos contratos completos y de igual jerarquía, unidos externamente y que son queridos por las partes como un todo único (Soler Pascual, 2006; Alterini, 1998).

Ahora, los contratos mixtos o complejos no son contratos interdependientes. Son definidos como aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados

---

<sup>11</sup> Para Figueroa (2011), la interdependencia derivada o subordinada es “una especie de contrato mediante el cual una de las partes ha manifestado su voluntad de ceder parte de los derechos u obligaciones contraídos a un tercero, para que este los goce o los cumpla” (p.199).



y en parte nuevos, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí (Pasquau, 1986; Jordano, 1951). Constituye una modalidad de contrato bilateral con multiplicidad de prestaciones (López Frías, 1994; Bernad, 2010).<sup>12</sup>

La interdependencia contractual que nos interesa se refiere al grupo de contratos unidos funcionalmente. No nos interesa: la simple unión de contratos voluntaria sin dependencia; la dependencia unilateral; la interdependencia de un contrato preparatorio de otro o de uno subordinado a otro, o establecido en un mismo instrumento; los contratos que dependen de una condición.<sup>13</sup>

Por consiguiente, se puede advertir que la interdependencia de los contratos es diversa, pero solo algunos supuestos tendrán relevancia en esta investigación y será aquella unión de contratos con dependencia bilateral. Se trata de un solo negocio con contratos en dependencia mutua funcional, que puede ser deseada o incluso acordada voluntariamente, o no expuesta expresamente. Puede tratarse de contratos coetánea o sucesivamente celebrados, pero unidos por un ligamen permanente, que implica que podrán cumplirse individualmente, pero dependen entre sí, lo que puede derivar en particulares consecuencias jurídicas.

Jordano (1951) explica que la interdependencia contractual tiene lugar cuando una o ambas partes asumen varias prestaciones distintas generalmente pertenecientes a distintas figuras contractuales, la unidad se mantiene si todas aquellas pueden situarse en los límites de una misma causa contractual. Es decir, mientras las prestaciones tengan un único fin se mantendrá la unidad contractual.

Pues bien, en los contratos interdependientes se identifica una multiplicidad de contratos típicos o atípicos jurídicamente autónomos, unidos por un ligamen. Este ligamen los hace depender el uno del otro, por tener una finalidad común. Un tema en discusión es la justificación jurídica del ligamen que une los contratos interdependientes. El vínculo se puede fundamentar en la voluntad

---

<sup>12</sup> López Frías (1994) diferencia la vinculación contractual con figuras como la cesión de créditos o la asunción de deudas, que no plantean problema alguno, porque “en éstos últimos, uno de los convenios celebrados tiene como finalidad establecer la modificación subjetiva de la relación obligatoria, permitiendo que un tercero reclame su cumplimiento o realice la prestación, pero la relación directa que se produce entre el tercero y el acreedor o deudor no es debida a la conexión funcional, sino a la voluntad de las partes. En términos muy similares otros autores sostienen que tanto en la cesión de créditos como en la asunción de deudas se cambia la titularidad de créditos o de deudas, al tener uno de los convenios celebrados por finalidad el cambio de acreedor o deudor, en la relación jurídica original, pero sin que exista una conexión funcional entre ambos contratos, y ni siquiera se requiera la existencia de dos convenios distintos, requisito este último básico de la vinculación contractual, donde es preciso la existencia de dos acuerdos distintos (p. 287).

<sup>13</sup> El artículo 29.1 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo 16/2011 de 24 de Junio dispone: “Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo”.

de las partes, en la naturaleza o funcionalidad de los contratos, en la operación económica común, en la causa etc., aunque cada uno de ellos –con aspectos diferentes– tienen por objetivo justificar jurídicamente que los efectos nuevos y distintos de los contratos se propaguen al grupo.

Hemos excluido los contratos no vinculados funcionalmente. Nos interesa el caso de contratos independientes conectados funcionalmente por un negocio global, en que cada contrato es por sí mismo de igual jerarquía horizontal pero unidos, lo que provoca efectos nuevos distintos al del efecto relativo del contrato.

## VII. PRESUPUESTOS BÁSICOS RELEVANTES PARA IDENTIFICAR LA FIGURA DE LA INTERDEPENDENCIA CONTRACTUAL

Es necesario establecer los requisitos básicos del fenómeno de interdependencia contractual, con el fin de facilitar su reconocimiento. No es una tarea fácil, pero es imprescindible para lograr que trasciendan los efectos de la individualidad de los contratos a los demás que integran el grupo.

Para Acquarone (2016), los principales presupuestos son cinco: (a) la pluralidad de contratos (a lo menos deben realizarse dos contratos); (b) la autonomía de estos contratos (ya que pueden desplegar sus efectos de manera independiente); (c) la vinculación que existe entre ellos (porque están ligados existiendo cierta dependencia entre sí, debido a que fueron celebrados con la finalidad de realizar una operación económica global); (d) la finalidad económica común (que es el negocio que se pretende realizar, esto es la operación supracontractual que solo se logra con la interacción con cada uno de estos instrumentos y es el resultado económico que motiva a las partes a participar del negocio); y (e) el esquema previo de origen contractual o legal (que representa la colaboración de las empresas en este negocio único, coordinación previa, organizada o espontánea).<sup>14</sup>

Revisadas múltiples definiciones y conforme a los antecedentes históricos de la institución, los principales presupuestos son esencialmente la pluralidad contractual y el ligamen o finalidad económica global común jurídicamente relevante (Carrasco González, 1992).<sup>15</sup> Estos elementos constituyen un mínimo (Jordano, 1951)<sup>16</sup> necesario para determinar sus alcances y son los que recogió también el derecho argentino para regular la interdependencia contractual.

---

<sup>14</sup> Acquarone (2016) destaca que el ligamen o la “finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio”, para otros autores, sin embargo, puede encontrarse en la condición resolutoria, en la indivisibilidad o en la autonomía de la voluntad (p.14).

<sup>15</sup> Carrasco González (1992) analiza los contratos grupos realizados por las empresas y señala que son “operaciones complejas...estos contratos pueden dividirse en subpartes y se pueden cumplir separadamente en grupos. No obstante, todos ellos tienen un vínculo jurídico porque constituyen una operación económica compleja...los contratos agrupados pueden ser dependientes o independientes entre sí, dentro de este grupo” (p.147).

<sup>16</sup> Jordano (1951) afirma que “el concurso de varios negocios se ofrece como extrema ratio, pues lo normal será la

## Pluralidad de contratos

La operación jurídica económica se concreta en un único negocio que tiene lugar a través de una agrupación de contratos, de dos o más contratos. Esta operación, que se formaliza con una pluralidad de contratos, implica una previa concertación entre las empresas que concluyen el negocio único. La coordinación de las empresas jurídicamente independientes tiene por finalidad lograr ganancias. La coordinación presenta características de unidad y pluralidad: “es única, porque unitaria es la política económica y el objetivo que preside la actividad de las sociedades singulares, y es plural, porque desde el punto de vista técnico jurídico existe una diversidad de personas jurídicas” (Weingarten, 2007, p.148).

En consecuencia, los contratos celebrados con el consumidor convergen a la realización de un solo negocio común. El fin económico de las empresas es el antecedente de la relación contractual que se instrumentaliza a través de un sistema integrado de varios contratos, pero que en realidad constituyen una única relación jurídica, aunque aparezcan como contratos independientes.

La razón de ser de este requisito es que se plasmen en cada contrato prestaciones diversas independientes y autónomas. Cada uno de estos contratos tiene los requisitos necesarios para existir: consentimiento, objeto y causa. Estos contratos podrían desplegar sus efectos de manera individual, pero existe un grado de dependencia, de suerte que cada uno tiene sentido si existe en relación al otro, y al estar ligados entre sí pierden en parte su independencia.

Las empresas, a través de esta operatoria, desean alcanzar un determinado fin económico que no revela expresamente su dependencia, pero esto no importa en la medida que los contratos se cumplan. Ahora bien, si algunas de las obligaciones de un contrato del grupo no se cumplen, se produce un problema para el consumidor. En caso de conflicto, la interpretación en estos contratos es crucial para desentrañar la intención de las partes. Será labor del juez analizar e integrar los actos coetáneos y posteriores a la celebración de los contratos y, en especial, el contexto en el que se enmarca el negocio. En definitiva, se debe buscar la finalidad de la operación global para atribuirles los efectos que correspondan por ser parte de un mismo fin económico o negocio.

Por lo general, la pluralidad contractual se configura ya desde la celebración de los contratos, y otras veces de manera posterior, aunque es indiferente si son realizados en diferentes momentos, siendo lo determinante que los contratos coexistan al momento de su ejecución (Álvarez Martínez, 2009). Conforme a lo anterior, las relaciones temporales entre los negocios, bien por secuencia, bien por coexistencia, son calificados como contratos interdependientes, en la medida que inciden

---

unidad de las relaciones establecidas inter partes, resulta difícilísimo sentar un seguro criterio distintivo entre la unidad y pluralidad de negocios, válido para todos los casos de la realidad” (p. 332).

en la existencia de los demás. Esto porque no toda pluralidad de contratos es relevante para determinar su interdependencia. Solo lo será cuando su concurrencia real plantee la necesidad de una específica respuesta jurídica en el otro contrato. Esto es, cuando los contratos interdependientes participan de una única operación económica jurídica que repercute también en la ejecución, provocando la extensión de los efectos al grupo de contratos.

## **El ligamen o conexión jurídica que une a los contratos**

El vínculo del negocio común va más allá que un contrato, siendo estos los instrumentos para la realización de aquel, porque solo se puede alcanzar la finalidad deseada por la cooperación de los empresarios con una pluralidad de contratos en función del *negocio global supracontractual*.

Es determinante el ligamen que une a los contratos en una operación global, la causa del negocio vincula a los sujetos que son partes de distintos contratos, y esta es la consecuencia de que las vicisitudes de un contrato afecten al grupo de contratos y que las responsabilidades se compartan por todas las partes que forman los contratos, sin ser considerados terceros.

Este ligamen une a los contratos interdependientes y los mantiene unidos, conservando su individualidad, por lo que dejan de ser contratos que marchan paralelos sin influirse uno con otro. Se rompe el diseño propio de la contratación del derecho civil de asignación y limitaciones de responsabilidad, porque conforman un sistema de un único negocio, en que las partes que participan no pueden ser considerados terceros (dI Chiazza, 2009).<sup>17</sup>

Esta es la finalidad de la operación económica común que las partes desean alcanzar. Por ello, los contratos de un grupo pierden parte de su autonomía, porque se necesitan (y entienden) grupalmente para lograr la operación económica y, por tanto, separados pierden su razón de ser (Lorenzetti, 1998).<sup>18</sup> El fin económico del negocio se instrumenta en varios contratos, pero en la realidad constituyen solo una única relación jurídica.

El ligamen es la razón por la cual un contrato puede incidir en el otro contrato interdependiente. Así, la rescisión de un contrato interdependiente puede provocar la de los otros del grupo, que perderían su causa.

---

<sup>17</sup> Di Chiazza (2009, p.11) comenta la sentencia argentina que produjo un cambio en la forma de resolver los contratos interdependientes “Vázquez, Amadeo con Fiat Auto Argentina S.A”. CNCom, Sala A,13.05.09, La Let on line.

<sup>18</sup> Lorenzetti (1998) manifiesta que Messineo afirma que los contratos individuales pierden algo de su autonomía a consecuencia del nexo, de algún modo comprometen su individualidad entre sí. Este autor piensa que en los grupos de contratos, a la vida comunitaria es el centro de gravedad, desde él hay que comprender su existencia y funcionamiento (pp. 214-215).

Para Lorenzetti, la causa es la conexión entre los contratos se sitúa en el plano del negocio y contribuye a darle funcionalidad al sistema. No se situaría en el plano del contrato, puesto que se orienta a la causa del ligamen, ni se sitúa en los elementos esenciales al contrato. Lo importante sería que la conexión entre los contratos establece obligaciones concretas entre los integrantes del grupo. Considera que este nexo entre los contratos se manifiesta en un interés de colaboración a través de un negocio en el que la causa es la que vincula a todos los sujetos que son partes de los diferentes contratos (Lorenzetti, 1998).

La causa, como fundamento del vínculo entre los contratos, ayuda a comprender mejor los contratos interdependientes, impidiendo que ellos sean considerados individualmente, sino como un solo negocio. La causa aquí es unitaria, compleja y autónoma. La causa existe en cada uno de los contratos del grupo y también existe una causa fin. Una *supracausa* o causa sistémica que constituye el fin que tiene el negocio y que trasciende a las causas particulares de cada contrato. Esta permite ligar los contratos, sin que a su vez pierdan individualidad, y constituye el fin unitario del negocio.

La causa sistémica es objetiva, fundamenta una responsabilidad objetiva por el daño causado en caso de incumplimiento de una de las partes a todos los partícipes o integrantes del grupo de contratos. Es la que justifica el equilibrio y la reciprocidad del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos (Lorenzetti, 1998). La responsabilidad incluye el deber de seguridad de todo contrato, por ser parte del mismo, todos los intervinientes tienen un deber de colaboración, estos son los deberes secundarios encaminados a lograr el fin del negocio único.

Justificar el ligamen que une a los contratos en la voluntad de las partes es un punto de partida para fundamentar la interdependencia contractual, pero también se puede encontrar en la causa una justificación más objetiva, pero no exenta de dificultades. La causa es uno de los elementos esenciales del contrato tanto para su existencia como para su validez. Entendemos aquí por causa como el fin objetivo, inmediato e invariable de los negocios jurídicos o del contrato. La causa de la obligación no sería apropiada para definir aquella cuestión, porque al estar relacionada con cada parte contratante serían varias causas. La causa vinculada a un negocio concreto es sumamente útil para explicar la conexión entre los contratos y para lograr una adecuada interpretación de los contratos interdependientes<sup>19</sup>. Sin ninguna duda debe evaluarse la causa como el fin objetivo del negocio, reconocer la finalidad global tiene una notable incidencia sobre la recíproca repercusión en la comunicación de los efectos (Álvarez Martínez, 2009). De acuerdo con lo que manifiesta Betti (1969) respecto de las obligaciones, se puede justificar el ligamen en razón de la voluntad, la base

---

<sup>19</sup> Jordano (1951), De Castro y Bravo (2016) y López Frías (1994). En este sentido apunta De Castro y Bravo (2016) que un concepto de causa es a lo que sirve y para lo que se le ha venido utilizando en la realidad social en este tipo de negocios (p.164). Para López Frías (1994) puede ser la causa la principal referencia para justificar jurídicamente el ligamen entre los contratos interdependientes (p.281).

del negocio, la causa como elemento más objetivo, pero principalmente en razón de los principios jurídicos que tutelan la reciprocidad de los contratos, cual es, la equidad de la cooperación entre las obligaciones contractuales.<sup>20</sup>

El ligamen jurídicamente relevante que une al grupo de contratos y sus efectos (a pesar de la autonomía aparente que subsiste entre ellos) debe estar presente tanto al momento previo a prestarse el consentimiento en los contratos como durante todo el desarrollo y ejecución de los contratos hasta su extinción. Se requiere su presencia de manera permanente. Solo así producirá efectos jurídicamente relevantes en los otros contratos del grupo. En consecuencia, las partes podrán reclamar los efectos extendidos entre los contratos en cualquier momento que se incumpla con un contrato de esta agrupación. Esto implicará que gracias al ligamen, se producirán efectos nuevos y distintos de aquellos que individualmente pudieran producir.

### **VIII. EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN CASO DEL INCUMPLIMIENTO DE UNO DE LOS CONTRATOS INTERDEPENDIENTES**

El fenómeno de interdependencia contractual y su unidad económica y jurídica en un solo negocio requiere ser reconocida. No desconocer el fenómeno y el adecuado despliegue de sus efectos es esencial para llegar a resultados justos.

Entre los contratos interdependientes se observa una dependencia funcional, lo que hace derivar particulares consecuencias jurídicas. Reconocer el ligamen que viene dado por el fin económico global acordado por la cooperación entre las empresas profesionales en dichos negocios, permite expandir los efectos hacia los restantes contratos del grupo y a sus partes contratantes.

Dado que se trata de empresas profesionales en el negocio global que realizan, asumen una obligación mayor del resultado de la operación frente al consumidor, consistente en la entrega de un bien o servicio, que es la razón por la cual el consumidor participó del negocio. Existe un deber ético y práctico de alcanzar el resultado esperado por el consumidor, siendo responsable por su cumplimiento deficiente (Di Chiazza, 2009).

Advertimos que los principales efectos de los contratos interdependientes son: (a) la propagación de las vicisitudes compartidas de un contrato en los otros contratos del grupo, de tal suerte que si

---

<sup>20</sup> Betti (1969) señala que los contratos no pueden ser excesivamente onerosos solo para una de las partes. En este sentido, ante la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por una parte, produce como consecuencias jurídicas que la otra parte se libera de sus obligaciones. De otra manera se produciría un daño la razón no esta en la voluntad, ni en la base del negocio ni en la causa, para él, la razón es la reciprocidad, en la equidad de la cooperación de las partes del contrato. Porque la ley tutela la paridad en el desarrollo de las relaciones de obligatoriedad (pp. 208-221). (favor, revisar lo resaltado. No está claro.)

un contrato se torna ineficaz, los demás perderán su razón de ser y se resolverán; (b) la ampliación de las responsabilidades en manos comunes dentro de grupo contractual, donde se verán a todos los integrantes del grupo como partes y no como terceros; (c) la interpretación en conjunto de los contratos interdependientes; (d) las obligaciones secundarias de todos los miembros que participen de los contratos o la obligación de seguridad que impone la apariencia y que da confianza.

Para López Frías (1994), los efectos son más intensos si resulta de la naturaleza de los contratos o de su propia estructura, y es menor si es una consecuencia del querer de las partes en el contexto de una operación económica. Por ello, justificar el ligamen en la causa puede ser un argumento que esté impregnado de mayor fundamento jurídico.

Uno de los problemas que presenta los contratos interdependientes es el de justificar la expansión de sus efectos de un contrato a otros del grupo frente al efecto relativo de los contratos. La causa puede dar la justificación jurídica necesaria para comprender que no se infringe el principio de efectos relativos de los contratos (Mosset y Lorenzetti, 2004b).<sup>21</sup>

Los contratos interdependientes son una nueva categoría de contratos cuya justificación jurídica se puede encontrar en la causa global del negocio, pues es necesario visualizar a los contratos como instrumentos de un único negocio, y este (negocio) tiene una finalidad única, lo que provoca la expansión de sus efectos a todos los contratos que conforman el negocio.

Aunque pueden ser tratados como supuestos de excepción al efecto relativo de los contratos, es evidente que es necesaria una relectura y dejar de entender que los contratos son solo entidades autónomas y aisladas. Existe una realidad que impacta a la teoría general del contrato, y los cambios sociales y económicos los han transformado en masivos. No es posible desconocer los contratos interdependientes y no atribuirles efectos adecuados. Es necesario permitir la expansión de sus efectos en razón de la justicia y reciprocidad, en tanto no parece pertinente predicar la absoluta autonomía. Asimismo, debe tenerse presente que el legislador ha permitido la expansión de los efectos de los contratos en algunas figuras interdependientes reguladas.

### **La propagación de las vicisitudes o ineficacias de un contrato conexo a otro o sanción ambulatoria**

Este efecto dice relación con que el fracaso de uno de los dos contratos interdependientes hace fracasar la operación económica global perseguida (López Frías, 1994). Esta figura permitiría, bajo

---

<sup>21</sup> Según Mosset y Lorenzetti (2004b), la dogmática iusprivatista enseña que el principal efecto del contrato es crear entre las partes derechos subjetivos. Es interesante constatar que la teoría analítica del derecho ha tratado de explicar la extensión de los efectos entre los contratos interdependientes recurriendo a la noción de los derechos subjetivos (p. 291).

ciertas condiciones, que la nulidad o resolución de uno de los contratos del conjunto signifique una repercusión en la eficacia de los otros contratos del grupo. Mosset (1997) afirma que la razón por la cual la frustración de un contrato afecta al otro o hace a todas las partes de ambos contratos responsables del negocio común es que los contratos participan de una misma operación jurídica o de una misma causa.<sup>22</sup> Lo anterior, porque todos los contratos que pertenecen al grupo contractual son parte de un todo, debido a que entre ellos existe un ligamen.

Ahora, el grupo de contratos debe de ser considerado distinto de cada uno de los contratos que lo componen. Si bien conforman en conjunto un solo negocio, desde la perspectiva jurídica se manifiesta en más de un contrato.

Tobías y De Lorenzo (1996) sostienen que la existencia de la pluralidad de negocios vinculados jurídicamente lleva a entender que casi siempre la finalidad última solo podrá lograrse si todos los negocios ligados resultan válidos. Por lo anterior, producto de este nexo entre ellos, resulta adecuado afirmar que el negocio válido solo puede producir sus efectos propios si el otro contrato es también válido, en caso contrario no producirá sus efectos normales por una causa que le es extrínseca. En suma, la existencia del nexo determina que la invalidez de uno de los negocios acarree la ineficacia del restante negocio válido.

López Frías (1994) estima que si uno de los contratos celebrados deviene en ineficaz o no llega a perfeccionarse, el otro contrato puede ser declarado nulo por falta de causa. Por lo anterior, los efectos de ambos contratos se producirán conforme a lo que da cuenta lo acordado (si cae uno, caen los demás).<sup>23</sup>

Weingarten (2007), situándose en un escenario propio de la disciplina del consumo, plantea que si por cualquier razón se ve afectada la pluralidad, por incumplimiento total del proveedor o porque entrega un bien o servicio defectuoso, es imposible cumplir con la causa global o común, y por consecuencia, esto afectará a todos los contratos vinculados.

Conforme a la doctrina italiana, las vicisitudes que puedan producirse en un contrato justifican su transmisión al resto de los contratos del negocio porque provoca la desaparición del fundamento del negocio e imposibilita la realización de la función compleja. Se acepta que se propague la misma incidencia de un contrato en otro, sea la nulidad, la anulabilidad, la resolución y otras. Sin embargo, esta posición no es unánime. Así es como si un contrato es ineficaz el otro puede ser válido, pero puede resolverse si existe interdependencia tal que no puede subsistir sin el otro contrato. Por lo anterior, se debe revisar el ligamen que une a los contratos y considerar las condiciones especiales del caso específico (Álvarez Moreno, 2000).<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Álvarez Moreno (2000) cita a Colombo: "Aunque la recíproca reversión de los efectos jurídicos puede en general



La doctrina francesa en supuestos de interdependencia de los contratos, admite la repercusión de la nulidad de un contrato en el otro del grupo, y esto se aprecia también en la jurisprudencia -sentencias de la Cour de Cassation, sala comercial, de 17 diciembre de 1985 y de la Cour d'Appel de Paris, 5ª sala de C, de 28 de febrero de 1985- (López Frías, 1994, p. 293.). En otras sentencias se afirma que la declaración de resolución del contrato de compraventa repercute en los otros del grupo produciendo la nulidad o la resolución según los casos, bajo la justificación de que son parte de un grupo contractual el torno a un negocio común.<sup>25</sup>

Es evidente que extender las vicisitudes contractuales encuentra su razón en la causa del negocio, porque si se afecta la finalidad perseguida por las partes se frustra el objetivo económico perseguido.

### **Extensión de la responsabilidad contractual o acción directa**

La asignación de responsabilidades en la contratación interdependiente cambia a las partes que lo conforman, pues no son terceros las partes de los contratos interdependientes. El ligamen que une los contratos del grupo permite explicar las relaciones contractuales entre las partes del grupo. Este efecto implica que aquellas partes que participan de un grupo de contratos interdependientes tienen deberes secundarios de conducta de sostener el sistema, siendo la causa sistemática el elemento determinante (Lorenzetti, 1998). Existe una obligación mayor de dar seguridad de cumplir con sus obligaciones y deberes, porque es un imperativo en todo tipo de contratación, y mayor aún cuando existe esta coordinación en un negocio, se debe cumplir con la apariencia y confianza dada al consumidor.

Las partes se distinguen en cada uno de los contratos por separado, pero no en interacción con los demás miembros del grupo de contratos. En relación con la responsabilidad de las partes de la agrupación de los contratos, aparentemente se rompe con el paradigma del contrato aislado y unitario, y el supuesto tercero pasa a ser considerado parte o miembro del grupo contractual. Es asimilado al concepto de parte contratante, lo que hace desaparecer la noción de terceros. Si se analiza desde esta perspectiva, este efecto de los contratos vinculados no iría contra el efecto relativo e los contratos (Teyssié, 1975).

Reforzando lo dicho, para la doctrina francesa, las partes de los contratos que constituyen el conjunto de contratos económica y jurídicamente interdependientes no son terceros (López Frías,

---

postularse en materia de collegamento, subraya este autor, que la determinación de cada una de estas consecuencias prácticas, requiere una valoración en concreto de cada caso" (p. 327).

<sup>25</sup> Sentencias de la Cour de Cassation (primera Sala Civil) de 3 de marzo de 1982 (Ggaz. Pal., 1983, I, p. 71) y de 11 de diciembre de 1985 (Rev. Trim. Dr. Com., 1978, p. 251); sentencias de la Sala Comercial de 4 de marzo de 1980 (Dalloz, 1980, I.R., p. 565), 17 de enero de 1984 (Gáz, Pal., 1984.2, Panorama, p. 172); y 6 de marzo de 1984 (Gáz. Pal., 1984.2, Panorama, p. 254).

1994). Las partes integrantes del grupo de contratos son responsables con respecto de cada contrato y también respecto del fin único querido y perseguido por la contratación interdependiente.

La responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. Se discute cuál es la responsabilidad que emerge de la interdependencia contractual. Si es visto como un solo negocio global, analizado desde un ángulo de la responsabilidad civil, se tratará de responsabilidad contractual del directamente obligado que incumplió con su obligación y extracontractual del indirectamente responsable (la entidad crediticia), por considerar que el primero es parte de la obligación incumplida y el segundo es un tercero de la obligación cumplida. Se relaciona con tres asuntos jurídicos adicionales: con a quien se exige la obligación; la prescripción de la acción; la prueba.

### **Los contratos interdependientes deben ser interpretados de manera conjunta**

Esto no presenta mayor controversia en la doctrina. Los contratos interdependientes deben ser interpretados de manera conjunta, por haber sido celebrados en cumplimiento de una operación global. De otra manera, una interpretación aislada podría conducir a consecuencias opuestas a la economía del negocio y a la intención de las partes (Weingarten, 2007).

Se debe aplicar el criterio sistémico entre las cláusulas de un contrato y respecto de todos los contratos celebrados entre las partes considerando que tienen una única finalidad económica.

La interpretación que proceda debe hacerse con prudencia, para evitar construir figuras de límites imprecisos desligada de los casos concretos. Por ello, se debe analizar el ligamen que une a los contratos del grupo, su justificación jurídica y relevancia, sea que se considere el contrato como una categoría o como una técnica jurídica contractual escogida por las partes para alcanzar una finalidad económica.

No es tarea fácil determinar los alcances de los efectos, pero tampoco lo es determinar el ligamen entre ellos (Weingarten, 2007), por el hecho de haber sido celebrados en cumplimiento de una operación global. Lo relevante es atribuirle el sentido apropiado en relación al conjunto de acuerdo con su función y resultado económico general. Deben ser apreciados de manera general y contextualizarlos para develar la verdad objetiva (Chomer, 2015).

### **Existencia de obligaciones principales y secundarias en los contratos interdependientes**

La interdependencia se produce cuando más de dos contratos se encuentran ligados por un interés económico común dirigido a realizar un negocio, opera a la manera de causa fin. Entre las partes integrantes de este sistema existe un deber implícito o explícito de cooperar con los efectos de la

consecución del resultado querido. Por lo anterior, se generan efectos que no se producirían si se tratara solo de cada acuerdo en forma individual, por que esto deberes no son los propios de cada contrato sino son otros nuevos que dicen relación con la conjunción de contratos encaminados a un negocio común.

Los contratos interdependientes producen deberes entre los participantes de cada uno de los contratos que son obligaciones internas y también con respecto de los terceros como obligaciones externas, que son los miembros de los otros contratos del grupo. Los deberes secundarios de conducta son todos estos deberes que cada una de las partes tienen y que están dirigidos a contribuir con el sostenimiento del sistema. Por lo indicado, los incumplimientos de las obligaciones no se agotan en sus efectos bilaterales, sino que pueden repercutir en el sistema (Venini, 2007). Este sistema conforma una relación cerrada hacia adentro, donde la colaboración grupal determina las actuaciones de los partícipes del grupo al resultado de la operación.

### **La seguridad en el cumplimiento de las obligaciones**

La existencia del ligamen entre los contratos que la causa *supracontractual* provoca, implica la trascendencia de las obligaciones. Evidencia un interés colectivo, interés que sobrepasa lo individual y alcanza el sistema, por lo cual se deben subordinar sus intereses individuales al interés del grupo. De ahí que hay un mayor deber de cumplir con sus obligaciones, porque de ello depende el sistema y su mantención.

El compromiso para que funcione el sistema es algo real, constituye la seguridad en beneficio del correcto funcionamiento del sistema. En la medida que todos cumplan con sus obligaciones se previenen los daños. Por ello, todas las partes que integran este único negocio deben controlar y obligar a los demás a desarrollar lo acordado o a reparar el daño si lo causaron.

Los consumidores depositan la confianza en el negocio en que participan y creen en esta apariencia de un único negocio. Las empresas venden una imagen y los consumidores se ven influidos por la publicidad y confían legítimamente que se cumplirá con lo acordado. Los consumidores no alcanzan a comprender las reglas y el funcionamiento interno del sistema, sistema creado en beneficio de los empresarios profesionales, por ello no pueden desentenderse de sus efectos.

Así, participan en el negocio porque suponen, con base en la apariencia de las empresas, que son confiables, y esto es determinante en la elección que realizan, ignoran la complejidad del negocio y las consecuencias que se producen si el proveedor no cumple con sus obligaciones. La confianza

implica buena fe, y sobre ella ha participado el consumidor, por lo que ello es considerado relevante para ampararlo y protegerle (Di Chiazza, 2009).<sup>26</sup>

## CONCLUSIONES

La agrupación de los contratos en los negocios es un fenómeno frecuente y no muy difícil de percibir en la realidad, sin embargo, existen complejidades teórico-prácticas que problematizan la determinación de su fisonomía y su estructura dogmática. En efecto, existe una amplia y heterogénea realidad de agrupamientos contractuales, lo que apareja un evidente obstáculo para formular una definición, considerar caracteres comunes, establecer categorías o clases y/o definir la extensión de sus efectos jurídicos.

No existe en todos los países una regulación de la figura de interdependencia contractual general ni respecto de la específica figura del tipo de casos que nos ocupa, que trate en su morfología y sus patologías. Si embargo, existe cierto consenso en los sistemas jurídicos de los países mencionados, dado su mayor desarrollo dogmático. Así, en el derecho español y argentino existe importante doctrina y jurisprudencia, y legislación, que se constituye como una buena guía a seguir en el ámbito iberoamericano.

Se trataría de una figura, en definitiva, que debe ser analizada no solo desde el derecho civil clásico, sino también desde el derecho del consumo y de desde una mirada más moderna del derecho privado, considerando la realidad de contratación masiva en las sociedades actuales.

Es preciso hacer un esfuerzo dogmático para reconocer esta figura fáctica del contrato interdependiente en el ámbito del consumo, y distinguir los efectos que son posibles de aplicar que permitirán tratar a las figuras con interdependencia contractual como un negocio único global y no como dos contratos autónomos que avanzan por separado, sino reconocer cuando están unidos en un sistema o negocio de consumo buscando efectuar una adecuada atribución de responsabilidad y distribución de los riesgos entre las partes intervinientes en este negocio, dado que existe una coordinación de la partes para realizar un único negocio.

## REFERENCIAS

Acquarone, M.T. (2016). La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial: su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios. *Revista del Notariado* N°924. Alterini, A. (1998). *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general*, Edit. Abeledo-Perrot.

---

<sup>26</sup> Di Chiazza (2009). Sentencia esencial del derecho argentino en materia de interdependencia contractual y sus efectos "Vázquez con Fiat" (p. 11).

- Álvarez Martínez, G. (2014). Obligaciones y Contratos, nuevamente sobre los grupos de contratos en el crédito al consumo: aportaciones de la jurisprudencia desde la perspectiva de la Ley 16/2011, de 24 de junio al crédito al consumo. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 753.
- Álvarez Martínez, G. (2009). *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*. Las Rozas.
- Álvarez Moreno, M.T. (2000). *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Edersa.
- Bacache-Gibeili, Mi. (1996). La relativité des conventions et les groupes de contrats. LGDJ.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1977). *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*. Montecorvo.
- Bernad, R. (2010). A propósito de una pretendida Teoría General de los contratos conexos. *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 720.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. José Luis de los Mozos (traducción). Revista de Derecho Privado.
- Carrasco González, J. (1992). *El contrato internacional*. Civitas.
- De Castro y Bravo, F. (2016). *El negocio jurídico*. Aranzadi.
- Cataño Berrío, S. y Willis Betancur, L.M. (2016). La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia. *Universitas*, 65(132), 59-88.
- Chomer, H. (2015). Los contratos conexos en el nuevo Código Civil y Código de Comercio de la Nación. Derecho Comercial de las Obligaciones. *Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, 272.
- Díaz Alabart, S. (1996). Financiamiento del consumo y contratos unidos en la Ley de crédito de consumo. Madrid. En *Anuario de Derecho Civil*. Núm. 20.
- Di Chiazza, I. (2009). Concesión Comercial y Contratos Mixtos, Análisis de la responsabilidad del concedente. Jurisprudencia. La Ley. T. 2009-F.
- Estrada Alonso, E. (1997). El crédito civil al consumo en la Ley 7/1995 de 23 de marzo. Madrid. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 22.
- Figueroa, G. (2011). Los Contratos relacionados. En *Curso de Derecho Civil III*. Editorial Jurídica de Chile.
- Izquierdo-Rivero, G. y Fernández, M. J. (2005). Los límites a la regulación del crédito al consumo. Madrid. En *Revista del Instituto de Estudios Económicos. El crédito al consumo*. nºs 1 y 2. Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Jordano, J. B. (1951). Contratos mixtos y unión de contratos: Comentario a la STS de 27 de febrero de 1950. Madrid. En *Anuario de Derecho Civil*.
- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Bosh Editor.
- López Sánchez, M.A. (1984). Crédito y protección de los consumidores. *Boletín del Círculo de Empresarios*, 26.

- López Santa María, J. (1998). Las cadenas de contratos o contratos coligados. *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, XIX.
- Lorenzetti, R. (1998). Redes contractuales: contratos conexos y responsabilidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 17. Marín López, M. J. (2000). *La compraventa financiada de bienes de consumo*. Aranzadi.
- Marín López, M. J. (2009). Crédito *al consumo y contratos vinculados*. Aranzadi. Centro de Estudios del Consumo U. Castilla La Mancha. Recuperado el 17 de marzo de 2017. <http://www.uclm/cesco.es/>
- Marín López, M. J. (2014). Comentarios al artículo 29 LCCC. En *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. M.J. Marín López (Dir.). Aranzadi.
- Mendoza Losana, A. I. (2009). *Manual de gestión de Reclamaciones de Consumo en el sector de las telecomunicaciones*. En Cuaderno telemático de consumo, 5. Aranzadi, CESCO, U. Castilla La Mancha.
- Messineo, G. (1952). *Doctrina general del contrato*. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra (Trad.). Ed. Jurídicas Europa-América.
- Messineo, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II. Edit. Jurídica Europa-América.
- Momberg, R. & Pizarro, C. (2021). Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos. *Ius et Praxis*, 27(2), 156-174.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Contratos conexos, grupos y redes de contratos*. Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R.L. (2004a). Contratos. Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (Dir.). *Compraventa II. Revista de Derecho Privado Comunitario*, 1. Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R.L. (2004b). *Contratos: Teoría de la conectividad contractual observada desde la jurisprudencia*. H. Alegría y Mosset Iturraspe J. (Dir.). *Boleto de Compraventa. Revista de Derecho Privado Comunitario*, 3.
- Ordás Alonso, M. (2013). *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011 de 24 de junio de crédito al consumo*. Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil. Thomson Reuters.
- Pasquau, M. (1990). Propuesta para una protección jurídica de los consumidores en materia de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento. *Revista de Estudios sobre Consumo*, 18.
- Pasquau, M. (1986). *La gestión de negocios ajenos*. Montecorvo.
- Sánchez Calero, F. (2000). De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 77.
- Santos Britz, J. (1976). Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato. En *Anales de la Academia Matritense*, t. XX.
- Soler Pascual, L. A. (2006). Los contratos vinculados. En *Colección Digital Consejo General del Poder Judicial*.
- Tobías, J. y De Lorenzo, M. F. (1996). *Complejo de negocios unidos por un nexo*. La Ley.

Teyssié, B. (1975). *Les Groupes de Contrats*. Paris Edit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

Venini, J. C. (2007). Los contratos conexos y lesión subjetiva. H. Alegría y J. Mosset Iturraspe (Dir.). En *Contratos conexos. Revista de Derecho Privado Comunitario*, 2. Weingarten, C. (2007). *Derecho del consumidor*. Edit. Universidad. Buenos Aires.

Zapata Flórez, J. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado U. de los Andes*, 54.

# **Red clientelar en el distrito de Barranquilla: el rol de los intermediarios**

*Clientele network in the district of  
Barranquilla: the role of intermediaries*

**ÁNGEL ALBERTO TUIRÁN SARMIENTO**

Doctor en Derecho Público Université Grenoble-Alpes (Francia). Profesor e investigador del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). Director Académico del Instituto de Desarrollo Político e Institucional (IDEPI). Miembro del Grupo de Investigación "Política y Región" de la Universidad del Norte. [angelt@uninorte.edu.co](mailto:angelt@uninorte.edu.co). Autor de correspondencia.

**ANA MARÍA NARANJO CORTÉS**

Politóloga de la Universidad del Norte, con énfasis en Gobierno y Políticas Públicas. Estudiante de la Maestría en Política Pública y Gobernanza, Universidad de Passau, Alemania. [manaranjo@uninorte.edu.co](mailto:manaranjo@uninorte.edu.co)

**CIRO DAVID MURILLO LENIS**

Politólogo de la Universidad del Norte, con énfasis en Gobierno y Políticas Públicas. [cirol@uninorte.edu.co](mailto:cirol@uninorte.edu.co)

**LUIS VILLALBA RAMOS**

Politólogo de la Universidad del Norte, con énfasis en Gobierno y Políticas Públicas. [villabal@uninorte.edu.co](mailto:villabal@uninorte.edu.co)



## Resumen

Un importante actor interviene en las relaciones clientelares a nivel local y no ha sido estudiado a profundidad: el intermediario o *broker*. A través de entrevistas con estos actores en el distrito de Barranquilla (Colombia), este artículo presenta nuevos hallazgos sobre su clasificación, roles, funciones y las motivaciones que los llevan a hacer parte de estas estructuras políticas.

### PALABRAS CLAVE

Clientelismo, elecciones, intermediarios, Barranquilla.

## Abstract

An important actor takes part in the local clientelist relationships and has not been studied: the intermediary or *broker*. Through interviews with these actors in the Barranquilla district, Colombia, this article presents new findings about their classification, roles, functions, and motivations that lead them to become part of these political structures.

### KEYWORDS

Clientelism, elections, *brokers*, Barranquilla.

## INTRODUCCIÓN

Los estudios sobre clientelismo, tanto en América Latina como en Colombia, son parte fundamental del análisis y de la explicación de la formación de los órdenes políticos, locales y nacionales<sup>1</sup>. De forma general, se entiende al clientelismo como un fenómeno relacional en el que un actor político, al que se denominará patrón, entrega a su clientela bienes públicos a cambio de lealtad y obediencia social y política.

Entre los análisis que se han realizado sobre el clientelismo se ha encontrado que este fenómeno tiene su fundamento en lo local, es decir, está ligado a la forma en la que se organizan las relaciones de poder en el territorio, impactando también los procesos democráticos tradicionales. No obstante, en el plano local, el estudio e investigación de su complejidad, han tenido algunas limitaciones, en comparación con la importancia de esta institución informal<sup>2</sup> en la dinámica política nacional y local.

Conviene distinguir en este punto que este artículo se centrará en explicar el fenómeno clientelar desde su dimensión electoral, en la cual los electores actúan de acuerdo con los intereses del patrón. Por lo anterior, en aras de entender el desarrollo de la política local en el distrito de Barranquilla, resulta necesario conocer tanto las características de la estructura clientelar local como el rol de los intermediarios en dicha estructura.

Para recolectar información acerca del rol de los intermediarios en la red clientelar de Barranquilla se aplicaron una serie de entrevistas semiestructuradas, entre febrero y abril de 2017, a diversos actores que cumplen funciones de intermediarios.

Así mismo, se realizó una búsqueda en fuentes secundarias, principalmente en artículos de prensa, relacionados con la participación de intermediarios en el proceso clientelar en el distrito de Barranquilla. Posteriormente, se identificaron las tendencias y convergencias para realizar una síntesis comprensiva de las notas de prensa (Quintana y Montgomey, 2006).

Luego de realizar las entrevistas a los actores o intermediarios se procedió a realizar el análisis de las respuestas dadas por los entrevistados, para comprender los roles, las múltiples motivaciones y

---

<sup>1</sup> Para más detalle ver entre otros: Auyero (2000), Gutiérrez y Dávila (2001), Leal y Dávila (2009), García y Revelo (2010), Ocampo (2014), Schröter (2010), González, Guzmán y Tuirán (2019), González, Guzmán y Tuirán (2021).

<sup>2</sup> Para Rodríguez y Portes (2012), las instituciones son un "(...) conjunto de reglas escritas o informales, que gobiernan las relaciones entre los ocupantes de roles en las organizaciones sociales" (p. 31). Ahora bien, el clientelismo como institución informal está asociado a un conjunto de reglas no escritas o "normas de comportamiento, convenciones, códigos autoimpuestos de conducta" (North y Bárcena, 1993, p. 360), no necesariamente en el marco de la ilegalidad, como es el caso de la corrupción.

experiencias que han tenido como participantes activos en una estructura clientelar<sup>3</sup>. Para dicho análisis se utilizó la técnica de análisis de contenido debido a que, como explica Krippendorff (1980), esta permite realizar inferencias válidas y replicables sobre un texto, ya sean entrevistas y comunicaciones de prensa y utilizarlas como evidencia de las hipótesis planteadas.

Debido a que el fenómeno clientelar es volátil y evoluciona en cada proceso electoral y, por su esencia informal y por el carácter ilegal<sup>4</sup> que pueden asumir los actores, la observación directa de los mismos se dificulta. Por esto, la selección de los entrevistados fue hecha a conveniencia y no mediante el muestreo tradicional.

Se contactaron cuatro *brokers* provenientes de partidos o casas políticas<sup>5</sup> distintas, con el propósito de entender las diferencias existentes entre cada organización clientelar y el rol que estos cumplen dentro de esas estructuras. Las preguntas hechas a los intermediarios entrevistados buscaban dar cuenta de las características socioeconómicas de estos, su definición de clientelismo, el rol que juegan durante y los momentos previos de las campañas, qué tipo de recursos le son ofrecidos a los votantes, cuánto tiempo conlleva mantener la relación clientelar, cuáles son los tipos de intermediarios que existen y qué tanto contacto se produce entre el candidato y sus electores.

## I. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ACTORES EN LAS RELACIONES CLIENTELARES

El clientelismo debe entenderse como una forma de intercambio. En ella coexisten diversos actores: patrón, intermediarios y clientes. El primero de ellos puede ser el candidato político o un líder de partido que está en busca de apoyo electoral y que pretende conseguir este apoyo a través del ofrecimiento de recursos o servicios. El cliente, por otro lado, es un ciudadano que tiene necesidades y demandas insatisfechas y se encuentra abierto a ofrecer su apoyo con tal de satisfacer dichas necesidades.

Zapata (2016), citando a Caciagli señala que el clientelismo es “una relación diádica en la cual un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y

---

<sup>3</sup> Reflexiones previas de esta investigación fueron publicadas en Tuirán y Villalba (2018).

<sup>4</sup> En ocasiones los actores que hacen parte de la red o estructura clientelar incurren en prácticas consideradas ilegales, por ejemplo: la compra directa del voto. En el Código Penal colombiano se tipifican 16 delitos electorales, entre los cuales podemos encontrar el constreñimiento y corrupción al sufragante, tráfico de votos y el voto fraudulento.

<sup>5</sup> El término *Casa Política* hace referencia a la estructura política liderada por el barón o cacique en el territorio; aunque puede tener un carácter ideológico y militante, relacionado con un partido político, normalmente su conformación y funcionalidad, están basadas en reglas de localidad y parentesco para la conformación y reproducción del poder político. Para más detalle ver Ocampo (2014).

seguridad a otro agente que está en posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtades y apoyos” (p. 6). De esta relación se puede inferir que hay una asimetría entre quien tiene la necesidad y quien puede satisfacerla, a cambio de apoyo. Para Rehren (2000), esta relación se cimienta, “sobre la base de transacciones asimétricas, donde el primero controla importantes recursos de poder y garantiza, como un “guardián”, el acceso a ellos de su clientela a cambio de lealtad y apoyo político” (pp. 130-131).

La asimetría, no obstante, no es el único elemento clave en el clientelismo. Corzo (2002) señala que la legitimidad y la voluntad se configuran como determinantes en esta relación, debido a que, por un lado, es “una relación personal de intercambio” entre los patrones y los clientes, quienes, de otro lado, “desean acceder a unos servicios y recursos públicos a los que les es más difícil llegar, que no imposible, de no ser por este vínculo o relación” (p. 14). De lo anterior se puede decir que tanto los patrones como los clientes necesitan el uno del otro y, por tanto, su relación se ve legitimada. Además, resalta aquí un siguiente elemento: la relación se convierte en un medio, no un fin. Al ciudadano, se podría decir, le “facilita” el acceso a bienes y recursos que oferta el Estado y al patrón le genera “ventajas” en la contienda política debido a que, de otra forma, el desgaste sería mayor, considerando la competencia electoral, el marco legal electoral y los recursos y servicios con los que cuenta.

Se hace necesario aclarar que esta relación no es exclusivamente de favores por votos (Weingrod, 1968, pp. 377-400), sino que “son recursos públicos que se distribuyen de forma acorde con un programa electoral determinado” (Corzo, 2002, p. 21). Asimismo, que las relaciones clientelares se sostienen porque son informales, no reguladas, basadas en el favor y no en el derecho; y porque permiten el flujo o intercambio de recursos entre actores sociales (Moreno, 1999).

En ese sentido, además del carácter personal e informal del clientelismo, Schröter (2010) ha señalado que la relación clientelar es hasta cierto punto *voluntaria*. Es decir, que esta relación “no debe ser forzada por circunstancias de vida precarias, violencia física o psicológica”, para así distinguirla con claridad de las nociones de esclavitud y servidumbre (Schröter, 2010).

Ahora bien, a medida que las urbes se expanden y que se complejizan las dinámicas sociales y electorales, debido al incremento de las metas electorales, aparece un nuevo actor en las relaciones clientelares: el intermediario o *bróker*, cuya razón de ser es acercar el votante a quien necesita del voto, o, en otros términos, acercar al ciudadano con necesidades insatisfechas al patrón que puede solventarlas.

Así las cosas, con un escenario mucho más amplio en el nivel local, y frente a la necesidad aumentar la capacidad logística y monetaria, para llegar a sus clientes, los patrones recurren a intermediarios que puedan, por un lado, organizar, convencer y obtener el apoyo de un número de personas y, por otro, generar lealtad y legitimada en ellos para consolidar y garantizar su voto.

A modo de resumen, se puede decir que esta relación en principio entre dos, siguiendo a Zapata (2016), “puede ser extendida a una tríada clientelar, incluyendo al *bróker*, quien actúa como intermediario” (p. 6).

- = **Patrón:** dentro de la relación asimétrica de patrón-cliente, es la persona poderosa que posee control sobre los recursos y los ofrece a los clientes para que estos pueden tener acceso a recursos o ventajas que de otra forma sería más costoso o de difícil acceso (Schröter, 2010).
- = **Mediador o intermediario:** sirve de puente entre el patrón y el cliente, los comunica, e incluso puede representar ambos papeles a la vez, aprovechando su posición de bisagra en beneficio propio (Moreno, 1999).
- = **Cliente:** es quien le ofrece servicios y respaldo al patrón (Schröter, 2010).

Con la inclusión del intermediario en la red clientelar, la relación se configura en forma piramidal. Aspinall (2014), luego de haber estudiado las redes de intermediarios en Indonesia, señala que, de esta forma, y con la distribución de los intermediarios a través de las localidades, se hace más fácil reconocer las preferencias de los votantes, hacer pedagogía hacia el candidato y entregar los incentivos a los votantes.

Incluso existen estructuras clientelares en las que a los intermediarios se les asigna un número de votantes a reclutar, que usualmente pertenecen a sus entornos más cercanos y en las que a los equipos de campaña y los actores que forman parte de ellos se les reconoce como los “*success teams*” (Aspinall, 2014). En otros casos, específicamente en el contexto africano, estos intermediarios han sido definidos como “*brokers* de desarrollo”. Estos serían aquellos agentes o actores sociales, que actúan como intermediarios en una determinada área local, canalizando recursos para proyectos de la ayuda para el desarrollo (Vommaro & Combes, 2016).

## II. LOS INTERMEDIARIOS: CARACTERÍSTICAS Y ROLES

La dinamización y diversificación de la política electoral, especialmente en el ámbito local, ha hecho que los *brokers* se configuren como, quizás, los actores más importantes de la cadena clientelar. Por esto, el análisis de sus funciones y motivaciones nos permitirá ampliar la comprensión de este fenómeno.

Para Stokes et al. (2013), los intermediarios son agentes locales que solucionan problemáticas y entregan beneficios de manera focalizada a un grupo de personas a cambio de que estas voten a favor de un determinado candidato y participen en actividades políticas, usualmente manifestaciones, convocadas por el candidato o en favor de este.

Los beneficios entregados y la solución de problemáticas permiten la configuración de redes de votantes que logra, a su vez, consolidar poder en lo local (La Silla Vacía, 2016) Con esto, los intermediarios logran generar transacciones con los líderes políticos, ofreciéndoles cierta cantidad de ciudadanos sobre los cuales ejercen influencia.

Autores como Auyero (2000) y Pino y Cárdenas (2016) definen los brokers como mediadores entre los clientes y los políticos clientelistas, y centran su función en mantener las redes clientelares a través de la trasmisión de información de las necesidades de la clientela al político y, al mismo tiempo, asegurándose de que los bienes que entrega este último se distribuyan sobre su clientela, para consolidar el apoyo político. En ese sentido, para Schröter (2010), el bróker actúa como instancia de mediación entre los intereses del patrón y del cliente. Para esto, “distribuye los bienes que el patrón pone a disposición del cliente y al mismo tiempo está movilizando y controlando la contrapartida del cliente” (p. 145).

Es necesario mencionar que las labores de los intermediarios no se limitan a la época electoral. Siguiendo a Zarazaga (2014), las funciones de estos actores se pueden clasificar en dos grupos:

1. **No electorales:** Apoyar la gestión del respectivo gobierno local a través de la entrega de información a las autoridades sobre las necesidades y problemáticas de la comunidad. Al mismo tiempo, gestionan y provisionan algunos bienes públicos. Así, los intermediarios pueden llegar a convertirse en instrumentos de gobernabilidad, porque facilitan que el Estado haga presencia en zonas de condiciones socioeconómicas precarias.
2. **Electorales:**
  - a. Realizar *marketing* electoral y actividades de propaganda para dar a conocer y posicionar al candidato.
  - b. Incentivar la participación de su clientela en las manifestaciones públicas de su candidato.
  - c. Distribuir los recursos necesarios para garantizar el apoyo en las urnas.

Los intermediarios son, entonces, quienes tienen la capacidad de asegurar la participación o vinculación del votante en la red; y esto solo lo consiguen en la medida en que puedan impactar de forma positiva en las necesidades y la vida del votante. Y es precisamente este impacto positivo en la vida del votante el que genera la motivación en él para entregar su voto al candidato que el intermediario indique (Szwarcherg, 2012).

Otro aspecto clave a analizar sobre los *brokers* es la motivación o razones que los vinculan en estas redes o que influyen en el momento de elegir a qué candidato apoyar. De acuerdo con Aspinall (2014), existen tres tipos de motivaciones: la recompensa material que pueden obtener los inter-

mediarios por su labor, los recursos con los que cuente el candidato y las posibilidades de ganar que tenga este último.

Sobre esta última podemos señalar que resulta fundamental para los intermediarios, en la medida en que, como lo señalan Stokes et al. (2013), los resultados de la elección afectan el desarrollo de sus actividades: si su candidato pierde, su acceso a recursos y a cargos burocráticos se reduce, e incluso puede desaparecer. No podemos olvidar que “el *bróker* es un tipo de empresario que gana por la mediación” (Schröter, 2010, p. 145), y sin recursos es muy probable que el actor pierda influencia sobre los votantes de su red.

Asimismo, las motivaciones expuestas anteriormente permiten clasificar a los intermediarios en tres tipos (Stokes et al., 2013):

1. **Activistas:** aquellos que apoyan a un candidato en función de su afiliación partidaria o de su relación personal con el mismo. Su lealtad no se ve afectada en circunstancias en las que las probabilidades de ganar se nublan, o cuando le es difícil conseguir recursos al equipo.
2. **Clientelares:** su principal objetivo es establecer relaciones a largo plazo con el candidato al que apoyan, con el propósito de obtener beneficios una vez este llegue al cargo.
3. **Oportunistas:** aquellos que se vinculan a las campañas para obtener beneficios a corto plazo.

Por otro lado, Holland y Palmer-Rubin (2015) proponen una clasificación de los intermediarios teniendo en cuenta su vinculación a un grupo de interés y la relación que establecen con un candidato al momento de intercambiar los apoyos:

1. **Independientes:** no están vinculados a un grupo de interés, pero disponen de algún tipo de poder coercitivo que les permite ejercer influencia sobre un grupo de votantes.
2. **Partidario:** no tienen asociación con un grupo de interés, pero conocen las preferencias y necesidades de su comunidad.
3. **Organizacional:** pertenecen a un grupo de interés, y negocian con políticos de varios partidos para movilizar a los votantes bajo su influencia hacia una u otra campaña.
4. **Híbrido:** pertenecen a un grupo de interés, pero mantienen relaciones con un único partido.

Finalmente, un aspecto clave para analizar sobre los intermediarios es la filiación partidaria. Autores como Zarazaga (2014) y Stokes et al. (2013) los consideran “agentes partidarios”, debido a que su vinculación se hace a través de estos. No obstante, otros autores señalan que la afiliación partidaria no resulta ser un aspecto fundamental de los intermediarios. Incluso, a partir del análi-

sis de caso indonesio, cercano al caso colombiano, Aspinall (2014) señala que los partidos suelen jugar un rol marginal dentro de las redes de intermediarios.

## II. ESTRUCTURA, PROCESO Y ACTORES CLIENTELARES EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA

### Estructura y actores

Del análisis de las repuestas y reflexiones entregadas por los entrevistados se puede afirmar que el fenómeno clientelar en el distrito de Barranquilla encuentra su éxito a nivel electoral en la forma en la que los diversos actores que participan cooperan y se organizan. Se conoció que la estructura está dividida por niveles en un mecanismo piramidal. En la base de la pirámide están los electores; estos se agrupan por líderes, quienes a su vez se agrupan en coordinadores, y estos en capitanes (ver diagrama 1).

Sobre la estructura general, uno de los líderes entrevistados manifestó que

Son unas pirámides, hay unos que manejan la cuadra, otros el barrio, otros el sector, otros la localidad. Son personas<sup>6</sup> que por su experiencia, tradición y conocimiento tienen una capacidad de manejo, entonces el líder de la cuadra maneja 25 a 40 votos, el líder del barrio 2000 votos, y así sucesivamente. (Líder barrial, comunicación personal, 11 de abril de 2017)

Para facilitar la organización, la capacidad de los líderes está limitada a un número de personas. De acuerdo con uno de los entrevistados:

(...) un líder puede manejar entre 25 y 200 votos; más de eso ya lo convierte en un coordinador porque logísticamente es difícil que una sola persona maneje tanto personal para un día de elecciones.

Luego se encuentran los coordinadores, quienes pueden manejar entre 10 y 20 líderes dependiendo del grado de experiencia y habilidades que tenga. (Líder barrial, comunicación personal, 19 de abril de 2017)

En el siguiente nivel se encuentran los capitanes, que en el caso de Barranquilla se pueden diferenciar por localidades. Una de sus funciones principales es ayudar a los líderes y coordinadores a organizar la logística. Esto fue corroborado en una de las entrevistas:

En el tercer escalón encontramos a los capitanes; ellos se dividen generalmente uno por localidad, y están encargados de administrar y “hacer caminar” a los coordinadores, manejan los recursos que

---

<sup>6</sup> A quienes se le conoce como “mochileros”, por ser compradores de votos.



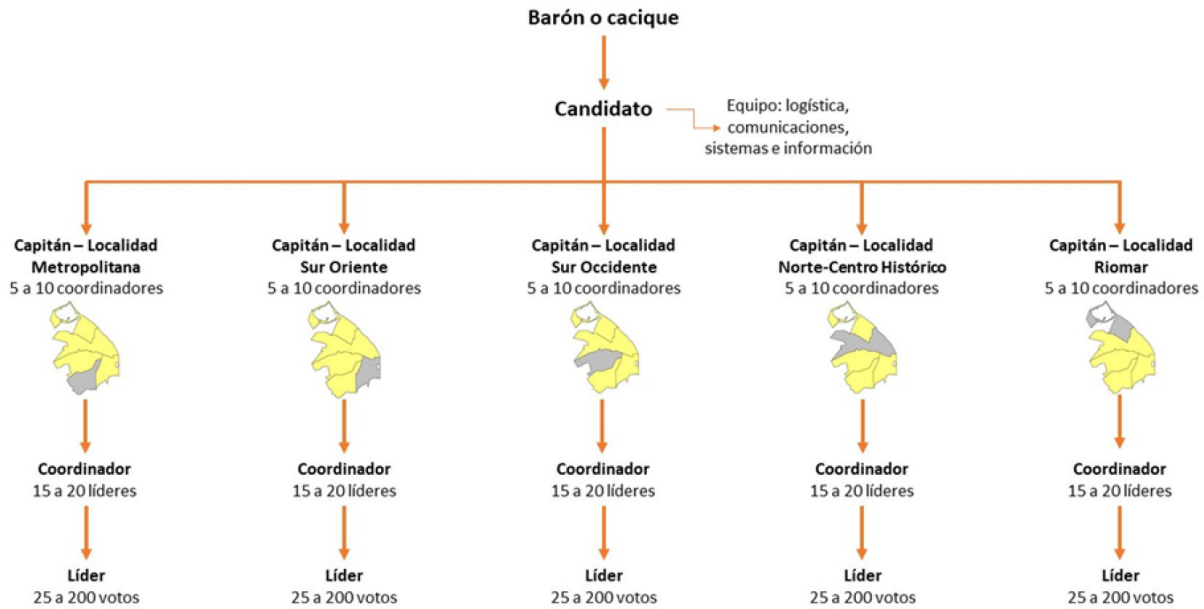
vienen de arriba y le rinden cuentas directamente a los candidatos o patrones. (Líder barrial, comunicación personal, 24 de abril de 2017)

Teniendo en cuenta la estructura anteriormente expuesta, los principales intermediarios electorales encontrados en el distrito de Barranquilla son<sup>7</sup>:

- 1. Mediador:** Usualmente es un familiar o vecino del votante. Es el primer eslabón de la cadena. Es quien se encarga de persuadir al votante; su cercanía y vínculo le permite ejercer una influencia decisiva; eventualmente puede desarrollar otro tipo de intermediación.
- 2. Líder:** Se encarga de organizar las redes. Sus funciones están dirigidas al proceso electoral, y pueden ir desde levantar las bases de datos de los ciudadanos hasta organizar la logística el día de elecciones.
- 3. Capitán:** Su rol es clave en la estructura y trasciende lo electoral. Se encarga de garantizar la fidelidad de los ciudadanos como electores para el próximo periodo electoral. Por eso continúa con actividades durante el resto de los 4 años del periodo de gobierno mientras prepara el camino para las próximas elecciones.
- 4. Coordinador:** Organiza a los capitanes y líderes. Cuando la cantidad de ciudadanos y líderes para organizar es mayor que la capacidad organizativa del núcleo central de la campaña, se designan coordinadores por zonas o territorios.
- 5. Taquilleros:** Se encargan de administrar los recursos y armar los paquetes de votos. Además, reparten los dineros para el sostenimiento y la persuasión de los ciudadanos.
- 6. Mochileros:** Administran los dineros que bajan desde los taquilleros y la parte administrativa de la campaña y se encargan de entregarlos a los votantes, verificando la inscripción en los listados y contrastándola con la efectiva votación. Esta función se encarga a personas dentro de la campaña que tengan mucha confianza y experiencia, que pueden ser líderes, coordinadores o capitanes.
- 7. Puya ojos:** Con este nombre son conocidos aquellos líderes que venden su clientela a más de un candidato, señalados de cometer un “fraude dentro de la ilegalidad”.

---

<sup>7</sup> Esta clasificación se realizó teniendo en cuenta las entrevistas realizadas y la nota de prensa: ¿Cómo opera la cadena de la trashumancia y la compra de votos?, publicada en El Heraldo el 20 de septiembre de 2015 en <https://www.elheraldo.co/politica/como-opera-la-cadena-de-la-trashumancia-y-la-compra-de-votos-218349>. Así mismo, es necesario tener en cuenta que los roles pueden variar de acuerdo con los partidos o casas políticas de los que hagan parte.



Mapas tomados de Wikipedia.org

**Fuente:** elaboración propia a partir de la información suministrada por los entrevistados.

### DIAGRAMA 1. ESQUEMA DE ESTRUCTURA CLIENTELAR EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA

Ahora bien, para hacer una mejor aproximación de los roles (ver tabla 1) que cumplen los intermediarios en la red clientelar del distrito de Barranquilla, se clasificaron de acuerdo con las motivaciones propuestas por Aspinall (2014):

1. **Activistas:** Bajo esta motivación se puede decir que actúan los **coordinadores, capitanes y mochileros**. Según el autor, los activistas suelen mantener relaciones cercanas con el candidato al que apoyan. Estas posiciones se entregan a integrantes de la campaña en los cuales el candidato ha depositado mucha confianza, gracias a la compleja logística que está a su cargo, o lo delicada que puede llegar a ser su función. De igual forma, su labor no se limita a la época de elecciones, por lo que el contacto con el político es más frecuente y estable. En ocasiones sirven de intermediarios para el acceso a bienes públicos por parte de la clientela.
2. **Clientelares:** En esta clasificación encontramos a **los líderes y mediadores**. Estos buscan establecer relaciones a largo plazo con el candidato para obtener beneficios de este cuando llegue al cargo. Para lograr esto, los líderes ofrecen al candidato los distintos paquetes de votantes que tienen a su cargo y el precio puede ser dinero o el pago con cargos burocráticos cuando el candidato llegue al cargo por el cual compitió. Igualmente, en algunos casos, son intermediarios para el acceso a bienes públicos, por parte de la clientela, en periodo postelectoral.

**3. Oportunistas:** Aquí encontramos a los **puya ojos**. Para el autor, los intermediarios oportunistas se vinculan en las campañas a razón de obtener beneficios cortoplacistas, en una lógica pragmático-individualista. El “puya ojo” busca obtener beneficios inmediatos a partir de ofrecer sus clientelas a diversos candidatos.

Los roles y motivaciones de los intermediarios no están exclusivamente basados en la compra de voto; si bien esta es una actividad que puede desarrollar algún actor de la estructura clientelar, la compra de votos o “compra de participación”, en los términos Nichter (2008), parece ser una estrategia para monitorear y asegurar la movilización de clientes a las urnas.

### Proceso

Como se mencionó anteriormente y como se evidencia con las tareas y funciones que desempeñan los intermediarios, el clientelismo no se limita a la época electoral. No obstante, los procesos electorales tienen sus normas propias de funcionamiento, los intermediarios cumplen funciones tanto en el periodo preelectoral como posterior al día de las elecciones. La estructura clientelar se articula en diferentes etapas, de acuerdo con los testimonios de los entrevistados: en un primer momento, el patrón se reúne con su grupo de trabajo para organizar la estrategia de campaña y definir el candidato. Una vez seleccionado, un equipo encargado de las comunicaciones realiza un despliegue mediático de la figura del candidato. Paralelamente, los capitanes que lideran cada localidad empiezan a organizar a los coordinadores de los barrios o zonas; estos, a su vez, reúnen a los líderes y los instruyen para comenzar a “planillar”<sup>8</sup> y recoger la información de los votantes.

En esta recolección se obtiene el nombre completo, la cédula, la dirección de residencia, el número celular y el lugar de votación de cada votante. Posteriormente, esta información es entregada a un equipo de sistemas e información, que se encarga de su verificación y cruce, para filtrar posibles votantes repetidos, falsa información o información errónea que pueda afectar el día de las elecciones.

Con esta información se realiza un cálculo aproximado de los votos y se llevan las cuentas de la cantidad de dinero que se entregará a los líderes para movilizar los votos. La recolección y organización de la información es una de las estrategias fundamentales, como lo explicó uno de los entrevistados:

---

<sup>8</sup> El término “planillar” se utiliza en el argot clientelar para significar el proceso mediante el cual se recopila, relaciona y registra la información de la clientela. Esta información se recopiló inicialmente en unos formatos (planillas), que incluyen, entre otros aspectos: el nombre completo del votante, número de cédula, lugar de votación y de residencia, y nombre del intermediario responsable.

La base del programa de organización son las planillas, en ellas se consignan los datos básicos de los votantes. Así como los nombres, apellidos, número de cedula, dirección, celular, correo electrónico del líder que llena la planilla. También se coloca quien es el coordinador de dicho líder. (Líder barrial, comunicación personal, 11 de abril de 2017)

Luego los líderes se encargan de organizar reuniones entre los votantes y el candidato para darlo a conocer. En algunos casos, cuando existe transacción con dinero, se compromete al electorado a través de la entrega de una parte del valor del voto. A continuación, se muestra un ejemplo que detalló uno de los líderes de la localidad suroccidente:

Cada líder debe responder como mínimo con 25 votos (2 planillas). De esta manera, se le garantiza un carro o bono de gasolina para mover a los votantes el día de las elecciones. Con lo cual se necesitan aproximadamente 1000 líderes, 67 coordinadores y 5 capitanes (uno por cada localidad del distrito de Barranquilla).

Lo que le permite distribuir los votos y líderes en los 127 puestos de votación en la ciudad. Se necesitan alrededor de 1500 vehículos para movilizar a toda esa gente; aproximadamente se gasta \$200 000 por vehículo. Mas lo que se le da a cada persona, que puede ser entre \$50 000 o \$100 000 pesos.

Por lo que, si alguien está interesado en realizar una campaña al Senado o Cámara, necesita por lo menos \$300 millones para movilización el día de elecciones y 2 mil millones más para pagarle a la gente, más comidas y logística de los coordinadores y líderes, esto solo esto el día de las elecciones. En los meses previos se necesitan reuniones, refrigerios y en muchas ocasiones darle “adelantos” a los votantes para asegurar el voto (Líder barrial, comunicación personal, 24 de abril de 2017)

En los días previos a las elecciones, los líderes se encargan de hacer pedagogía electoral<sup>9</sup>, enseñándoles a los votantes cómo deben marcar y otras directrices que permiten agilizar el proceso.

Por último, el día de las elecciones, los mediadores deben responder por cada voto planillado y entregar cuentas, para poder recibir el pago completo del trabajo realizado. Este pago es proporcional al número de votos.

De lo anterior podemos evidenciar que, pese a la diversidad de motivaciones que tienen los *brokers* para unirse a las estructuras clientelares en el distrito de Barranquilla, existen elementos comunes en la forma y los roles que desempeñan dentro de estas. E igualmente, que en este proceso es importante también tener en cuenta el valor simbólico del intercambio. Un intercambio que puede ser entendido como una obligación moral frente a amigos, vecinos o familiares con los que se tiene

---

<sup>9</sup> La pedagogía electoral hace referencia al proceso de verificación con cada uno de los votantes-clientes, del conocimiento y manejo del tarjetón o tarjeta electoral, esto con el objetivo de reducir el porcentaje de votos nulos o no marcados.

aprecio mutuo. Desde esta perspectiva, los actores involucrados consideran que la relación clientelar es correcta moralmente, por esto, con frecuencia, el clientelismo entendido como una parte de la cultura política (Schröter, 2010).

#### IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, como resultado del análisis de la red clientelar en el distrito de Barranquilla, es necesario afirmar que el clientelismo se debe entender como un proceso que funciona a través de una estructura construida y consolidada por organizaciones políticas con poder en lo local. Lo anterior nos permite inferir que más allá de la compra de votos, estas estructuras permean otros espacios de la política local en Barranquilla.

Además, resulta innegable la importancia que cobran los intermediarios o *brokers* en la relación clientelar entre votantes y patrones. En el caso del distrito de Barranquilla, el sistema político local se caracteriza por la existencia de una tríada clientelar, que incluye, además de los votantes y candidatos, una serie de intermediarios electorales, denominados líder, capitán, coordinador, taquillero o mochilero, dependiendo de sus responsabilidades o funciones en la intermediación política.

Estos actores se vinculan a las redes clientelares por una doble vía: a través del ofrecimiento de votantes, que consolidan y alimentan a diario, y porque esperan recibir bienes o servicios por parte del patrón que recibe los votantes. Así, sin importar el rango que ocupen en la estructura, su motivación está guiada por los beneficios a recibir de la relación clientelar.

En el mismo sentido, los roles y las funciones que desempeñan los intermediarios pueden variar de acuerdo con el grupo al que se vincule y los grados de confianza que haya entre el *broker* y el patrón. No obstante, giran en torno al mismo objetivo: organizar y garantizar que haya votantes en la red clientelar.

El nivel de perfeccionamiento y rigurosidad del proceso clientelar difiere según la organización que la ejecuta. A su vez, esto se ve reflejado en los resultados electorales que cada organización obtiene. Se encontró una fuerte relación entre la rigurosidad y minuciosidad de los procesos de algunas casas políticas con su mantenimiento y expansión en el poder.

Finalmente, otro aspecto interesante que se evidencia es que la jerarquía entre los tres actores que componen la relación clientelar no es rígida como en otras formas de organización política. Por el contrario, cada actor posee diferentes recursos que les permiten transar o negociar entre ellos, los políticos los bienes de poder, los clientes los votos y los *brokers* la información y contactos.

## REFERENCIAS

- Aspinall, E. (2014). when brokers betray: clientelism, social networks and electoral politics in Indonesia. *Critical Asian Studies*, 46(4), 545–570.
- Auyero, J. (2000). The Logic of Clientelism in Argentina: An Ethnographic. *Latin American Research Review*, 35(3), 55-81.
- Corzo, S. (2002). El clientelismo político como intercambio. Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS). [https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2002/hdl\\_2072\\_1264/ICPS206.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2002/hdl_2072_1264/ICPS206.pdf)
- García, M. y Revelo, J. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, Mafía y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá, DeJusticia.
- González, L. Guzmán, C. y Tuirán, Á. (2019). Clientelismo de Mediación en Barranquilla. *En Clientelismo, Patronazgo y Corrupción en Colombia y México* (pp. 54-75). Editorial universidad del Norte.
- González, L. Guzmán, C. y Tuirán, Á. (2021). Clientelismo personalizado en Colombia: una aproximación histórico-institucional a un estudio de caso. *Sociedade e Cultura*, 1 (24), 1-32.
- Gutiérrez, F. y Dávila, A. (2001). Paleontólogos o politólogos ¿qué podemos decir sobre los dinosaurios? *Revista de Estudios Sociales*, 1(6), 39-49.
- Holland, A. y Palmer-Rubin, B. (2015). Beyond the Machine: Clientelist Brokers and Interest Organizations in Latin America. *Comparative Political Studies*, 48(9), 1-38.
- Krippendorff, K. (1980). *Content analysis: an introduction to its methodology*. Sage Publications.
- La Silla Vacía (20 de mayo de 2016). 'Colombia es un país clientelista' #AlmuerzoConLíderes Javier Torres. *La Silla Vacía*. <https://www.lasillavacia.com/historias/historias-silla-llena/colombia-es-un-pais-clientelista-almuerzoconlideres-javier-torres>
- Leal, F. y Dávila, A. (2009). *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*. Ediciones Uniandes.
- Moreno, J. (1999). El clientelismo político: historia de un concepto multidisciplinar. *Revista de Estudios Políticos*, 105, 73-95.
- Nichter, S. (2008). Vote Buying or Turnout Buying? Machine Politics and the Secret Ballot. *The American Political Science Review*, 102(1), 19-31.  
<https://doi.org/10.1017/S0003055408080106>
- North, D. C., y Bárcena, A. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Ocampo, G. (2014). *Poderes regionales, clientelismo y Estado. Etnografías del poder y la política en Córdoba, Colombia*. ODECOFI-CINEP.
- Pino, J. y Cárdenas, J. (2016). El Clientelismo: el incesante juego de políticos y clientes en la construcción y reproducción de la democracia subnacional y nacional, *Revista Reflexión Política*, 18(35), 58-70.

- Quintana, A. y Montgomery, W. (Eds.) (2006). *Psicología: Tópicos de actualidad*. UNMSM.
- Rehren, A. (2000). Clientelismo político, corrupción y reforma del Estado en Chile. [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093611/refor2\\_02\\_rehren.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093611/refor2_02_rehren.pdf)
- Rodríguez, C. y Portes, A. (2012). *Las instituciones en Colombia. Un análisis sociológico*. Universidad de los Andes.
- Schröter, B. (2010). Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste? *Revista Mexicana de Sociología*, 72(1), 141-175.
- Stokes, S. et al. (2013). *Brokers, Voters and Clientelism. The Puzzle of Distributive Politics*. Cambridge University Press.
- Szwarcberg, M. (2012). Revisiting clientelism: a network analysis of problem-solving networks in argentina. *Social Networks*, 34(2), 230-240.
- Tuirán, Á. y Villalba, L. (2018). Elecciones y clientelismo Político: Una aproximación a la caracterización de los intermediarios electorales en el distrito de Barranquilla. En *Barranquilla, Política Economía y Sociedad* (pp. 59-84). Editorial universidad del Norte.
- Vommaro, G. y Combes H. (2016). *El Clientelismo Político. Desde 1950 hasta nuestros días*. Siglo Veintiuno Editores.
- Weingrod, A. (1968). Patrons, Patronage, and Political Parties. *Comparative Studies in Society and History*, 10(4), 377-400.
- Zapata, E. (2016). Clientelismo político. Un concepto difuso pero útil para el análisis de la política local. *Estudios Políticos*, 1(49), 167-185.
- Zarazaga, R. (2014). Brokers beyond clientelism: a new perspective through the Argentine case. *Latin American Politics and Society*, 56(3), 23-45.



**Revista *de*  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.56.343.2>

# **Los micrófonos del miedo Criminología mediática y discurso penal de marginalización**

*The microphones of fear  
Media Criminology and Criminal  
Discourse of Marginalization*

**PEDRO JAVIER GRANJA**

Master en Criminología por el Alma Mater Studiorum Università di Bologna y la Università degli Studi di Padova, Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires.  
[consejabogaciaecuador@outlook.com](mailto:consejabogaciaecuador@outlook.com)

**ANDREA BELÉN PALMA**

Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Universidad SEK de Ecuador.  
[citaindirecta1@gmail.com](mailto:citaindirecta1@gmail.com)



## Resumen

Aunque se lea y se escuche bizarro, los seres humanos, desde tiempos inmemoriales han sentido fascinación por la crueldad. Sin importar quién la produce –el Estado o los particulares–, la violencia atrae, seduce, tiene su propio auditorio. Y quienes la rechazan son, lamentablemente, una ínfima minoría. Los medios de comunicación han tomado el macabro papel que en la Edad Media desempeñaba la plaza pública. No se trata de un fenómeno ingenuo, sino de un negocio millonario en el que se impulsa la creación de una sociedad de la vigilancia extrema que mueve capitales hacia los propietarios de los medios y todo un amplio espectro empresarial como constructoras de urbanizaciones en las que se vende la falsa ilusión de estar absolutamente libre de toda penuria propia del mundo de los más débiles, a quienes se los asocia recurrentemente a un discurso de orden criminal. Esta relación “crimen-medios-miedo-riesgo-mercado-seguridad-neoliberalismo-migrante” desplazó a quienes realmente estudian el fenómeno criminal del análisis serio del mismo y en su lugar ha instalado todo un lenguaje falaz que ha fortalecido el “sacerdocio de la verdad” y que permite pontificar sobre control social a personas sin ningún estudio, ni siquiera elemental, sobre criminología, que están siempre al servicio del dueño de un medio de comunicación. Se expone cómo estos agentes terminan diseñando “un enemigo feroz” e imponen la política criminal neoliberal, que no tiene mayores diferencias con la política criminal del nazismo, pues su interés es el mismo: tratar de eliminar al que se ve distinto.

### PALABRAS CLAVE

Medios, comunicación, alarma, social, neoliberalismo, derecho, penal, idiotización, espectáculo.

## Abstract

Although bizarre is read and heard, human beings, since time immemorial, have been fascinated by cruelty. Regardless of who produces it –the state or individuals– violence attracts, seduces, has its own auditorium. And those who reject it are, unfortunately, a tiny minority. The media have taken the macabre role that the public square played in the Middle Ages. It is not a naive phenomenon but a millionaire business in which the creation of a society of extreme vigilance is promoted that moves capital towards the owners of the media and a whole wide spectrum of business as builders of developments in which it is sold the false illusion of being absolutely free from all the penury proper to the world of the weakest, who are regularly associated with a discourse of a criminal nature. This relationship “crime-media-fear-risk-market-security-neoliberalism-migrant-enemy” displaced those who really study the criminal phenomenon from serious analysis of it and instead installed a whole lying language in which those who they end up pontificating on social control are people without any study, not even elementary, on criminology, who are always at the service of the owner of a medium. It is exposed how these agents end up designing “a fierce enemy” and impose the neoliberal criminal policy, which has no major differences with the criminal policy of Nazism, since their interest is the same: trying to eliminate the one who looks different.

### KEYWORDS

Media, communication, alarm, social, neoliberalism, law, criminal, idiotization, entertainment.

## I. INTRODUCCIÓN

Foucault nos cuenta, a propósito del suplicio de Damiens<sup>1</sup>, que a mediados del siglo XVIII en las plazas francesas miles de personas asistían al espectáculo del dolor, eran auténticos militantes, hinchas, “fans” del aparato teatral del sufrimiento. En esencia, se congregaban para disfrutar de la “fiesta punitiva” (Foucault). No pretendemos negar que ya para finales del mismo siglo XVIII y primeros del XIX comenzó a diluirse aquella perversa relación del ser humano con *“el espectáculo punitivo”* (Foucault, 1994, p. 17), pero es preciso recordar que este no desapareció jamás, sencillamente porque el papel de “la plaza pública en las sociedades modernas” pasó a ser ocupado por “los medios de masas” (Baratta, 2003, pp. 49 y ss.). Y así, pese a que nuestra directa vivencia con el delito es decididamente marginal, la ciudadanía recibe a diario una abrumadora cantidad de noticias sobre el fenómeno criminal absolutamente manoseado, difuso, irreal, manipulado (Schneider, 1995). Hay que tratar de eliminar al que se ve distinto (Wolf, 1994, p. 10).

Para esto, más de un medio de comunicación no tienen ninguna frontera ética y pasan del “estamos a merced del crimen”, “ni las iglesias se salvan de los delincuentes” al “desarticulan peligrosa red de narcotraficantes: los atraparon con 100 dosis de marihuana” con la banda sonora de filmes mafiosos e imágenes de individuos capturados, desdentados y mal nutridos producto de las vidas denigrantes que llevan, la mayoría pernoctando siempre en reclusorios. El propósito central es hacerle llegar un mensaje al auditorio: “usted está desamparado, tenga cuidado porque en cualquier momento...podría ser el próximo”

¿Dónde está, pues, la importancia política del poder punitivo? se pregunta Zaffaroni. Con su magistral estilo nos dice: “el poder punitivo en serio no se ejerce sobre los que están presos sino sobre los que estamos sueltos, pues es poder de vigilancia” (Zaffaroni, 2011, p. 506).

Claro, a través de este poder punitivo desconfigurado, convertido en facultad para mirar todo lo que hacemos, para controlar cada movimiento que realizamos, es que la globalización se erige con el poder de decidir sobre nuestras vidas, y para eso era imprescindible crear un hombre con miedos, porque así es más fácil manipularlo.

El Estado sabe más de nosotros que nosotros mismos. Bastaría decir que ni usted ni yo conocemos cuántos kilovatios de energía eléctrica consumimos al mes en nuestra casa o en nuestra oficina, pero el Estado sí lo sabe. Le basta con apretar un simple botón. Y también leen nuestras conversaciones por Facebook y por whatsapp, saben a quién contactamos y a quién no, con quién salimos, qué amantes tenemos, a dónde vamos los viernes por la noche. Lo saben todo. Y luego, dado que

---

<sup>1</sup> Del análisis que hace Foucault a las piezas originales del proceso contra François Damiens llega a la conclusión de que este fue ejecutado con la mayor saña posible el 2 de marzo de 1757.

todo en el mundo neoliberal es mercadería que puede ser comprada y vendida, venden todos los datos que almacenan sobre nosotros a empresas privadas. No es de extrañarse, por ejemplo, que cuando vamos a un establecimiento comercial a comprar un artefacto, el sujeto que nos atiende nos pregunta solo nuestros nombres y a los pocos segundos nos entrega una factura en la que están consignados el número de nuestro documento de identidad, del teléfono, convencional de nuestro hogar, la dirección domiciliaria en la que vivimos. En suma, lo saben todo. La privacidad no existe más, y no existe porque nosotros lo quisimos así a partir de la instalación de la sociedad mediática del terror. Nos convirtieron en miedos ambulantes. Exigimos más seguridad, y para eso estuvimos dispuestos incluso a sacrificar nuestro derecho a la intimidad. Queremos que el municipio o el estado central instalen más y más cámaras de seguridad en cada esquina de la ciudad y no nos damos cuenta de que estamos contribuyendo a poner los ladrillos de nuestra propia jaula. Hoy, los niveles de criminalidad, comparados con los de la década de los 40, 50 o 60 del siglo pasado, son contundentemente menores. Es decir, vivimos en sociedades mucho más seguras que las de nuestros abuelos y, sin embargo, nunca nos sentimos tan inseguros como ahora.

Cabría preguntarse ¿por qué sembrar pánico?

La respuesta es muy sencilla: el miedo cosecha inseguridad y esta se convirtió en un lucrativo negocio, y además es tema central del debate político actual. No solo en los países del tercer mundo, por ejemplo

... en Europa es un fenómeno que afecta la vida de entre un 15% y un 26% de los ciudadanos. Las consecuencias reales de ésta inseguridad se constatan en las actitudes y comportamientos de los europeos, principalmente entre los grupos sociales más vulnerables física, social y económicamente. Existe más miedo, menos solidaridad, cohesión social y tolerancia. La delincuencia acarrea también costes sociales. Las personas que se sienten más vulnerables, especialmente las mujeres y los ancianos, tienden a desarrollar una “arquitectura del miedo” que alienta a algunas personas a retirarse tras puertas cerradas, reduciendo así sus lazos sociales. (Thomé, 22004, pp. 9 y 10)

## I

### LA IMAGEN NO JUZGA, LA IMAGEN CONDENA

Como sabemos, hay dos momentos de criminalización. En la criminalización primaria interviene el legislador, quien elabora la norma penal.

No obstante, los legisladores no salen a la calle a atrapar a los que cometen delitos. Eso lo hacen las agencias punitivas, es decir, los policías, y en ciertos países donde la tolerancia cero ha alcanzado niveles extremos, esta labor también la cumplen los militares. Al hacer la criminalización secundaria, seleccionan a quién capturar, y lo hacen con base en estereotipos, siendo que, como

diría Zaffaroni, la selectividad es siempre un dato estructural, y por eso las cárceles están llenas de sujetos que provienen de los estratos más bajos, más carenciados de toda “sociedad”.

¿Qué relación tiene lo que acabamos de exponer con nuestra investigación?

Seguimos atando cabos. Resulta que para cambiar una determinada realidad se necesita, obligatoriamente, entenderla. Aquí, los medios de comunicación, que están muy interesados en manejar la política criminal como un circo porque esto les produce enormes ganancias, empiezan a intervenir en dos modos: 1) por un lado, deben despojar al ser humano concreto de su capacidad de reflexión y de rebeldía; 2) al producir y reforzar la multiplicación de este tipo de clientes, puede presionar a otros grandes carteles a respetar sus espacios de poder y vacía de contenido la discusión académica y científica sobre el fenómeno criminal, dando espacio a un derecho penal de tercera velocidad, abiertamente fascista. A continuación desarrollamos estas ideas. Como sabemos, Sartori ya nos había prevenido del advenimiento de un nuevo ser humano que es producto de la cultura de las imágenes: el video niño, un ser cuyo proceso de formación y desarrollo está condicionado por la televisión y que crece generalmente sin desarrollar la capacidad para reflexionar. No es capaz de salir del pensamiento concreto, le presentan una imagen e inmediatamente repite “automóvil”, “casa”, “ángel”, apenas identifica, pero ha sido despojado de herramientas para formular reflexiones abstractas (Sartori, 1998, p. 36).

Esto tiene una consecuencia terrible para Sartori, pues un mundo que solo gira en torno a la capacidad de ver, de observar, de receptor imágenes es un mundo de personas que han perdido la capacidad de reflexionar<sup>2</sup>, de gente que sencillamente no piensa, y no lo hacen porque ese sea su deseo, no porque no quieran hacerlo, sino porque esa capacidad les fue mutilada por la televisión.

Como la imagen carece de contenido cognoscitivo, porque solo es una masa de colores, formas y sonidos, la capacidad de pensar es anulada, es absolutamente absorbida por la de receptor figuras a través de los ojos. El profesor Bravo Regidor nos ayuda a entenderlo mejor cuando expone:

En el mundo del homo videns no hay más autoridad que la de la pantalla. Así, el concepto queda sumergido entre colores, formas, secuencias y ruidos ininteligibles. La imagen no discute, decreta. Es al mismo tiempo juicio y sentencia. La pantalla no acepta ni la discusión ni el intercambio: simplemente, no tiene interlocutores, lo convierte todo en espectáculo y atropella cualquier posibilidad de diálogo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sartori es un poco más cruel. A la sociedad actual, constituida por un enorme número de personas que sólo miran televisión, la califica como un mundo de estúpidos.

<sup>3</sup> Al respecto es interesantísimo el análisis que hace Carlos Bravo Regidor en la primera página de su conocido y no menos polémico artículo “El homo videns a la luz de Ortega”. [http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/94/21\\_Galaxia2\\_Homovidens\\_Bravo.pdf](http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/94/21_Galaxia2_Homovidens_Bravo.pdf)

Quitarle valor a la palabra es el primer paso. El modelo neoliberal es eso, en esencia, su verbo favorito es “despojar”. El proceso de despojo de la capacidad de reflexionar, por consiguiente, comienza desde la infancia. La televisión es la primera escuela, el primer escenario educativo del niño. Aprende viendo y ya no tiene mayor interés por leer.

No se necesita una laurea en ciencias de la educación para saber que la función básica de conceptualizar y discriminar hechos y fenómenos sociales, culturales, políticos se logra mediante el desarrollo de la cultura escrita y el lenguaje, pero el niño, el niño de hoy, responde a estímulos casi exclusivamente audiovisuales.

Ese individuo se convirtió –por obvias razones– en el cliente perfecto de la televisión hasta la década de los 90 del siglo pasado y de los medios digitales en la actualidad. Pero no solo es su consumidor, sino también su víctima. Este individuo despojado de su capacidad de reflexión sentirá miedo cuando ellos digan que debe tener miedo, votará por el político que ellos le presenten como bueno y puro, saldrá a las calles a festejar cuando el equipo de fútbol que ellos le digan que es el más popular ha ganado un campeonato. La concepción del mundo que el niño tiene, por elemental derivación, es la de una caricatura. No es más el *homo ludens*. Ya ni siquiera sabe jugar. Así el negocio de los medios de comunicación es perfecto. Forman la opinión según sus nexos con otros carteles mercantiles. Y tienen a millones de seres humanos que no conocen otra autoridad que no sea la de la pantalla, millones de seres estupidizados durante décadas que solo creen en lo que ven, porque la imagen no te brinda ninguna posibilidad de debate, la imagen no juzga, se salta ese escenario. La imagen solo te condena, y lo hace desde la única voz, la voz omnipotente del dueño del micrófono.

Y dado que la imagen no juzga, sino que se limita a dictar sentencia, cuando se trata de sentenciar como peligrosos y delincuentes, la imagen siempre será de la del inmigrante extracomunitario, la del individuo negro, la del tipo feo y desdentado, la del joven sucio y mal vestido. Así, los medios de comunicación, a través del estereotipo y de la cultura del prejuicio, despojan a los académicos de la elaboración de la política criminal. Sin duda, muchos argumentos no le faltaron a Duverger (1972) cuando lanzó su famosa tesis de la “cretinización del público” (p. 232) por parte del sistema de información capitalista, que tiene como principal objetivo distraer a las personas de los verdaderos problemas que deberían ocupar su atención; sistema que no habla de los delitos de cuello blanco, de los delitos ambientales en los que están involucrados jefes de las familias más decentes de cada sociedad decadente; un sistema que no habla de la brutalidad policial, de la corrupción política. Hay que alejar a las masas de sus verdaderos enemigos y en su lugar es preciso crear otro, uno más débil, uno cuya eliminación casi nadie con voz vaya a echar de menos. La política ha quedado, gracias a la televisión, vaciada de contenido. Así, quienes terminan siendo elegidos legisladores son generalmente los que los medios de comunicación escogen. Y ellos obviamente son funcionales, totalmente leales al proyecto mediático del neopunitivismo. Los partidos políticos casi no existen. El ejemplo paradigmático es el de Berlusconi, quien llegó al poder no porque tuviera una organización política sólida, sino

gracias a la formidable capacidad de difusión de la red de canales de televisión de la que es el dueño absoluto. La cuestión se simplifica y se prueba con hechos incuestionables.

### **1.1. El pobre papel del legislador frente a la cultura del terror**

¿Quién fue el primer estudioso del gran poder de la difusión de noticias en el nacimiento de los Estados-nación? Un sociólogo y criminólogo francés, genial, por cierto: Jean Gabriel De Tarde, conocido como Gabriel Tarde.

La investigación de Tarde se inicia describiendo el proceso de lo que él bautizó como desreificación<sup>4</sup>, esto es, la dramática pérdida de poder del Rey a partir de la instalación en la sociedad de la época de folletos e impresos que empezaban a cuestionar su autoridad. Así surge el Parlamento, y así se legitima, dado que al no existir un aparato llamado televisor en cada casa, las masas para poder enterarse de lo que sucedía en sus alrededores debía obligatoriamente leer, y esto, obviamente, propició la generación de reflexiones, las que, luego al correr por todo el entramado social, se convirtieron en “opinión pública”, hija de la “opinión publicada”. Tarde demostró, entonces, cómo esta opinión publicada le dio sustento al Parlamento, lo dotó de legitimidad, y así auspició la conformación de los Estados-nación. Y como es de esperarse, los dueños de los medios nunca dan nada gratis. Inmediatamente entendieron que sin sus panfletos sencillamente no existiría Parlamento.

A mediados de los años 70 del siglo pasado, de la mano del prestigioso investigador jurista, criminólogo y sociólogo alemán Sebastián Scheerer aparece el conocido “ciclo de reforzamiento político-periodístico”, sobre el que ya desarrollaremos algunas ideas centrales para esta tesis. No hay espacio para que ningún político que quiera llegar al Parlamento ceda ante la tentación de hablar de garantías procesales o para analizar el fenómeno criminal desde la academia. El que lo hace sencillamente desaparece. Los medios le han dicho a las masas que se necesita endurecer las penas para enfrentar a los marcianos, mano dura con los extraterrestres, con los peligrosos salvajes que quieren entrar en nuestras casas para violar a nuestras mujeres y quedarse con ellas. Para Scheerer, la inmediata consecuencia de un tratamiento alarmista de la criminalidad por parte de los medios de comunicación es un crecimiento exponencial de la sensación de inseguridad general (Scheerer, 2012, pp. 403-410).

Esta angustia desmoralizante es percibida por el poder político, el cual pone en marcha una serie de programas y estrategias “para combatirla”. Como mucho no les interesa construir escuelas, hospitales, invertir en programas sociales porque ese dinero generalmente desaparece en medio de denuncias de corrupción que nadie investiga, escogen la vía más simple: “Hagamos cárceles

---

<sup>4</sup> Para una idea clara sobre el pensamiento del sociólogo francés es preciso leer a Elihu (en Dayan, 1997, p. 320). Marra (1985, pp. 49-92).

más grandes, porque entre más presos tengamos, más seguros viviremos”<sup>5</sup> Si estamos en época electoral, los discursos de tolerancia cero y de mano dura con la delincuencia aumentan. En Estados Unidos, por ejemplo, los candidatos a gobernadores de estados como Texas aparecen en spots publicitarios que los ve todo el país con retratos de los presos que fueron ejecutados durante su gestión como diciendo “yo, los mato, conmigo no se juega”

El discurso de los candidatos luego se traslada al ámbito de los medios de comunicación, los cuales no dudan en darle todo el espacio al candidato que mejor exprese sus ideas de derecho penal de tercera velocidad, es decir, de excesivo punitivismo. Los medios saben cómo disfrazar de “bueno” y “académico” al aspirante a legislador. Luego justifican su propuesta con imágenes de tipos asaltando a una mujer en media calle. Total, es su candidato, su futuro legislador, quien sintoniza con su discurso mediático y garantiza su predominio subrepticio pero real sobre las masas. Al final de la cadena está el cliente del medio de comunicación. El individuo idiotizado que dirá “sí, acepto” a todo lo que sus hipnotizadores le propongan. Ya hemos visto cómo fue despojado de su capacidad de reflexionar.

Van y votan por el candidato de la tolerancia cero, el candidato de la extrema derecha en Ecuador que va a endurecer las penas, el racista de la Lega en Italia que va a expulsar extracomunitarios. Doloroso, por ejemplo, escuchar expresiones del líder histórico de la derecha recalcitrante en Guayaquil durante las protestas indígenas en contra del alza de los combustibles. “Que se queden en el páramo”, dijo, mientras la alcaldesa del puerto principal, en pleno estado de excepción y con el país convulsionado por las manifestaciones y la brutal represión del gobierno, se dedicaba a cerrar el puente que unía a esta ciudad con el resto del país para impedir el ingreso de los pueblos originarios. La prensa, en lugar de fustigar estos hechos, armaba burlas con tintes abiertamente delictivos. “Yo pienso que se los debe capturar, indio cogido, indio preso y así hasta acabarlos a todos”, decía un comentarista en uno de los medios digitales que curiosamente recibe aportes, por concepto de pauta o publicidad, de fondos públicos, que le son entregados por la Alcaldía de Guayaquil, la Contraloría, el mismo gobierno. Es claro que esperar un mínimo de imparcialidad de estos comerciantes es imposible.

Los medios venden más publicidad durante esos días porque los discursos racistas siempre generan escándalo, producen morbo y el morbo vende y el ciudadano se queda un poco más tranquilo, por un tiempo, confiado en que sus “representantes” van a eliminar todos los peligrosos y van a construir un mundo en el que todos podamos meterles la cabeza en las fauces a los leones y seremos iguales y felices. De dosimetría no se habla. De técnica legislativa no se discute. Tampoco se indaga si el futuro legislador ha escrito o investigado sobre temas criminológicos, si estudió sociología, psicología o derecho. No importa. Lo único que interesa es tener legisladores que vayan a proponer reformas al Código Penal para que los pobres sigan llenando las cárceles.

---

<sup>5</sup> Que constituye piedra angular de la filosofía norteamericana para combatir el crimen.

## II

### ¿CÓMO SE CONVIERTE AL DELITO EN MIEDO Y AL MIEDO EN MERCANCÍA?

El peligrosísimo manda matar toda sombra que se mueva, los grandes medios de comunicación son grandes miedos, las campañas electorales parecen películas de terror y la criminología corre el peligro de convertirse en una ciencia de las cerraduras. ¿De dónde viene este mundo nuestro, cada vez menos nuestro?  
¿Adónde va, adónde vamos?

*Eduardo Galeano*

Con Marx y luego gracias a Borísov, Zhamin y Makárova, nos quedó claro que la mercancía es el producto del trabajo destinado a satisfacer alguna necesidad del hombre y que se elabora para la venta, no para el propio consumo. Ahora bien, los productos solo podían pasar a ser mercancías en el preciso momento en que surge la división social del trabajo y cuando se conjugan determinadas formas de propiedad sobre los medios de producción y los frutos de la labor<sup>6</sup>. Así, el término “mercancía” es una categoría histórica.

Toda mercancía posee dos propiedades, tiene un doble carácter. En primer lugar, debe satisfacer una necesidad humana, dicha propiedad constituye el valor de uso de la mercancía. En una segunda dimensión, derivada de la primera condición, el valor de uso es portador del valor, es decir, del trabajo social invertido en su producción y materializado en la misma. En el caso de la mercancía “CRIMEN”, a los medios se les abaratan costos de trabajo concreto, que es, como todos sabemos, el que crea el valor de uso de la mercancía y al mismo tiempo magnifica el trabajo abstracto que luego va a generar el valor comercial propiamente tal.

Dado que cuando se analiza la magnitud “valores”, las mercancías constituyen condensaciones de trabajo social homogéneo de los productores, se entiende que los valores de la mercancía MIEDO no pueden sino estar determinados por la cantidad de trabajo socialmente necesario para generarlo, para darle existencia. En el mercado del miedo, los grandes medios de comunicación no tienen que pagarle menos al pequeño productor. Ni siquiera tienen necesidad de explotarlo como explotan la mano de obra del obrero o de los sujetos a los que hacen laborar en condiciones clandestinas. Lo que hacen es simple y sencillamente despojarlo de su dignidad. El delincuente menor es presentado ante la sociedad y a cambio no se le retribuye absolutamente nada. Hay un despojo, grosero, violento, sórdido. Si en la economía mercantil de propiedad privada el doble carácter del trabajo, materializado en la mercancía, refleja las contradicciones entre el trabajo privado y el

---

<sup>6</sup> Borísov, Zhamin y Makárova, *Diccionario de economía política*, publicado originalmente en ruso y traducido al español en 1965 por Augusto Vidal Roget. <http://www.eumed.net/coursecon/dic/bzm/index.htm>



trabajo social de los productores, entre el valor de uso y el valor de valor propiamente tal, en el mercado del crimen esto no sucede. El único egreso, el único gasto de los dueños de los medios de comunicación es la mano de obra del camarógrafo, del reportero y después del presentador de la nota. Nada más. El resto es ganancia absoluta.

Lo que destacados exponentes de la Escuela de Frankfurt como Max Horkheimer, Teodoro Adorno, Erich Fromm y Herber Marcuse en la década de 1920 definieron como “la gran industria cultural” no son más que los medios de comunicación social, quienes, como todo grupo empresarial, se lucran del intercambio de mercancías, que en este caso son los contenidos y el fenómeno criminal proporciona un mix entre contenido informativo y de entretenimiento que les resulta imposible no explotar, y que difunden a través del cine, la radio, la prensa escrita, televisión e internet en distintos horarios, a un público diverso (Herrera, 2004). En consonancia con lo expuesto, si hoy se nos preguntara ¿en qué escenario se debaten los hechos criminales en un Estado de derecho?, las respuestas que darían estudiantes y profesionales como abogados o sociólogos serían inmediatas, tendrían la automática tendencia a imaginar un estrado, una sala de audiencias en materia penal o una sala de clases.

Y es que para los dueños de los medios de comunicación, la noticia de un hombre desgraciado, que no encuentra trabajo y que se entrega a las drogas y que termina en una madrugada extraña asesinando a puñaladas a una mujer que pasa por la calle en la que intenta dormir es un negocio, una oportunidad para vender decenas de miles de diarios, de revistas, un suceso magnífico que les permitirá vender más publicidad en sus espacios de televisión. Por ello, dado que el crimen y el fútbol generan toneladas de dinero, a los medios de comunicación no les interesa que el análisis del delito se quede concentrado en claustros académicos o en tribunales penales. Nada de eso. Hay que convertir cada desgracia en dinero. Así, han generado otro universo, mucho más amplio, que ante la misma pregunta tiene otra respuesta. Y es que para un ama de casa, un obrero, un desempleado, el teatro criminal y todo lo relacionado con su análisis se lo provee el noticiero o la portada del diario sensacionalista, o lo que es más preocupante todavía, se entera de “cómo es un juicio” o “llega a la convicción de quién asesinó a la cantante popular del pueblo” no a través de un pronunciamiento judicial, sino gracias a las opiniones de los comentaristas de programas de farándula (así se autodenominan los actuales vendedores de chismes sobre la vida de los demás) que han banalizado el análisis forense a niveles realmente inimaginables. Es que los *mass media* no solo permiten la información y la formación de la opinión pública, sino que

Han asumido la función de foros de exposición y debate de los principales problemas sociales: seleccionan los acontecimientos que se van a convertir en noticias (fijan qué es conflicto noticiable, cómo y con qué contenido debe ser presentado) y, a continuación, establecen las noticias que serán objeto de discusión social. (Fuentes Osorio, 2005, p. 16)

Las premisas axiológicas que fácilmente se desprenden de este tipo de “periodismo” tienen un solo objetivo: vaciar de contenido jurídico, criminológico y sociológico el delito para convertirlo

en un “show” decadente, en el que quienes opinan son personajes como exbailarinas y sujetos sin ninguna preparación académica que diariamente hacen una caricatura de lo que se conoce como periodismo de opinión (Moreno Espinosa, 2001, pp. 107 y ss.) pero logran que el espectador no piense sino que se convierta en un mero depósito de ideas, siendo que la única voz que escucha, la única opinión válida es la del “experto” señor de la televisión que confunde la narración descriptiva de un hecho con juicios de valor, generalmente cargados de un alto grado de fanatismo religioso. Pero ¿qué hay detrás de todo este pronunciado interés de los medios de comunicación por destinar la mayor parte de sus franjas a temas relativos al delito?

Si usted es el dueño de un medio de comunicación y sus programas “prime time” no tienen audiencia, no logran concitar la curiosidad de los espectadores, entonces está destinado a la quiebra, porque ninguna empresa querrá pautar en esos espacios. El empresario de la comunicación, como cualquier otro mercader, busca vender más de lo que invierte. Y venderá más siempre y cuando sea capaz de montar un “show” que concite el interés de las masas, y el mejor circo del mundo moderno es el crimen. Sí, ciertamente suena perverso, pero es así.

### **li.1. La paradoja mediática: venden violencia pero exigen paz mediante la despersonalización del enemigo**

El jueves 23 de junio de 2016, a las 07h00, el canal de televisión más importante del Ecuador presentó una entrevista con el Ministro del Interior. Como esta no se desarrolló como el ministro exigía, inmediatamente la Superintendencia de la Comunicación remitió una carta a la estación televisiva amenazando con graves sanciones por permitir el abuso contra el funcionario al “no dejarlo hablar libremente y sin interrupciones”. La respuesta del periodista es un perfecto ejemplo de lo que significa la criminología mediática y cómo trata de imponerse por sobre el mismo Estado, incluso cuando en el poder está un gobierno con claros tintes totalitarios:

Son datos cualitativos los nombres, parentescos, función, cargo, actividad o cualquier otro que establezca conexidad de las personas con los hechos narrados, considero que los datos de la Policía, Fiscalía y Contraloría que omiten los nombres y apellidos de delincuentes confesos o de personas involucradas en actos delictivos que ofenden a la sociedad viene generando una desinformación que extiende manto protector sobre todas las actividades delictivas, pues los medios de comunicación llegan al extremo de ocultarle el rostro a narcotraficantes, asesinos, violadores como si fuesen niños inocentes... en consecuencia, quienes se benefician de esta mala práctica informativa son narcotraficantes, asesinos y violadores. Además los fiscales y jueces que los favorecen.

El entrevistador olvida algunos apuntes significativos, como por ejemplo, que a partir de la investigación de Wilson en 2008 podemos extraer datos realmente clarificadores para confirmar que vivimos en una sociedad que gira en torno a la violencia, que los medios contribuyen a su difusión y luego exige un derecho penal de tercera velocidad solo para al más débil. Bastaría decir que alrededor del

90 % de las películas que se transmiten indiscriminadamente por señal abierta en televisión incluyen significativas secuencias de brutalidad y ataque al otro. La violencia está presente en el 68 % de los videojuegos infantiles, en el 60 % de los programas de televisión, y como si no fuere suficiente, ni siquiera los vídeos musicales están exentos, pues también presentan un 15 % de escenas con agresiones (Wilson, 2008). Y cómo olvidar a Internet, donde siempre hay espacio para la brutalidad. Un estudio de 2008 de 1500 de 10 a 15 años de edad encontró que el 38 % había estado expuesto a escenas violentas en la red (Ybarra y Suman, 2008). Por si el tema no queda suficientemente claro, es preciso señalar que en los Estados Unidos, una conocida investigación realizada en 2003 sobre los spots publicitarios que son transmitidos en las franjas horarias infantiles concluyó con un dato sin duda preocupante y penoso: el 37 % de estos anuncios constituyen proyecciones de agresión física o verbal (Larson, 2009). Estos datos nos llevaron a visitar 100 familias en la ciudad de Guayaquil, puerto principal del Ecuador, en Sudamérica. Hogares de diversos estratos sociales que nos refirieron tener niños en sus casas. Los datos nos demuestran que los menores en edades comprendidas entre 5 y 14 años ven un promedio de 4,5 horas de televisión cada día. Sobre la base de esos programas, iniciamos un seguimiento a la programación que ellos privilegian. Es importante destacar que en Ecuador los menores, ya no son clientes de “comics” o programas propiamente infantiles. Prefieren programas como “Combate”, “Calle 13”, “Blanco y Negro”, en el que hombres y mujeres con cuerpos trabajados en gimnasios compiten en diversas pruebas atléticas y se enamoran entre ellos, luego rompen sus relaciones, inician nuevos romances, discuten, tienen marcadas rivalidades con los jugadores del equipo “del otro color”, con el árbitro, etc. Por otro lado, un 87 % de los menores hicieron referencia a ver programas de farándula, es decir, de chismes sobre la vida privada de personas convertidas en celebridades no por haber descubierto la cura para una enfermedad ni por escribir una tesis doctoral sobre los orígenes del islam sino por jugar al fútbol o cantar tecnocumbia en minifalda.

Desde septiembre de 2014 a septiembre de 2017, como parte de una recolección de datos de la Comisión de Derecho Penal de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, codificamos más de 100 horas de programación. Las principales conclusiones fueron: El 56,7 % de todos los espectáculos incluye violencia. Hay 7.3 actos violentos por hora. El 59,4 % de los programas y los spots que se transmitían en sus pausas presentó escenas con violencia representada en el uso de armas. Ninguno de los programas con contenido violento transmitió a continuación un mensaje antiviolencia o mensaje prosocial haciendo hincapié en las alternativas o consecuencias de la violencia. Llegamos a la conclusión de que un niño en el Ecuador verá al menos 3 incidentes violentos con armas de fuego por cada hora que ve la televisión. Pero la paradoja no es exclusiva de los medios televisivos. El domingo 18 de marzo de 2012, en el diario más vendido en la Argentina, apareció una pieza periodística que no tiene desperdicio: “Los marcianos atacan de nuevo”. Todo esto a propósito de un asalto a mano armada a la casa de un conocido conductor de televisión.

Su lectura es sencillamente escalofriante. Asistimos impactados a la triste verificación de la construcción estereotipada del “ellos” zaffaroniano. Se habla, sin vergüenza alguna, de la existencia

de un extraterrestre, esto es, de alguien diferente y temible, que no es humano. Según el diario *El Clarín*, los jóvenes que viven en el barrio de los asaltantes de la casa de un periodista forman parte de una “bomba social” que no se desactiva: son “los jóvenes de la banquina, sin nada que hacer”, cuyo único destino es “un horizonte de revólver y muerte” (Calvin, ).

Son el “ellos”, “los pibes que todavía no salieron a robar, pero que pueden empezar esta tarde, mañana o la semana que viene”<sup>7</sup> porque la criminología mediática opera de ese modo: universalizando al “delincuente”, imponiendo su particular visión del universo social plagado de prejuicios. No se refiere este medio de comunicación a un solo extraterrestre sino a todos los que se le parezcan. Son todos iguales y peligrosos, apuntan pues al “mundo más amplio de estereotipados que no cometieron ningún delito y que nunca lo han de cometer”.

¿Quiénes pueden formar parte de este universo de diferentes? Desde identidades étnicas, de clase, grupos etarios (los “adolescentes”, los “menores” en general), socioculturales (los “pibes chorros”), potenciales integrantes de una marginalidad vaga que en cualquier momento puede atentar contra el orden establecido. Otro de los estereotipos más frecuentes es el de la “reincidencia”: se trata de destacar que el asaltante volvió a cometer un delito gracias a la impunidad promovida por aquellos jueces que le otorgan, pese a sus antecedentes, la libertad.

No es solo *El Clarín*. Si revisamos la edición del 14 de marzo de 2012, nos encontramos con el siguiente titular del diario *La Nación*, también argentino: “En libertad condicional, salía a robar”, mientras explica que “Hasta anoche, ningún integrante del Tribunal Oral de San Martín que le otorgó ese beneficio al sospechoso explicó por qué excarceló al imputado, a pesar de los antecedentes que tenía”. Claro que existiría un mínimo de coherencia en el discurso abiertamente racista y excluyente de estos medios siempre que en sus contenidos no difundan abiertamente violencia, sin embargo, al revisar las ediciones a las que hemos hecho referencia en ambos diarios, encontramos al menos 12 notas exacerbando la misma.

### III

## SENSACIÓN DE INSEGURIDAD Y RIESGO OBJETIVO DE VICTIMIZACIÓN

Los medios de comunicación juegan, como hemos visto, un rol sustancial en el debate parlamentario, en la criminalización primaria y refuerzan los estereotipos para facilitar la criminalización secundaria; ahora bien, para ello necesitan generar un nuevo vocabulario. Entonces, la pregunta es: ¿qué factores provocan que “el vocabulario del miedo al crimen sea capaz de traducir y expre-

---

<sup>7</sup> El artículo, publicado en *El Clarín*, el domingo 18 de marzo de 2012, está disponible en [http://www.clarin.com/inseguridad/marcianos-atacan-nuevo\\_0\\_665933553.html](http://www.clarin.com/inseguridad/marcianos-atacan-nuevo_0_665933553.html). Su autor es Héctor Gambini, que milita abiertamente por la tolerancia cero

sar cada vez más todo el conjunto de las inseguridades sociales” (Baratta y Pavarini, 1998, p. 23)? Tras una reflexión crítica, aparece suficientemente claro que la inseguridad ciudadana frente a la criminalidad es el producto de una compleja construcción social dentro de la cual el riesgo efectivo del crimen tiene un papel relativamente marginal. Es decir, no es cierto que la actividad delictiva haya logrado arrasar todos los diques de contención de ningún Estado en el mundo. Siempre se ha mantenido en niveles históricos bien conocidos. Un ejemplo nos parece esclarecedor: como sabemos, establecer un perfil de riesgo objetivo de victimización en una ciudad como Guayaquil (podríamos tomar como escenario a São Paulo, Bogotá, Lima o Buenos Aires) es un tema mucho más complejo que tomar un micrófono y decir en televisión nacional que la ciudad debe ser militarizada porque estamos a merced de la delincuencia. Un perfil serio se hace a partir del análisis de factores sociodemográficos y factores contextuales, que jamás han sido siquiera nombrados en ningún programa de televisión, diario o revista del Ecuador.

### **iii.1 Temor y exclusión: los miedos, los temores actuales según los diversos grupos sociales**

En Sudamérica, en los barrios pobres sus habitantes tampoco viven con la angustia de la inseguridad. Su miedo es sobrevivir otras 24 horas con un bocado para comer o que sus casas de cartón no se derrumben con las próximas lluvias. Y curiosamente, allí es donde se producen la mayor franja de crímenes violentos, que sin embargo tienen una expresión marginal, abismalmente inferior cuantitativamente hablando a lo que nos presentan los *mass media*. Cruel pero clarificante paradoja: quienes deberían estar más preocupados por la inseguridad, por vivir en sectores donde la violencia se desencadena con mayor facilidad, son los que menos se preocupan. A continuación presentamos cifras del caso ecuatoriano<sup>8</sup>. Mientras los medios de comunicación, en la misma fecha, nos bombardeaban con noticias en el sentido de que el crimen estaba desatado, las cifras oficiales nos decían algo diametralmente opuesto: entre enero y diciembre de 2012 se registró una sensible disminución de cuatro de siete hechos delictivos medidos técnicamente. Las cifras corresponden a homicidios/asesinatos (-19,66%), robo a locales comerciales (-0,61 %), robo vehículos (-2,71 %), asalto en carreteras (-4,36 %). Y esto tiene un impacto directo en la percepción de las masas, porque si usted está sometido a un permanente ataque de mensajes que le dicen “bienvenido a la ciudad en la que matan gente cada 5 minutos”, la calidad de su vida se pauperiza. Ahora bien, resulta extraño para ningún mortal moderno leer en cualquier diario (ya no se escapan ni los considerados serios) que cada cierta cantidad de minutos tiene lugar un delito. Esto constituye un deliberado acto para proyectar lo que se conoce como “riesgo de victimización” sin un sustento científico que permita demostrar que se comunica a partir de datos demostrables.

---

<sup>8</sup> La cuestión con la criminología mediática es mundial. No se trata de un fenómeno aislado, circunscrito solo a los países centrales o propiedad exclusiva del tercer mundo, no, nada de eso, es un suceso global.

La falsedad de estas aseveraciones queda en evidencia a partir de la siguiente reflexión: los medios dividen la cantidad anual de delitos cometidos entre los minutos del año. Pero no realizan ese ejercicio entre el número total de habitantes de una determinada circunscripción territorial. Si hicieran esto, que es lo científicamente correcto y ético, el cociente resultante indica que la probabilidad que tiene cada individuo de ser víctima de un delito es inferior al 1 %. Solo como ejemplo, si sumamos todos los delitos denunciados en Ecuador en 2012, tenemos un total de 90 496 hechos delictivos en un país con 15 500 000 habitantes, y entonces la empresa del miedo se cae. Un sujeto sufriría un delito con absoluta certeza cada 171 años. Si se desea incluir los delitos no registrados (2/3 más=30165 en total), el riesgo de ser víctima no supera todavía el 1 % y el número de años necesarios para alcanzar el 100 % se reduce a 129.

Como vemos, las cifras no le ayudan a la criminología mediática para justificar su abrumador despliegue sobre los enemigos que nos acechan, pero sí le sirvió a los medios de comunicación para vencer, y brutalmente, a los gremios de abogados que tratábamos de hacerle entender a la Asamblea, al poder legislativo que elaborar un código penal con más tipos, con más crueldad en cada sanción no iba a acabar con el conflicto. Se terminó diseñando y aprobando quizás el código punitivo más cruel de toda la historia del Ecuador, y en esto los *mass* jugaron un rol clave.

Veamos ahora los principales titulares de uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional en Ecuador, curiosamente, el único que no ha descendido sus volúmenes de ventas y que se imprime incluso en Génova por la gran demanda de ecuatorianos que viven allí. Los titulares corresponden a su edición del jueves 30 de junio de 2016<sup>9</sup>:

**1. Quito quiere un cuarto premio de turismo**

La capital compite una vez más para ser el mejor destino turístico del mundo.

**2. Policía desarticuló banda de traficantes**

En un operativo ejecutado la madrugada de ayer en las provincias de Guayas y Orellana.

**3. Un hombre se lanzó de un edificio en Quito**

Ayer, Un chico cayó del piso 22 del edificio Cofiec, en el centro-norte de Quito.

**4. Pescadores celebrarán su día en Manabí**

Artesanos conmemoraron su día ayer. En el país hay 120 mil personas que se dedican a esta actividad.

---

<sup>9</sup> <http://www.extra.ec/ediciones/2016/06/30/cronica-nacional/>

5. Rodearon a supuestos pillos dentro de supermercado

Tremendo operativo policial en Sauces VI, al norte de Guayaquil

6. 'Forenses' de animales los 'llevarán al cielo'

En Quito se levantan de 15 a 20 mascotas sin vida diariamente, según la Empresa Pública de Aseo (Emaseo).

7. ¡Arrojaron la droga en baños y alcantarillas!

Doce personas fueron detenidas por microtráfico.

8. Una 'chauchita' le costó la vida

Hoy estaba previsto que se realice el entierro de un hombre que murió electrocutado. Ocurrió en Toctiuco, centro de Quito.

9. Niña de 4 años habría sido abusada en Santo Domingo

La Dinapen investiga si el ultraje se cometió en una entidad educativa.

10. Amenazan con "limpiar" a Quinindé de microtraficantes

Supuesto grupo advierte, a través de hojas volantes, con "quebrar" a expendedores de sustancias que rondan colegios.

Como se puede apreciar fácilmente, de 10 titulares, 8 hacen referencia a noticias truculentas, relacionadas con actividades criminales, y apenas dos se dirigen a cubrir aspectos positivos para el país, como el que Quito, su capital, se encuentre compitiendo para ser uno de los destinos turísticos importantes del mundo o un hecho relacionado con la actividad laboral que sirve de sustento a la mayor parte de los pobladores de las provincias costeras, como la pesca.

Queda claro que la cobertura noticiosa del fenómeno criminal no concuerda, ni de lejos, con las cifras reales ni con los escalones delictivos registrados en un área geográfica determinada en un preciso periodo de tiempo

## IV

### LA CONSTRUCCIÓN MEDIÁTICA DEL ENEMIGO DE LA SOCIEDAD

Tener un enemigo es importante no solo para definir nuestra identidad, sino también para procurarnos un obstáculo con respecto al cual medir nuestro sistema de valores y mostrar, al encararlo, nuestro valor. Por lo tanto, cuando el enemigo no existe, es preciso construirlo.

**Umberto Eco**

En Ecuador hay más de un 70 % sin empleo, absolutamente excluidas del sistema<sup>10</sup>. En octubre de 2019, el gobierno decidió elevar el precio de los combustibles en un 123 % y la población más débil estalló: 12 muertos, más de un millar de heridos, un millar de detenidos, entre ellos niños. Los medios de comunicación se encargaron mayoritariamente de presentar a los manifestantes (indígenas, estudiantes, obreros, desempleados) como terroristas. Otros, vinculados a intereses de la banca, transmitían “Bob Esponja” en las horas más cruciales de la represión militar. Históricamente han protagonizado y siguen jugando un rol clave para crear la imagen de un adversario perverso al que es necesario derrotar para mantener a un determinado grupo con el control total sobre los demás; es decir, es preciso, a efectos de una cabal comprensión del tema que estamos analizando, explicar que la creación de un “enemigo” al cual eliminar mediante el sistema punitivo o vía extrajudicial siempre fue tarea de la Criminología mediática, que generalmente ha estado al servicio de regímenes totalitarios, y el enemigo que ahora pretenden inventar son “los indígenas” que recibirían “financiamiento extranjero y entrenamiento terrorista” para conspirar contra el “amado presidente”, que tiene a los hijos de los dueños de los medios como ministros. Si no hay enemigo, se lo tienen que inventar. En Alemania, incluso diarios como *Der Stürmer* no estuvieron exentos del virus del odio, imprimían tiras cómicas que usaban caricaturas antisemitas para representar a los judíos y difundir entre la población el estereotipo contentivo de que estos eran peligrosos enemigos que querían apoderarse del país. Poco después de la invasión alemana a Polonia en septiembre de 1939, los nazis armaron toda una estructura propagandística para inculcar en los ciudadanos y soldados alemanes que los judíos eran no solamente subhumanos sino también voraces adversarios del III Reich. Hitler necesitaba obtener apoyo, o por lo menos asentimiento, para las políticas dirigidas a remover permanentemente a los judíos de las áreas alemanas. Las películas, fueron claves para difundir el racismo, el antisemitismo, la superioridad del poderío militar alemán, y la maldad intrínseca de los enemigos, tal como eran definidos por la ideología nazi. Las películas nazis representaban a los judíos como criaturas “subhumanas” infiltrándose en la sociedad aria. Por

---

<sup>10</sup> El desempleo en Ecuador llegó al nivel más alto en los casi tres últimos años. Si bien el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) publicó la cifra oficial actual de 4,9 %, tras esta cifra se esconde los niveles de subempleo, que se ubicó en 19,7 %; la tasa de empleo no pleno es de 25,9 % y el empleo no remunerado de 10,4 %.



ejemplo, *Der Ewige Jude*<sup>11</sup>, dirigida por Fritz Hippler, describía a los judíos como parásitos culturales vagabundos, consumidos por el sexo y el dinero. Aprovechando las imágenes y los estereotipos preexistentes, los propagandistas nazis describían a los judíos como una “raza extranjera” que se alimentaba de la nación receptora, corrumpía su cultura, aprovechaba su economía y esclavizaba a sus trabajadores y granjeros<sup>12</sup>. Cualquier parecido con los discursos de los políticos de un partido político de extrema derecha italiana llamada La Lega Nord no es pura coincidencia. Estos racistas primero emprendieron una guerra contra los propios italianos, los más pobres, los del sur. Luego aparecieron los primeros migrantes extranjeros movidos por el hambre, porque nadie abandona su tierra por voluntad, y empezaron a tejer todo un discurso para expulsar de su país, olvidando que los italianos fueron un pueblo de migrantes en varios momentos de la historia. El régimen nazi necesitaba justificar el genocidio judío, y para eso necesitaba difundir que no eran personas, que eran peligrosos adversarios, bajo el lema “o ellos o nosotros”. Difundir este mensaje no era posible sin ayuda de medios de comunicación. A mediados de 1933, el “cómo difundimos el odio” era la obsesión que no dejaba dormir a Goebbels, que llevaba menos de seis meses en el poder. Casi inexistente la televisión, inimaginable Internet, era la radio el vehículo necesario para capturar audiencias masivas. Goebbels convocó entonces a Otto Griessing, uno de los más brillantes ingenieros del momento a cargo de la empresa Seibt y le dio una orden: “En agosto, durante la Feria Internacional de la Radio de Berlín presentaremos la Volksempfänger<sup>13</sup>. Serán receptores económicos, más baratos que los actuales”. En menos de 3 años, la mayor parte de los hogares alemanes tenían una radio y así recibían los mensajes nazis todo el día. Como vemos, es muy difícil que las masas se resistan a odiar si durante horas reciben un verdadero lavado de cerebro de quienes manejan los medios de comunicación, el que sea, en el momento histórico que sea. La criminología mediática al servicio de los nazis a menudo representaba a los judíos como participantes en un complot para provocar la guerra. En la imagen que presentamos previamente, un estereotipo judío conspira entre bastidores para controlar a las potencias aliadas, representadas por las banderas británica, americana y soviética. La leyenda dice: “Detrás de las potencias enemigas: el judío”. La imagen fue difundida por todos los diarios alemanes de la época. Lo descrito no fue exclusivo de los nazis. El fascismo tuvo sus enemigos agrupados en estos tres frentes: el social-comunista, el demoliberal-masónico y el populismo católico, y obviamente había que castigarlos y tratarlos

---

<sup>11</sup> *Der Ewige Jude* o *El judío eterno*, que se estrenó en 1940, es una de las películas de propaganda antisemita más groseras de la historia del cine, que se presentó en diversos escenarios culturales de Berlín disfrazada de documental. El título se refiere al judío errante, una figura en el folklore medieval. El ministro de Propaganda nazi Joseph Goebbels obligó a Fritz Hippler a dirigirla bajo amenaza de prisión. El guion cinematográfico fue escrito por Eberhard Taubert, las escenas recreando estereotipos son muy parecidas a las que transmiten, casi 76 años después, varios canales de televisión europeos cuando presentan, muy astutamente, por cierto, al migrante extracomunitario como peligroso por naturaleza.

<sup>12</sup> Sobre el particular se recomienda revisar <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007832>

<sup>13</sup> En español, Radio del Pueblo o Radio Popular.

como no personas. En Italia, la radio no estaba tan instalada como en los países industrializados y la forma de comunicación de masa más en boga fueron los periódicos. El régimen fascista instituyó un ministerio por las culturas desde el cual difundió la idea de que los que estaban en contra de Mussolini eran enemigos del pueblo y, por ende, podían ser neutralizados.

Un dato muy importante para considerar es que en 1924, poco después del asesinato del diputado socialista Matteotti, Mussolini se dedicó a acabar con toda posibilidad de crítica a su gestión y clausuró los periódicos de oposición, cerró 35 círculos políticos, disolvió 25 asociaciones definidas como “subversivas”, ordenó la suspensión indefinida de 150 ejercicios públicos, arrestó 111 opositores y ejecutó 655 órdenes de búsqueda domiciliaria<sup>14</sup>. En 1925 entra en vigor la ley sobre la prensa que disponía que los periódicos podían ser dirigidos, escritos e impresos solo si tenían un responsable reconocido por el Gobierno, todo el resto eran considerados ilegales<sup>15</sup>. Sin embargo, el diario *Il Popolo d'Italia* funcionó con absoluta tranquilidad y pasó a ser prácticamente un medio de comunicación estatal publicando la propaganda del régimen y artículos de destacados militantes del Partido Nacional Fascista durante casi 20 años. De hecho, más que periódico estatal propiamente dicho, era un órgano de prensa del mismo Mussolini y sus artículos eran considerados como insumos de gran utilidad para el debate y elaboración de la legislación punitiva y la política criminal fascista, dedicada esencialmente a perseguir toda sombra de disidencia. Tanta importancia tuvo este medio de comunicación que el 25 de julio de 1943, cuando finalmente Benito Mussolini fue destituido por diversos grupos de resistencia y el rey Víctor Manuel III, *Il Popolo d'Italia* dejó de publicarse definitivamente por orden del nuevo gobierno de Pietro Badoglio<sup>16</sup>. En Moscú, la estación radial de Khondisk se convirtió en el “megáfono de la revolución rusa”, al decir de la época<sup>17</sup>. Desde allí un locutor reproducía los decretos y las decisiones gubernamentales de los bolcheviques en el poder y las noticias redactadas por la Agencia de Telégrafos de Rusia, la futura ItarTass. Los técnicos soviéticos eran amenazados por el régimen en caso de no lograr que los receptores de radio fabricados por ellos tuvieran la fuerza suficiente para llegar con el mensaje de Stalin a otros países. Lograron en 1920 construir un transmisor de onda corta que permitió al régimen soviético emitir mensajes que podían ser sintonizados en Gran Bretaña, Francia, Alemania e Irak (Oganessian, 1997). El mensaje era claro: “Los enemigos del pueblo ruso serán eliminados”. Stalin asesinó no solo a los enemigos de su pueblo sino a millones de rusos, incluso a sus mejores

---

<sup>14</sup> Los datos son recogidos del artículo La propaganda política fascista: ¿Tiene vigencia? Publicado el 11 de diciembre del 2013 en el portal digital de FUNDAMEDIOS, disponible en:

<http://www.fundamedios.org/la-propaganda-politica-fascista-tiene-vigencia/>

<sup>15</sup> La nascita della dittatura. Disponible en: <http://www.storiaxisecolo.it/fascismo/fascismo2.htm>

<sup>16</sup> Los datos han sido extraídos del portal digital [https://es.wikipedia.org/wiki/Il\\_Popolo\\_d%27Italia](https://es.wikipedia.org/wiki/Il_Popolo_d%27Italia)

<sup>17</sup> Según Hernán Eduardo Etchaleco (2007), quien cita y utiliza datos de una investigación de Armen Oganessian, al estallar la Segunda Guerra Mundial, en junio de 1941, había alrededor de 6 millones de oyentes radiales en todo el territorio de la U.R.S.S. y las ondas sonoras de la Gosteleradio cubría casi la totalidad del país.

amigos, en sus penosas “purgas” y la Criminología mediática comunista al servicio de este señor siempre calló o justificó este auténtico genocidio.

#### **IV.1. La guerra contra las drogas: porque bombardear la casa de los otros es siempre mejor que disparar en la mía**

Hay que decirles no a las drogas y sí a la vida, repetía incesantemente la campaña de Ronald Reagan. Mientras él era el abanderado de la guerra contra las drogas y el ángel protector de la vida, su gobierno apoyaba a los paramilitares en Nicaragua y en Colombia y descaradamente a Irán en la así llamada “Guerra Impuesta”<sup>18</sup>, que terminó provocando entre 400 a 500 000 muertos<sup>19</sup>. Y es que el nombre “guerra contra las drogas” le sirve al estado policial para justificar muchas de sus barbaries, dado que, como diría Ernesto Sabato, “siempre es bueno cometer porquerías con pretextos honrosos”<sup>20</sup>. Los norteamericanos “pelean” su guerra contra las drogas lejos de su país, que curiosamente tiene la mayor tasa de adictos de la humanidad. Nos trajeron sus bombas y secuestros, el napalm, que ahora se llama glifosato, lo echan sobre nuestros niños en Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia. Convertieron auténticos paraísos naturales en paisajes radioactivos, enfermaron con cáncer a nuestra gente y tenemos que darles las gracias porque según los grandes medios de comunicación, como BBC o la CNN, ellos son los ángeles vengadores que vienen a luchar contra los malos, los narcotraficantes sudamericanos que venden cosas que ellos no quieren consumir. Sobre los efectos terribles de las

---

<sup>18</sup> La guerra Irán-Irak conocida en Irán como la Guerra Impuesta fue un conflicto pavoroso que involucró a Irán e Irak, entre los años 1980 y 1988, con grosera intervención de norteamericanos y rusos, finalizando con claro vencedor: los pobres de ambos países. Sus orígenes se encuentran en la larga animosidad árabe-persa y en las rivalidades regionales; en concreto, Irak quería invertir la delimitación de fronteras entre los dos Estados, establecida en los Acuerdos de Argel (1975), para conseguir la anexión de la región de Shatt al-Arab.

<sup>19</sup> Basta recordar que en 1983 Reagan emitió el patético memorándum Directiva de Decisión sobre la Seguridad Nacional, que pedía una mayor cooperación militar en la región para defender inversiones norteamericanas, sus instalaciones de petróleo y medidas para mejorar las capacidades militares estadounidenses en el golfo Pérsico, dirigiendo a los secretarios de Estado y de Defensa y al presidente de la Junta de Jefes de Personal para hacer lo que tengan que hacer en la región. Sobre el particular, el lector interesado puede encontrar información detallada en Battle, “Shaking Hands with Saddam Hussein: The U.S. Tilts toward Iraq, 1980-1984”. George Washington University., 2003

<sup>20</sup> La frase completa aparece en la genial obra de Sabato “Abbadon, el Exterminador”: “Con la Biblia en la mano (siempre es bueno cometer porquerías con pretextos honrosos) destruyeron culturas enteras, entraron a sangre y fuego en antiguas comunidades africanas o polinesias, no dejaron piedra sobre piedra. ¿Para qué? Para llenarlas de vulgaridades hechas en Manchester, para explotarlos despiadadamente: en el Congo Belga les cortaban las manos cuando robaban alguna cosita; ellos, los que robaban el país entero. Pero no sólo los esclavizaron; les quitaron sus antiguos mitos, su armonía con el cosmos, su candorosa felicidad. La barbarie tecnocrática, la arrogancia europea. Ahora estamos pagando ese gran pecado. Lo pagan los muchachos drogados o perdidos en Londres y Nueva York”. Este libro, publicado por Seix Barral desde 1974, fue premiado en París como el mejor libro extranjero publicado en Francia en 1976.

incursiones militares en América Latina por parte de ejércitos nacionales pero entrenados por mercenarios del primer mundo, información abunda, pero jamás circula en ningún medio de comunicación tradicional. Así, la “guerra contra las drogas” encubre otra más brutal y cobarde aun, “la guerra contra el migrante, contra el pobre, contra el negro, el feo, el sudamericano, el diferente, el musulmán” porque “cuando la pobreza viene explicada con la droga, no es necesario comenzar discusiones más serias sobre el fracaso del Estado social” (Christie, 1994, p. 62). Y claro, dado que generalmente esta gente tiene serias dificultades para encontrar un empleo en países en los que ni siquiera hay trabajo para sus propios jóvenes, nunca viene mal, desde la lógica de la política criminal neoliberal, que un importante segmento de la población que está parada sea depositada en esas inmensas y tenebrosas fábricas de descomposición humana llamadas cárceles. Existe suficiente evidencia para llegar a la conclusión de que, ante la ausencia de una política criminal clara o vaciando de contenido el discurso de los que saben –sea porque los etiquetan como cómplices de los criminales o porque se los invisibiliza, los medios de comunicación llenan ese lugar manipulando la información y creando a menudo necesidades ficticias o exageradas (Tavosnanska, 2006, p. 32). Pero, lo realmente preocupante es que la estrategia de poner en marcha “un semi-estado providencial por un estado penal y policial, en Estados Unidos, dentro del cual la criminalización y el encarcelamiento de los desheredados va supliendo a la política social” (Wacquant, 1998, p. 3) ya se importó a Sudamérica, histórico jardín trasero de los norteamericanos, con una rapidez extraordinaria, pero tristemente también invadió Europa. Al respecto, los medios hacen mutis por el foro.

## V

### **EL ESPACIO PÚBLICO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO: LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDAD A TRAVÉS DEL COMBATE AL “ENEMIGO”**

Empresas que venden seguridad, grandes compañías constructoras que diseñan y venden casas en urbanizaciones “seguras”, equipos para garantizar que tu automóvil no será objeto de robo mueven montañas de dinero. Incluso en países del tercer mundo. Es la “ciudad” moderna. Esto debería ser materia de otra investigación pero resulta que los más grandes auspiciantes de los programas de televisión y diarios en países inseguros son los dueños de estas empresas. Como vemos, a continuación, el nexos es sencillamente escandaloso. Este fenómeno ya había sido advertido por Baratta (2004) décadas atrás “estamos en presencia de una renuncia del Estado a la función que debería legitimarlo sobre la base del pacto social moderno” (p. 8).

En Ecuador, los datos que reporta ANESI, la Asociación de Empresas de Seguridad, nos dicen que solo en la provincia del Guayas existen registradas 70 compañías<sup>21</sup>. La cantidad de dinero que mueve este negocio es impresionante. Ahora bien, este capítulo está dirigido a exponer algunos

---

<sup>21</sup> Fuente Registros de ANESI. Ver: <http://www.anesi-ec.com/sociosguayas.html>

detalles claves en lo que respecta a la gestión del espacio público en sociedades donde impera el miedo, y para este objetivo consideramos importante recordar un par de datos claves. Veamos: Lepra y peste, fueron, sin disenso alguno, dos de las más brutales pandemias que azotaron a la humanidad. De la primera se tuvo noticias desde el 600 a.C. y la peste tiene su cenit más alto en el siglo. La pregunta que surge es ¿quién mejor que Foucault para explicar los mecanismos del miedo que se desataron en las ciudades a propósito de ambas plagas y los diversos modos que se utilizaron para gestionar su combate y la seguridad de la población?

El genio francés nos explicó que en la Edad Media, el leproso era expulsado de la comunidad, se lo relegaba a los extramuros, y de este modo, bastante normal siendo el hombre el animal más cruel que existe, la ciudad se sentía a salvo expulsando, lo más lejos posible, el foco infeccioso. La peste se trataba de un modo similar durante los siglos XIV y XV. Pero a mediados del XVI, el combate “al peligro” cambia sustancialmente. No se trata ya, simple y llanamente, de expulsar al infectado, sino que predomina el discurso de organizar la ciudad. Así, se empiezan a realizar controles rigurosos sobre casas, familias, animales. Se exige limpieza y se castiga al infractor y es que “el exilio del leproso y la detención de la peste no llevan consigo el mismo sueño político. El uno es el de una comunidad pura, el otro el de una sociedad disciplinada. Dos maneras de ejercer poder sobre los hombres” (Foucault, p. 202).

Los leprosos no se fueron. Los leprosos siguen provocándole pesadillas a los “sanos”. Son todos aquellos niños que no tienen posibilidad de desayunar, y mucho menos de aprender a leer y escribir. Que se encuentran a los 5 años con diferencias insalvables frente a los hijos de los sanos que tienen la misma edad pero que tienen nutricionista, viven en urbanizaciones privadas, ya están hablando una segunda lengua y manejan utilitarios como adultos. El otro niño es el nuevo leproso, el que luego pondrá en peligro “mi seguridad” y, por supuesto, tiene garantizada una celda en una cárcel ecuatoriana, en la que seguramente van a abusar sexualmente de él y de tanto en tanto recibirá una buena dosis de torturas para enseñarle, para ayudarlo a “rehabilitarse” a una sociedad que jamás lo habilitó para vivir.

## V.1. ¿Cómo apareció disney war?

Resulta que el nacimiento de las grandes ciudades provocó al mismo tiempo el crecimiento de la idea misma de temor que se convirtió casi que en impronta de toda urbe importante. En el siglo XIX, como magistralmente nos explica Naredo (2002):

se refuerza aún más este cambio. La multitud es vista como potencialmente peligrosa; surge la idea de la masa como problema que hay que dominar. Es entonces cuando las instancias informales de control social de las sociedades preindustriales son sustituidas por las agencias de control formal: la policía, los juzgados, las cárceles. El peligro ya no lo encarnan las bestias o las catástrofes naturales, sino “otros” ciudadanos.

Cuando eso se instaló en el imaginario colectivo, la cultura del miedo, puso las cosas al revés. Ahora los “sanos” no aíslan a los enfermos sino que los dejan allí, en la “vieja ciudad” y los “señores” se marchan a vivir en urbanizaciones privadas, en ciudadelas fortificadas con enormes muros a 100 o 120 kilómetros de distancia de los más pobres. Esto provocó un “boom” en el mercado inmobiliario y los empresarios de la construcción ganaron mucho dinero con la sensación de inseguridad, pues ellos venden casas en lugares en los cuales “no hay delincuencia y sus hijos pueden pasear tranquilos”. Claro que en estos lugares, en ciudades como Quito o Guayaquil, cada metro cuadrado cuesta entre 3000 y 7000 dólares, lo que percibiría un obrero en 2 años de trabajo, trabajando entre 8 y 10 horas diarias. Hay otro sector empresarial al que la sociedad de los temores le ha reportado jugosos dividendos. Nos referimos, por supuesto, a las compañías de seguridad privadas. El tema es que, mercantilmente hablando en un mundo en el que hay supuestamente criminales permanentemente al acecho, usted corre riesgos y debe evitarlos. Para eso debe pagar. Sí, pero no solo sus impuestos, porque esos valores solo le brindan una cobertura deficiente, la de la policía, que casi siempre llega tarde o no aparece en la escena del crimen (este es otro de los discursos centrales de la criminología mediática). Para reducir riesgos, usted contrata mercenarios privados. Hoy, los proyectos de militarizar las ciudades, que en países como Italia reciben el nombre de “Cittá Sicura”, tienen a miles de militares en las calles.

## **V.2. La gestión de la seguridad ciudadana en la ciudad neoliberal despojándola de su sentido esencial**

La palabra “inseguridad” es siempre difundida por los medios de comunicación en su sentido más banal. Su precario diagnóstico discursivo se limita a dibujar el matrimonio seguridad personal-inseguridad ciudadana como única dimensión válida para reflexionar sobre el fenómeno criminal. Luego, como natural consecuencia, llegan a la conclusión de que este solo puede ser combatido con mano dura, con tolerancia cero, con endurecimiento de penas, en suma, tratando como enemigos a todo aquel que comete un delito o que se sospeche que pueda cometerlo por su apariencia. Ciertamente es que los medios de comunicación no inauguraron el derecho penal de acto, pero sí que sostienen con vida esta aberración. Son los medios de comunicación los que, en gran medida, impulsan a la policía a reprimir con mayor brutalidad.

¿Por qué? Porque los medios nos han hecho creer que la seguridad solo existe en versión restringida y “se vincula al sentimiento de confianza de la población por no verse expuesta a hechos de violencia física” (Tavosnanska, 2006, p. 29), una caricatura del concepto. Y en este escenario de eterna guerra, contra los judíos, contra los homosexuales, contra los comunistas, contra los extracomunitarios, ¿dónde quedan valores como la vida digna, el supremo derecho a tener un trabajo, a poder alimentarme, tener acceso a la educación, a un sistema sanitario, a la libertad personal, la integridad corporal o la libertad sexual, que son esenciales para construir la coexistencia pacífica?

Vamos a exponer razones de derecho para oponernos a la primera conceptualización de seguridad, a su versión restringida como la única válida:

1. El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos dice que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
2. Si ampliamos el análisis, la idea misma de seguridad no se circunscribe única y exclusivamente a lo directamente físico, sino a obtener efectivamente el respeto de los derechos humanos para la satisfacción de las necesidades y la realización personal.
3. En línea con lo expuesto *ut supra*, el reputado investigador Norberto Tavosnanska<sup>22</sup> define el concepto de seguridad como

aquel estado o circunstancia económico-social estable, en donde la comunidad se beneficia (en mayor o menor medida) de todo el espectro o abanico de derechos y garantías contemplados en la carta magna y en los tratados internacionales de derechos humanos, con un marco político-institucional dedicado y capaz de salvaguardarlo. (Tavosnanska, 1996, pp. 18-19)

Con base en estas simples premisas podemos llegar a señalar que una ciudad segura es algo más que un gueto de Varsovia moderno, con calles decoradas con cámaras de vigilancia cada 100 metros y patrulladas por militares con rostros inamistosos que tienen siempre un fusil o una metralleta abrazada a sus cuerpos. En la ciudad deben transitar y convivir SERES HUMANOS, de todas las razas y colores, son ellos los verdaderos dueños de las calles hoy vigiladas, pues como diría Jane Jacobs (1973), “una vecindad en armonía es aquella que ha conseguido establecer un equilibrio entre la determinación de sus moradores de conservar celosamente su intimidad y su simultáneo deseo de establecer diversos grados de contacto, esparcimiento y ayuda con los vecinos de las inmediaciones” (p. ).

Queda expuesto así una auténtica renovación de la noción de “seguridad”, absolutamente distinta de la que nos venden los medios de comunicación y los políticos, que se limita, que se reduce, a conjugar los verbos “vigilar”, “controlar”, “atrapar”, “flagelar” y que usa siempre como sustantivos “policía”, “desconfianza” y “domicilio” y ha logrado erigir como máximo constructo el miedo al otro<sup>23</sup>. Los españoles trataron de ir un poco más allá intentado de darle contexto al concepto seguridad definiéndolo como derecho ciudadano a vivir en un clima de paz, de convivencia y de confianza mutua, que

---

<sup>22</sup> Norberto Tavosnanska es el director del Proyecto de Investigación DeCyT (Derecho, Ciencia y Tecnología) de la UBA sobre Medios de comunicación y sensación de inseguridad. Tiene a su cargo la cátedra de Criminología del Ciclo Profesional Orientado de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UBA. A su vez, se desempeña como juez titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 17 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es en esta materia una autoridad en América Latina.

<sup>23</sup> Porque como nos cuenta la profesora Naredo Molero en su magistral artículo “Seguridad urbana y miedo al crimen” (que ya hemos citado) “el sentimiento de inseguridad es muy superior al riesgo efectivo de sufrir una agresión... En Italia, por ejemplo, a finales del XIX la tasa de homicidios por habitante era similar a la que presenta actualmente Colombia, quizá el país más violento del mundo”

permite y facilita a los ciudadanos el libre y pacífico desarrollo de sus derechos individuales, políticos y sociales, pero en la praxis no dejan de ser víctimas de un mundo en el que predominan los miedos y en el que, se reputa enemigo al que es diferente. Parecería que a la política criminal de la sociedad tardomoderna ya no le interesa mucho la cohesión social sino que se siente satisfecha describiendo, analizando, pronosticando el comportamiento delincencial a través de cuadros estadísticos. Cuando el mercado y los medios de comunicación son parte central de cada negocio, invade todos los sectores, desborda la ciencia y en el terreno de la política criminal, nos dice que el análisis de las condiciones sociales de la criminalidad siguen siendo importantes pero con una “pequeña” variante pues ya no debemos enfocarnos a debatir sobre las circunstancias que hacen surgir el delito sino privilegiar formas para administrar la gestión económica para contenerlo. “Gastemos menos porque lo que gastamos hoy en policías y cárceles es sencillamente demasiado”<sup>24</sup> nos repite el neoliberalismo. Como vemos, el discurso que se impone hoy no es la supresión de la pobreza y la marginalidad, sino la optimización de los recursos para la minimización de los costos en materia de control social. No se nos vende la idea de una sociedad menos inequitativa, para de este modo reducir los niveles de violencia, porque esto sencillamente no deja ganancias. Lo mejor del pastel está, por lo tanto, en vender miedo. Y así, esa misma política criminal se ha degradado a simple enfoque administrativo de todo lo relativo a las constelaciones del riesgo y sus bases centrales: miedo y sensación de total desamparo, porque como magistralmente nos explica el profesor Messner (s.f.), “la seguridad siempre concebida negativamente debe ser producida mediante técnicas actuariales no como efecto de un orden que tienda a la justicia, pero sí como proceso de eliminación o reducción de los daños” (p. ), que en cada caso, como diría Ulrich (1986), solo busca “impedir lo peor”. El discurso dominante en materia de política criminal intenta hacernos creer que ya no interesa discutir sobre la individualidad del delincuente y su posible tratamiento para insertarlo en la sociedad, sino única y exclusivamente de qué modo nos deshacemos de ellos, porque lo que realmente importa es la víctima potencial y su status de permanente vulnerabilidad, porque en el corazón de los nuevos modelos de gestión del reo está una filosofía que considera la seguridad pública, la protección de la víctima y la reparación para estas el máximo objetivo... el cliente y la comunidad” (English, Pullen & Jones, 1997). ¿Cuál es la consecuencia de todo esto?

Muy sencillo: el individuo es simplemente un dato estadístico y, por consiguiente, solo importa, en materia de control social, cuando se convierte en un peligro, en un riesgo “para la gente decente”, y así “... la promesa de crear para todos los ciudadanos derecho, orden y seguridad viene siempre sustituida de la promesa (...) de aplicar la pena justamente, de modo eficiente” (Garland, 1996, p. 459).

---

<sup>24</sup> <http://www.burbuja.info/inmobiliaria/archive/index.php/t-422608.html>



## VI

### EL ENCUADRE (FRAMING) DE LAS NOTICIAS DE LA TELEVISIÓN ECUATORIANA SOBRE LA DELINCUENCIA ANTES DE LA APROBACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Como sabemos, cuando se pretende informar, comunicar un determinado suceso de la realidad, la recepción o asimilación de las masas dependerá generalmente del *frame* a través del cual dicho suceso viene explicado. Los medios de comunicación utilizan una diversidad de *frames* para elaborar sus contenidos informativos y lanzarlos a sus clientes. Cuando se debate sobre un tema tan importante para cualquier sociedad como el fenómeno delictivo, los *frames* pueden ser decisivos para formar la opinión mayoritaria. Un *frame* es un filtro mental y le brinda al receptor una vía rápida para asimilar un determinado mensaje. De allí la enorme trascendencia del mismo, pues le otorga poder al emisor. El poder de hacer que los demás piensen como él desea que lo hagan.

#### Vi.1. ¿Qué debemos entender por *framing*?

Robert Entman, en su "Framing: Toward clarification of a fractured paradigm", que constituye uno de los trabajos más importantes sobre *framing*, nos alertaba ya en 1993 que estábamos frente a un "paradigma fracturado", es decir que podía tener multiplicidad de acepciones. Entman señaló que

cualquiera que sea su uso específico, el concepto de framing siempre ofrece una manera de describir el poder de un texto en la comunicación. El análisis de los frames ilumina la manera precisa en que la influencia sobre la conciencia humana es ejercida por el emisor (o por la comunicación) desde un discurso, un enunciado, o desde el noticiero. ( )

Siendo así, elaborar un *frame* implicaría tomar una noticia y aprender a despedazarla en capítulos presentando solo aquellos episodios que convienen desde el punto de vista del medio de comunicación al que se presta servicios. Si bien en palabras de Sádaba (2001) "no existe un acuerdo sobre qué es el framing y cómo se hace operativo en los medios" ( ) y no existe una fórmula mágica o una matriz de recolección de datos para exponer, de un modo que provoque consenso, cómo se usan los *frames* por parte de los medios, podemos concluir, gracias a una diversidad de trabajos científicos importantes, como los de Vicente Mariño y López Rabadán (2009) o el de Juan Carlos Águila-Coghlan y Juan Antonio Gaitán Moya, que existe un secuencia de mensajes que los medios difunden frente a un determinado fenómeno que generalmente no es fidedigno y representan más bien su particular modo de interpretarlo y manipularlo, como lo veremos a continuación.

## VI.2. ¿Es posible manipular la realidad?

Autores tan respetables en el análisis del *framing* como Yengar, en su conocida obra “¿Hay alguien responsable?”, insisten con una idea central, la que repiten a modo de advertencia: la gran masa de lectores, pero especialmente los radioescuchas o la teleaudiencia, son siempre “sensibles a las señales contextuales cuando razonan sobre asuntos nacionales. Sus explicaciones de temas como el terrorismo o la pobreza dependen de forma decisiva de los puntos de referencia expresados en las presentaciones de los medios de comunicación”(Yengar, 1994,). Hay estrategias para alterar la esencia de los sucesos, de cualquiera. Y por obvia derivación, los sucesos criminales no están exentos de esto. El profesor Redondo García no brinda algunas pautas centrales para poder identificarlas<sup>25</sup>:

1. La deconstrucción del hecho. Modificando la narración de las circunstancias en las que se ha producido el suceso registrado para incrementar su efecto de repudio y terror en el espectador.
2. La edición del material en bruto. Este momento es nuclear. Se selección los planos, el orden de los gestos de dolor, de los gritos antes de la introducción del contexto. El montaje de imágenes puede combinarse perfectamente con bandas sonoras o gritos aislados en un ambiente abiertamente falseado, con el propósito de generar una versión más sugestiva de la realidad.
3. La intervención sobre las fuentes informativas para que emitan un mensaje previamente delineado por el creador de la nota.
4. La dramatización o reconstrucción de un suceso empleando técnicas cinematográficas. Son escenificaciones que reproducen solo una versión de los hechos, realizando una narración sesgada, o bien introducen elementos como la cámara lenta o la música ambiente para favorecer el suspense y añadir intensidad a la escena.
5. Presentar a los pobres como drogadictos y como sujetos que merecen ser caricaturizados despojándolos de su dignidad y degradándolos al extremo como el caso de la nota “El Fusilero” del conocido programa “En Carne Propia”, que en Ecuador se transmite en horario “prime time”.
6. Finalmente, y sin que sea menos importante, invisibilizar a los que se atreven a ser críticos con la agenda de los medios de comunicación. En esto cierran filas todos, sin importar si

---

<sup>25</sup> Sobre el particular se recomienda revisar Redondo García (2011).

son de izquierdas o de derechas, oficialistas u opositores. Así evitan al máximo que alguien despierte a sus clientes y se produzca una desbandada general.

Para dejar clara la idea, usamos datos de la medición que realizamos antes de iniciar esta investigación previa a la aprobación del Código Penal actualmente vigente en Ecuador. El ánimo de las frases de presentación de las noticias sobre el fenómeno criminal entre el 7 y el 17 de diciembre de 2013, 10 días antes de la aprobación del Código Orgánico Integral Penal en Ecuador, fueron: 25 % positivas, 7 % neutras y 78 % negativas. Nótese que el promedio de noticias que se difundieron por medios de comunicación como Ecuavisa, El Universo, Expreso, Teleamazonas, Extra, Telerama, que eran considerados medios de la oposición a la época, prácticamente coincidían con medios calificados como neutros con ligera tendencia hacia el oficialismo, como RTS y Canal Uno, pero además, con relación a alertar a sus audiencias sobre la expansión de la inseguridad ciudadana, no se diferenciaron mayormente de la línea editorial de medios abiertamente al servicio del gobierno de turno, como Gama TV, TC Televisión, El Telégrafo o Ecuador TV. Es decir, los *frames* fueron prácticamente los mismos: “La delincuencia está desatada”, “En tierra de nadie”, “los ladrones hacen de las suyas”. Obviamente, los *frames* fueron acompañados con las “ideas fuerza” que daban los políticos al servicio de cada grupo editorial. Asambleístas con claros vínculos con la extrema derecha repetían en cuanto medio visitaban muletillas como “Dejemos de hacer leyes para favorecer a los delincuentes”. Poco después de la aprobación del Código, no contentos con lo punitivo del COIP, ya pedían reformas para sancionar con mayor severidad a los reincidentes<sup>26</sup>. “Estas normas son las que contribuyen para que la delincuencia haga de las suyas”, agregaban. Pero veamos qué sucedió con el primer día en que se aprobó el Código Orgánico Integral Penal. ¿Cómo se movió el volumen de noticias en ese momento?

Ánimo de la frase de presentación de las noticias al aprobarse el Código Orgánico Integral Penal: presentación negativa 13 %, positiva 7 %; neutra 80 %.

Nuevamente queda en evidencia el sesgo. Ahora son mucho más neutros. Anuncian que el nuevo Código Penal, que contiene normas mucho más severas y tipificó todas las conductas imaginables para seguir llenando las ya caóticas cárceles ecuatorianas, ha sido aprobado. Punto y basta. La neutralidad de las noticias en ese momento, el día en que fue aprobado finalmente el COIP subió al 80 % del volumen total. Apenas un 7 % del total de los disparos comunicacionales nos dice que el nuevo marco de castigos penales va a parar a la delincuencia. Otro 13 % se mantiene firme en la

---

<sup>26</sup> Con las reformas penales introducidas con el COIP únicamente se sanciona la reincidencia cuando es el mismo delito el que se comete, pero si el infractor ha cometido diferentes delitos con anterioridad no se lo considera reincidente, señaló el legislador. “Esto es una barbaridad”, afirmó y propuso volver a la reincidencia genérica sin perjuicio de cuál sea el delito cometido con anterioridad puesto que la reincidencia revela una conducta reiterada de una persona para cometer infracciones y lo que se debe sancionar es eso y no solamente que se especialice en cometer un solo tipo de delitos.

cruzada de críticas al modelo de seguridad que brinda el Estado a través de sus agencias punitivas y de su poder legislativo. Pero el tema, obviamente, no se agota allí, porque si tenemos claro que las trampas más utilizadas en las que el *frame* se inserta en las noticias es a través de la selección de palabras, omisiones, la limitación de debate, la elaboración de la historia, en la selección y utilización de las fuentes, para hacer la medición usamos también indicadores como tipo de acontecimiento y fuentes por las que el hecho o tema ha llegado a noticia, como los que hemos expuesto como marco antes de los cuadros, pero también echamos mano de los conocidos “Indicadores de relevancia”, que hacen referencia al tamaño (esto es, a la prolongación o transmisión de una noticia en segundos cuando se trata de televisión o radios y en columnas cuando se trata de diarios impresos), y evidentemente no podíamos dejar de considerar el porcentaje de tiempo comparado con la duración global de los datos considerados de actualidad (puede ser que al realizar una de estas mediciones se genere un terremoto, una tragedia nacional o internacional y esto influya en la muestra final), y finalmente nos dedicamos a analizar los discursos de los periodistas, esto es, la estructura narrativo-argumental que incluye un enfoque crítico al modo en que plantearon el debate sobre el COIP, cómo examinaron las causas, consecuencias y las interpretaciones que le dieron al tema punitivo, y si este análisis lo llevaron adelante en el marco de la ausencia o presencia de un contexto apenas científico. Aquí, la primera franja corresponde al horario de los disparos comunicacionales matutinos, la segunda a los noticieros que acompañan la hora del almuerzo y la verde corresponde al horario “prime time” nocturno. Como vemos cuando se abre la duración de los reportajes a espacios temporales de uno o dos minutos de duración, la mayor cantidad se dirigen a cubrir crímenes violentos. Más que nada en el horario de apertura de los noticieros, llegando a la escandalosa cifra porcentual del 22 % de cada programación noticiosa. No hay mayor espacio para hablar de prevención del delito ni de inclusión social. En estos *frames* o encuadres mentales queda claro que el criminólogo, el abogado que se especializa en derecho penal y que tiene una visión de mínima intervención estatal queda fuera de estos espacios. Quien tiene micrófonos para clamar por mayor crueldad frente a los peligrosos, para exigir una plataforma diferente y mucho más radical para “exterminar” al enemigo es siempre el que flamea la bandera de la intolerancia. Los otros son considerados “amigos de los delincuentes” porque “los protegen” y sus discursos quedan relegados a las aulas universitarias.

Claramente vemos el encuadre pro populismo penal. La víctima debe decir, debe contar, con detalles macabros y morbosos, todo lo que le ha sucedido. Así el mensaje queda instalado para el lector o el televidente. “Usted puede ser el próximo. ¿Cree que es posible tolerar esta situación de inseguridad?”.

## VII

### **DUROS CON LOS DÉBILES, DÉBILES CON LOS DUROS: LA CAJA DE CAMBIOS DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS SUJETOS PELIGROSOS**

Mientras los medios de comunicación, a partir de sus *frames* apocalípticos, deliraban por más seguridad, nos interesaba conocer, medir cuál era el impacto que sus exigencias generaban en el Gobierno ecuatoriano. Acudimos a datos de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, y encontramos que el número de homicidios en el año 2000 era de 17 por cada 100 mil habitantes; en 2006, 17,8; ya para el 2013 había descendido a 10,9 y en 2014 estaba en 8,1.<sup>27</sup>

Esto difiere de lo que, en el mismo espacio temporal, nos decían los medios de comunicación que exigen diariamente una mayor severidad con los delincuentes y hablan de una respuesta muy débil frente al crimen. La verdad es que en el año 2013 se desarrollaron en el Ecuador nada menos que 1889 operativos para prevenir el fenómeno criminal tanto en carreteras, control de armas y explosivos, control de adolescentes, bares, cantinas y centros de tolerancia, encuentros deportivos, control de motocicletas, vehículos. Estos despliegues de fuerza, con retenes en medio de las vías y movilización de batallones completos de policías, estuvieron concentrados mayoritariamente en ciudades como Guayaquil, Quito, Cuenca, Ambato, Portoviejo y Machala. Los operativos terminaron con 315 detenidos, de los cuales dicen los partes policiales que 272 personas fueron capturadas en delito flagrante y 43 por “diferentes causas”. Sembrar miedo tiene una cosecha importante, porque en 2013 solo en Quito, capital de la sociedad del miedo ecuatoriana, se instalaron nada más y nada menos 191 218 botones de seguridad en diferentes sectores de la capital.<sup>28</sup>

Datos del Ministerio del Interior demuestran que en la capital ecuatoriana en 2013 se redujeron 39 % los homicidios y asesinatos. También se redujo la incidencia del robo a personas (- 29 %), a domicilios (- 21%), a locales comerciales (- 22 %).

¿Cómo se explican estas cifras?

Los datos que presentamos son de fácil lectura para un criminólogo o un estudiante de derecho penal o sociología apenas serio; se explican si se aplica el indicador “incidencia del delito” definido como el total de sucesos delictivos hacia la población respecto a la población total urbana expresado por 100 000 habitantes y aplicando la siguiente fórmula:

<sup>27</sup> [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=2818776781](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818776781)

<sup>28</sup> Sobre el particular se recomienda revisar la nota del medio oficial del Gobierno ecuatoriano ANDES: <http://www.andes.info.ec/es/noticias/estadisticas-oficiales-muestran-reduccion-delitos-quito.html>

$$ID = \frac{TSD}{PTU} \times 100.000 \text{ habitantes}$$

Donde

ID= Incidencia de Delitos

TSD = Total de Sucesos Delictivos

PTU = Población Total Urbana

Unidad de medida: Número de casos (Delitos)

Expresión: Tasa por cada 100 000 habitantes

Se utiliza la Variable Incidencia definida como el número de nuevos casos durante un periodo específico de tiempo en una población de riesgo de que ocurra el evento.

A esta fórmula debemos agregar el indicador “motivo de no denuncia-delitos que se mantienen en el silencio”, definido como la relación entre el motivo de no denuncia del último delito respecto al total de la población víctima que no denunció y utilizando como fórmula para el cálculo.

$$MnD = \frac{ViRnD}{TViND} \times 100$$

Donde

MnD= Motivo de no Denuncia

ViRnD = Víctimas que identificaron al menos una Razón de no Denuncia

TViND = Total de Víctimas que No realizaron la Denuncia.

Lo que se cierra con el uso de la variable “Razón de no denuncia”, definida como razón o motivo por el cual no se denuncia un delito ante las autoridades competentes.

Si tomamos el indicador “Personas que Denuncian el Delito”, el mismo que viene definido como.

La relación del número de personas que fueron víctimas de algún delito y realizaron la denuncia respecto al total de personas víctimas, lo lógico es aplicar la fórmula

$$PDD = \frac{VrD}{Tvi} \times 100\% \quad PnDD = 100 - PDD$$

Donde

PDD= Personas que Denuncian el Delito

VrD = Víctimas que realizaron la Denuncia

TVi = Total de Víctimas

Y % PnDD= Porcentaje Personas que no Denuncian el Delito

¿Cuál sería la unidad de medida? Persona víctima de delitos

La expresión sería entonces “Porcentaje”.

La variable, obviamente, sería “Denuncia”, conceptualizada como el documento en que se da noticia a la autoridad competente sobre el cometimiento de un delito o de una falta. La fuente lógica sería una Encuesta oficial de Victimización y Percepción de Inseguridad en un determinado arco de tiempo.

¿Usan esto los medios de comunicación o las empresas encuestadoras que contratan para explicar los “niveles de seguridad ciudadana”?

Hasta el momento no lo hemos visto, no lo hemos leído. Sencillamente eso está fuera de toda cobertura noticiosa. Se trata, nuevamente, de un tema para que se lo discuta en las universidades porque en la televisión o en los diarios se impone la banalidad. Continuemos: la tasa de homicidios en Quito es de 9 por cada 100 000 habitantes. Cifra mucho más baja que la tasa a nivel nacional, que para ese mismo año era de 10,8. Como vemos, el *frame* de los medios no encaja con la realidad una vez más. En Ecuador se secuestran personas. Generalmente son bandas integradas por extranjeros que vienen desertando de los ejércitos irregulares fronterizos. Ahora bien, cuando les corresponde enfrentar a los entrenados policías ecuatorianos, no les va bien. Basta advertir que de un total de 166 casos reportados en Quito, 109 fueron resueltos por la DINASED<sup>29</sup>. Esto arroja una tasa de efectividad del 66 %, un auténtico y rotundo éxito en la lucha contra la delincuencia común, demostrando que hoy, pese al bombardeo de los medios, vivimos en una sociedad, sin duda, mucho más segura que en el pasado. Ecuador instaló mano dura contra el crimen. Datos proporcionados por la Policía Judicial nos dicen que más de 90 organizaciones delictivas fueron desarticuladas en 2012. Contra la receptación de productos de potenciales robos y asaltos también se ha declarado una guerra total. De 38 operativos policiales y militares con los conocidos “cachineros” en Quito, se logró la retención de 15 596 objetos de dudosa procedencia.

---

<sup>29</sup> Esto es, por Dirección Nacional de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Extorsión y Secuestros.

## Vii.1. Los frames sobre los delitos de cuello blanco

El tema cambia cuando se trata de luchar contra los delincuentes de cuello blanco. Duros con los débiles, débiles con los duros. Esa es la política criminal que se impone. Sobre estos hechos de corrupción al más alto nivel, los medios oficiales dicen poco o casi nada. Los medios de “la oposición” son también muy blandos al momento de publicitarlos. Cuidan cada palabra, cada frase para no meterse en problemas legales con los presuntos autores de esos delitos. Son gente poderosa y ellos prefieren cubrir las desgracias de los ladrones menores. Esos no protestan. Ni siquiera tienen, en la mayoría de los casos, un abogado de calidad que los defienda. Cuando se trata de analizar graves casos de asalto de los fondos públicos, los *frames* son lo más neutros posibles. Según el Informe de la Comisión Estadística Interinstitucional de Seguridad Ciudadana y Justicia, a fines de 2012, el Ecuador presentaba una tasa de homicidios de 12.7 casos por cada 100 mil habitantes. El dato es relevante solo si se analiza desde una perspectiva crítica, pues si se lo compara con los datos reflejados en el histórico del año 2011, en que se registró 15,36 casos por cada 100 000 habitantes, constituye un significativo descenso. Con datos duros, mientras en 2011 se reportaron 2345 casos, en 2012, el número cayó a 1884, innegablemente, la cifra más baja en los últimos doce años en Ecuador. Sobre el particular es preciso revisar las fichas metodológicas sobre los índices de victimización que arroja el estudio realizado por la Comisión Especial Interinstitucional de Estadísticas de Seguridad Ciudadana y Justicia en 2011.<sup>30</sup>

Ahora bien, según el Observatorio Interamericano de Seguridad, Ecuador se encuentra por debajo de la tasa promedio de homicidios y asesinatos en Latinoamérica, que en el condensado global reporta 24.4 casos por cada 100 000 habitantes. Los países con mayor incidencia son: Honduras (81,91), El Salvador (65,09), Jamaica (39,52), Colombia (29,99), República Dominicana (23,47) y México (21,69). Si las investigaciones que hemos tomado de fuentes oficiales del Estado ecuatoriano no le son del todo satisfactorias al lector, puede revisarse el estudio realizado por el Instituto Martin Prosperity, de la Universidad de Toronto, a partir de fuentes oficiales como el Center for Disease Control and Prevention del Gobierno de los Estados Unidos (CDC) y la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas (UNODC), que revela que varias ciudades de Estados Unidos registran una tasa de homicidios y asesinatos mucho más elevada y con mayores datos de saña que muchos de los países de América Latina, entre ellos Ecuador<sup>31</sup>. Aunque parezca difícil de creer hay muchas ciudades del primer mundo que son auténticas zonas de guerra civil, esencialmente por el fenómeno del narcotráfico. Ciudades que son mucho más inseguras que Guayaquil, Lima o Medellín. Piénsese por ejemplo, en Nueva

---

<sup>30</sup> [http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Victimizacion/Ficha\\_Metologogica\\_Indicadores\\_Victimizacion\\_2011.pdf](http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Victimizacion/Ficha_Metologogica_Indicadores_Victimizacion_2011.pdf)

<sup>31</sup> El informe se intitula Violence-Related Firearm Deaths Among Residents of Metropolitan Areas and Cities- United States, 2006-2007 y está disponible, con las respectivas cifras, en versión digital en: <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6018a1.htm>



Orleans, que tiene un número de muertes violentas y brutales similares a la de toda Honduras, esto es, la escalofriante cifra de 62 asesinatos por cada 100 000 habitantes. Sobre esto, ningún medio de comunicación ecuatoriano abre un debate, apenas mínimo.

La reducción del índice de homicidios y asesinatos en el Ecuador se debe, en gran medida, a la puesta en marcha del Plan Nacional de Seguridad Integral, que privilegia las delaciones y se basa en la represión como instrumento clave. No es casual, por ejemplo, que el Gobierno ecuatoriano se vanaglorie de tener a su servicio nada menos que a 17 961 brigadistas barriales a nivel nacional, que son civiles entrenados por la policía para, al margen de la Constitución, combatir el fenómeno criminal. Pese a todo lo expuesto, los medios de comunicación, en público matrimonio con legisladores oficialistas y opositores, lograron que se apruebe el Código Orgánico Penal Integral, uno de los cuerpos punitivos más rigurosos de la historia del Ecuador. Los *frames* de los medios se impusieron, una vez más.

## Vii.2. La censura como instrumento de castigo a todo aquel que no sintonice con el pensamiento único en la cultura del miedo

no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa [...pero] tampoco sería admisible que [...] se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

(Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 33).

Una de las frases más ilustrativas sobre cómo la libertad de expresión es degradada de derecho fundamental a instrumento de poder y persecución es de Alicia Contero una brillante investigadora ecuatoriana: “Mientras los estados pueden atentarse contra la libertad de expresión mediante la creación de tipos penales, los medios también pueden hacerlo a través de la exclusión de quienes se enmarcan dentro de lo que ellos consideran reprochable o incluso peligroso”

Los gobiernos autoritarios del siglo XXI en América Latina, por ejemplo, frente a las irrupción de las redes sociales, plataformas a través de las que sus potenciales actos de corrupción y barbarie fluyen de modo exponencial y se viralizan, haciéndoles perder credibilidad en las masas, no encontraron mejor remedio que crear nuevos y desempolvar viejos tipos penales que ni siquiera las peores dictaduras militares usaron para castigar a los periodistas y a los medios que les hacían franca oposición, mientras, en paralelo, con fondos públicos, creaban medios afines para convertir en “errores de buena fe” todos los presuntos ilícitos en los que incurrían. Pero mientras esto sucedía, los medios también atacaron, no son débiles. Son un poder a veces más fuerte que los mismos gobiernos. Por un lado, se declararon víctimas, acudieron a organismos internacionales de los cuales son socios económicos y presionaron para que a varios de sus agentes se los declare perseguidos políticos, mientras les abrían

las puertas a todo aquel que tuviera algo que decir contra el régimen al que combatían. Se modernizaron siguiendo una agenda intervencionista claramente delineada por embajadas imperialistas. Obviamente, le daban micrófonos y grandes titulares a todo aquel que tuviera algo malo que decir contra el gobierno que ponía en peligro sus negocios y ahora son parte medular del “Lawfare”. Luego, cuando esos opositores empezaban a cuestionar también el capital y las prácticas monopólicas de las que los mismos medios forman parte, entonces bajaban el dedo y convertían a ese “atrevido” en enemigo y al enemigo no se le da espacios ni cobertura. Se lo silencia y punto. Es que “...los medios de comunicación constituyen agentes esenciales –entre otros– en la configuración del imaginario social, inciden de manera directa en la construcción y reproducción de imágenes sobre diversos grupos” (Harb Muñoz, 2006, p. 32), y hay líderes y grupos peligrosos para sus intereses. Ellos, del mismo modo que los gobiernos autoritarios, necesitan actores que sean absolutamente fieles a su proyecto. Quien ose cuestionarlos es censurado. Como vemos, la tan invocada “libertad de expresión” solo fue entendida, al menos en América Latina, como el derecho de los dueños de grandes capitales económicos a imprimir lo que a ellos les conviene y a transmitir en sus canales de televisión lo que favorece a sus intereses. Nunca abrieron el debate para analizar que la libertad de expresión también tiene otra dimensión: el derecho de los demás a recibir información fiable y de todas las fuentes posibles, de todos los actores sociales y políticos.

## REFERENCIAS

- Baratta, A. Els mèdia i la informació criminal. El ‘cas King’ i les perversions mediàtiques. *Quaderns del CAC*, 17.
- Baaratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal* (p.8). Editorial BdeF.
- Baratta, A. y Pavarini, M. (1998). La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo. *Dei delitti e delle Pene*, 1, 7-24.
- Bravo Regidor, C. El homo videns a la luz de Ortega. [http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/94/21\\_Galaxia2\\_Homovidens\\_Bravo.pdf](http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/94/21_Galaxia2_Homovidens_Bravo.pdf)
- Calvin, E. De Etchecopar a Zaffaroni: la criminología mediática en la prensa hegemónica. <http://lenielena.blogspot.com/2012/03/la-criminologia-mediatica-en-la-prensa.html>
- Christie, N. (1994). *Crime Control as Industry: Towards Gulag, Western Style* (2ª edición aumentada). Routledge.
- Contero Bastidas, A. M. La criminología mediática en el Ecuador. Influencia de los medios de comunicación en la creación y modificación de tipos penales. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3794/1/T1342-MDPE-Contero-La%20criminologia.pdf>
- Dorsch, F. (1994). *Diccionario de Psicología* (). Herder.
- Duprez, D. y Hedli. M. (1992). *Le mal des banlieues? Sentiment d’insécurité et crise indentitaire*. L’Harmattan.
- Duverger, M.(1972). *Sociología política* (e.).Ariel.

- Elihu, K. (1997). La herencia de Gabriel Tarde. Un paradigma para la investigación sobre la opinión y la comunicación. En D. Dayan (Comp.), *En busca del público. Recepción, televisión y medios*. Gedisa.
- English, K. Pullen, S. y Jones L. (1997). *Managing Adult Sex Offenders in the Community-A Containment Approach*. Washington: National Institute of Justice, Washington.
- Etchaleco, H. E. (2007). XI Jornadas Interescuelas/Departamento de Historia, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.
- Entman, R. Framing: Toward clarification of a fractured paradigm. *Journal of Communication* 43 (4), 51-58.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar* (22ª ed.).
- Fuentes Osorio, J. L. (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-16, p. 16:1-16:51. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>
- Harb Muñoz, G. (2006). *La construcción mediática del otro*. AbyYala.
- Herrera, M. (2004). Los Medios de Comunicación Social en la Sociedad Capitalista Actual. *Razón y Palabra*, 38.
- Yengar, S. (1994). *¿Hay alguien responsable? Cómo los medios marcan los asuntos políticos del norteamericano*. Serie de la política y de la economía política. I. Benjamin (Ed.). Universidad de Chicago Press.
- Jacobs, J. (1973). *Muerte y vida de las grandes ciudades*. Editorial Península.
- Garland, D. (1996). The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, pág 459 en <http://bjc.oxfordjournals.org/content/36/4/445.abstract>
- Larson, M.S. (2003). Gender, race, and aggression in television commercials that feature children. *Sex Roles*, 48, 67-75.
- Marra, R. (1985). Tra pena infamante e utilità del reato. Tarde contro Durkheim, ovvero l'espiazione della colpa a fondamento del diritto criminale. *Dei Delitti e delle Pene*, III(1), 49-92.
- Merritt, D. Periodismo público: nuevas respuestas a preguntas clave. *Cuadernos de información*, 12, 51-55. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-PeriodismoPublico-2939045.pdf>
- Messner, C. Mediazione Penale e nuove forme di controllo sociale. [http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/mediazione\\_penale.pdf](http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/mediazione_penale.pdf)
- Moreno Espinosa, P. (2001). Géneros para la persuasión en prensa: los artículos de opinión del diario El País. *Ámbitos*, 6, 107 y ss.
- Naredo Molero, Sécurité urbaine et peur du crime, texto imperdible para una investigación de este tipo. *Polis*, 2. Recuperado el 1 junio de 2016. URL: <http://polis.revues.org/7923>. doi: 10.4000/polis.7923
- Oganessian, A. (1997). Todo el poder a los micrófonos. *Correo de la UNESCO*. Redondo García, M. (2011). Información televisiva y escenificación. La recreación ficcionada en el discurso audiovisual sensacio-

nalista. Ponencia presentada en el III Congreso Internacional Latina de Comunicación Social. [http://www.revistalatinacs.org/11SLCS/2011\\_propuestas.html#007](http://www.revistalatinacs.org/11SLCS/2011_propuestas.html#007)

- Sadaba, M<sup>a</sup> T. (2001). Origen, aplicación y límites de la “teoría del encuadre” (framing) en comunicación. *Comunicación y Sociedad*, XIV(2), 143-175.
- Sartori, G. (1998). Homo videns, la sociedad teledirigida. Taurus.
- Scheerer, S. (2012). El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal. *Revista de derecho penal y criminología*, 8, 403-410.
- Schneider, H.J. (1995). La criminalité et sa representation par les mass medias. *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 2, .
- Stevenson, N. (). *Culturas mediáticas. Teoría Social y Comunicación masiva*. Amorrortu.
- Tavosnanska, N.R. (1996). Los códigos de los mass media en el tratamiento de los temas criminales. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales*, 8, 18-19.
- Tavosnanska, N. (2006). *Seguridad y política criminal*. Editorial Cathedra Jurídica.
- Thomé, H. (2004). Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa. [Tesis de doctorado, Universidad de Barcelona].
- Ybarra, M. y Suman, M. (2008). Reasons, assessments and actions taken: sex and age differences in uses of Internet health information. *Health Education Research*, 23 (3), 512-21.
- Ulrich, B. (1986). *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne, La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Suhrkamp.
- Vicente Mariño, M. López Rabadán, P. (2009). Resultados actuales de la investigación sobre framing: sólido avance internacional y arranque de la especialidad en España. *ZER*, 14(26), 13-34.
- Wilson, B.J. (2008). Media violence and aggression in youth. En S. Calvert & B. Wilson (Eds.), *The handbook of children, media, and development*. Blackwell.
- Wacquant, L. (1998). La tentation pénale en Europe. En *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 124 (3-6).
- Wolf, M. (1994). *Los efectos sociales de los media*.
- Zaffaroni, R. E. (2011). *La palabra de los muertos*. Editora AR S.A.

#### *Notas de diarios y otras fuentes*

Artículo publicado en *El Clarín* el domingo 18 de marzo de 2012. [http://www.clarin.com/inseguridad/marcianos-atacan-nuevo\\_0\\_665933553.html](http://www.clarin.com/inseguridad/marcianos-atacan-nuevo_0_665933553.html) Registros de ANESI. Ver: <http://www.anesi-ec.com/socios-guayas.html>

Artículo de la edición impresa del diario *El País* de España, domingo, 21 de abril de 2002.

Artículo “La propaganda política fascista: ¿Tiene vigencia?” Publicado el 11 de diciembre de 2013 en el portal digital de FUNDAMEDIOS. <http://www.fundamedios.org/la-propaganda-politica-fascista-tiene-vigencia/>

La nascita della dittatura. <http://www.storiaxisecolo.it/fascismo/fascismo2.htm> 7. [https://es.wikipedia.org/wiki/Il\\_Popolo\\_d%27Italia](https://es.wikipedia.org/wiki/Il_Popolo_d%27Italia)

Violence-Related Firearm Deaths Among Residents of Metropolitan Areas and Cities- United States, 2006-2007. <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6018a1.htm>

Nota del 18 de febrero de 2014 tomada de la Agencia Nacional de noticias del Ecuador ANDES. <http://www.andes.info.ec/es/noticias/estadisticas-oficiales-muestran-reduccion-delitos-quito.html>

# **Empleados públicos y trabajadores oficiales en Colombia ¿Desigualdad en el acceso a la administración de justicia en materia laboral?**

*Public Employees and official workers  
in Colombia inequality in access to the  
administration of justice in labor matters?*

**JULIÁN DAVID GUACHETÁ TORRES**

Abogado y politólogo, maestrando en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, actualmente es profesor investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca - Popayán.  
[julian.guacheta.t@uniautonomo.edu.co](mailto:julian.guacheta.t@uniautonomo.edu.co)

**JOHANA ROJAS TOLEDO**

Abogada, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, Maestra en Derecho Constitucional, en Derecho y en Derecho Administrativo, doctoranda en Derecho. Actualmente es profesora investigadora de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca - Popayán.  
[asesorjuridico@uniautonomo.edu.co](mailto:asesorjuridico@uniautonomo.edu.co)

## Resumen

El objetivo de este artículo es establecer la existencia de desigualdad entre empleados públicos y trabajadores oficiales en Colombia frente a los términos para acceder a la administración de justicia en materia laboral, puesto que existen tiempos diferenciados para acudir a reclamar derechos laborales ante las autoridades judiciales y administrativas: El método de investigación a partir del cual se desarrolló el trabajo es de carácter cualitativo, mediante el uso de técnicas como el análisis documental, de normatividad, jurisprudencia y doctrina, así como de la técnica de estudio de caso, que permite ejemplificar y visualizar eventos puntuales de desequilibrio en el acceso a la administración de justicia. Entre las conclusiones o hallazgos de la investigación encontramos la existencia de la vulneración del derecho a la igualdad en empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del régimen ordinario, principalmente debido a que en eventos de reclamación laboral se han establecido términos distintos para acudir y buscar la reparación, lo cual se constituye como un obstáculo para acceder a la garantía del acceso a la administración de justicia en Colombia.

### PALABRAS CLAVE

Sector público, trabajador, administración de Justicia, derecho laboral, igualdad de derechos.

## Abstract

The objective of this article is to establish the existence of inequality between public employees and official workers regarding access to the administration of justice in labour matters since there are different terms to go to claim labour rights before the contentious administrative and ordinary labour jurisdictions. The research method from which the work was carried out is qualitative, using techniques such as documentary analysis of regulations, jurisprudence, and doctrine, as well as the case study technique, which allows us to exemplify and visualize specific events of imbalance in access to the administration of justice. Among the conclusions or findings of the investigation, we find the existence of the infringement of the right to equality in public employees and official workers mainly, because in labour claim events different terms have been established to go in search of labour justice, and this reason constitutes an obstacle in access to the administration of justice in Colombia.

### KEYWORDS

Public sector, worker, justice administration, labour law, equal rights.

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este artículo es establecer la existencia de desigualdad entre empleados públicos y trabajadores oficiales en Colombia, específicamente en los términos para acceder a la administración de justicia en materia laboral. El problema jurídico identificado se centra en la existencia de términos diferentes para acudir a reclamar derechos laborales ante las autoridades judiciales y administrativas en estos dos tipos de funcionarios públicos, lo cual, en nuestro criterio, resulta vulneratorio del derecho a la igualdad y una limitación al acceso a la administración de justicia.

La pregunta problema se centra en lo siguiente: ¿es la disparidad de términos para reclamar en materia laboral, de empleados públicos y trabajadores oficiales una vulneración a la igualdad en el acceso a la administración de justicia? Nuestra hipótesis de investigación es que efectivamente esa vulneración es real, toda vez que si bien existe una diferenciación legal tanto de empleados públicos como de trabajadores oficiales, en la práctica nos encontramos ante conceptos similares y análogos, razón por la cual no debería existir una diferencia en el término para reclamar ante la administración de justicia.

El trabajo de investigación de este artículo se desarrolló a partir del método cualitativo; en primer lugar, mediante el uso de técnicas como el análisis documental, la cual consiste en la revisión sistemática de normatividad, jurisprudencia y doctrina, y, en segundo lugar, la técnica de estudio de caso, que permite ejemplificar y visualizar eventos puntuales de desequilibrio en el término para el acceso a la administración de justicia tanto de empleados públicos como de trabajadores oficiales. Lo anterior permitió contrastar nuestra hipótesis, que indica la existencia de una vulneración a la igualdad en el acceso a la administración de justicia en materia laboral de los empleados públicos en relación con los trabajadores oficiales, con la normatividad vigente, los principios constitucionales y las posturas de la doctrina.

La igualdad como derecho y el acceso a la administración de justicia son esenciales para el reconocimiento y, por ende, para la materialización de los preceptos constitucionales. Precisamente, nos proponemos estudiar la garantía constitucional a la igualdad y el acceso a la administración de justicia de los empleados públicos y trabajadores oficiales, partiendo de la premisa de que si bien su vínculo contractual y la naturaleza de sus funciones son en teoría son diferentes, la realidad material indica que se trata de ciudadanos que en el ejercicio de su labor para el Estado cumplen con los tres requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia para la existencia del vínculo laboral, es decir, subordinación, remuneración y prestación personal del servicio (Código Sustantivo del Trabajo, 2016).

La constitucionalización del derecho como concepto y fenómeno jurídico ha sido ampliamente descrita y analizada, por lo que su influencia en el derecho laboral es evidente, no solo a nivel constitucional o normativo, sino también a nivel jurisprudencial, ya que por medio de pronunciamientos se han realizado importantes avances en el reconocimiento de garantías, tales como el



*contrato realidad*<sup>1</sup>, que les es aplicable a las relaciones civiles que pretenden ocultar sendas relaciones laborales, además de la interpretación a la protección constitucional al trabajo contenida en los artículos 25 y 53, que ha permitido avanzar y concebir el derecho laboral y las garantías laborales de los ciudadanos colombianos como un elemento central en la armonía social, económica y jurídica del país (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Cabe destacar en el mismo sentido que los trabajadores oficiales y empleados públicos, entre otros sectores, ya cuentan con la garantía de reconocimiento del contrato realidad, dispuesta por vía jurisprudencial del Consejo de Estado, al reconocer la existencia de vínculo laboral cuando se cumplan los tres elementos esenciales del mismo, lo cual reafirma la idea del avance garantista en la interpretación constitucional del derecho laboral colombiano (Sentencia 00799, 2018).

Al mismo tiempo, la igualdad en el acceso a la administración de justicia, como garantía que se le otorga al ciudadano de poder acudir a las diferentes instancias judiciales o administrativas para buscar la protección de sus derechos, es puesta bajo análisis, específicamente en materia laboral, en razón de que su deber ser normativo u ontológico y la materialización entran en conflicto cuando realizamos un estudio de la prescripción general de los derechos laborales, tanto de servidores públicos como de trabajadores oficiales.

Lo anterior encuentra razón ya que dos ciudadanos que prestan sus servicios al Estado tienen condiciones (términos) diferentes para acceder a la administración de justicia en materia laboral, específicamente aplicado a las acciones contencioso administrativas en materia laboral (empleados públicos), y del régimen ordinario (trabajadores oficiales); así las cosas, se pueden apreciar grandes diferencias entre la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de la que solo pueden hacer uso los empleados públicos y la prescripción en materia laboral ordinaria, de la que hacen uso trabajadores oficiales.

Aunado a lo anterior, otro elemento que representa la vulneración a la igualdad entre trabajadores oficiales y empleados públicos es el simple hecho de que la caducidad sea declarada de oficio, debido a que está sujeta a un plazo extintivo, es decir, “al término prefijado para intentar la acción judicial, de manera que una vez transcurrido éste se produce fatalmente el resultado de extinguir dicha acción” (Sentencia C-574, 1998), y la prescripción, por su parte, al contrario de la caducidad requiere que se alegue de parte, y por esta razón “no puede ser declarada de oficio por el juez.

---

<sup>1</sup> El *contrato realidad* es una figura jurídica según la cual, en los eventos en los que se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: 1. Subordinación, 2. Prestación personal y del Servicio y 3. Salario, debe primar la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Es decir, si un contrato de naturaleza civil esconde un verdadero contrato de trabajo, se debe declarar la existencia de un contrato realidad (Sentencia T-903, 2010).

Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite” (Sentencia C-574, 1998). Hecho que en primera instancia lesionaría el derecho a la igualdad de trabajadores oficiales y empleados públicos.

Precisamente, la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de la aplicabilidad de la prescripción y caducidad en asuntos privados y públicos, respectivamente, indicando que la naturaleza de la función pública hace que sea admisible establecer la caducidad para relaciones jurídicas que en el derecho privado operan bajo la prescripción, por ejemplo, en materia contractual (Sentencia C-574, 1998), pero en este caso, el asunto es sustancialmente diferente, toda vez que la caducidad en materia administrativa laboral para los servidores públicos termina por menguar derechos labores y de igualdad con respecto a la prescripción de los trabajadores oficiales.

La anterior disparidad se centra específicamente en que el empleado público cuenta con cuatro meses, contados a partir de la notificación del acto administrativo que vulnera la garantía, para utilizar el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho so pena de que caduque el medio de control y, por ende, no se restablezcan sus derechos (Ley 1437, 2011). Mientras que el trabajador oficial cuenta con tres años a partir de la generación del daño para iniciar el proceso laboral ordinario (Código Sustantivo del Trabajo, 2016); hecho que en nuestro criterio y más allá de las diferencias entre ambos tipos de trabajadores y las características de sus funciones y del régimen al cual se vinculan y que adelante se detallarán, representa una vulneración, no tanto al acceso a la administración de justicia, pues en últimos ambos tipos de trabajadores puede reclamar ante el juez, sino una vulneración a las condiciones de igualdad del acceso, entendido que los trabajadores oficiales disponen de una notable mayor cantidad de tiempo.

Antes de adentrarse en la discusión frente a la posible vulneración a la garantía de la igualdad en el acceso a la administración de justicia, se hace necesario conocer las principales diferencias entre empleados públicos y trabajadores oficiales, las cuales son en esencia las que sustentan la disparidad en los términos para buscar la tutela efectiva.

**TABLA 1.** DIFERENCIAS ENTRE SERVIDOR PÚBLICO, TRABAJADOR OFICIAL

Tipo de Trabajador	Servidores Públicos	
	Empleados públicos	Trabajadores oficiales
Funciones	Desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la ley o el reglamento.	Desarrollan actividades que realizan o pueden realizar los particulares; por ejemplo, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.
Tipo de vinculación	Vinculado mediante una relación legal y reglamentaria (nombramiento y posesión del cargo).	Vinculado mediante contrato de trabajo.
Régimen	Administrativo	Laboral ordinario
Término para acudir a la administración de justicia - laboral	Cuatro meses para demandar el acto administrativo que ocasionó la afectación al derecho laboral.	Tres años luego de la ocurrencia del hecho para iniciar demanda so pena de que prescriban derechos.

**Fuente:** elaboración propia a partir de datos del Gestor Normativo de la Función Pública, 2020.

Si bien se pueden distinguir grandes rasgos o diferencias entre ambos grupos, se hace necesario mencionar el origen o el carácter diferenciado de sus funciones, aspectos cruciales para entender por qué cada uno tiene un régimen jurídico distinto, diferencias a nivel legal y jurisprudencial; en ese sentido, el antecedente desde el que se parte es el capítulo dos de la Constitución de 1991, dedicado al tema de la función pública como estrategia de modernización de la administración del Estado. Precisamente, la función pública como concepto resulta clave, entendida como “el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y los servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra” (Parada, 2008).

Así mismo, se debe traer a colación el concepto servidor público, que cobija tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales, implica la “asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral” (Santofimio, 2002). Las diferencias entre estos dos tipos de trabajadores se pueden distinguir en tres aspectos o criterios: el tipo de vinculación, el nivel orgánico, que implica el organismo donde se encuentra ubicado, y el funcional, que mira la actividad que desempeña; pese a esto, los criterios parecen ser idénticos en uno y otro caso, más allá de la distinción aparente.

En ese sentido, es importante indicar, como lo menciona Perilla Zamudio (2014), que “dentro de la órbita de la función pública y al tenor del marco constitucional y legal vigentes empleados públicos

y trabajadores oficiales son conceptos idénticos y/o análogos” (p.200); sin embargo, uno de los criterios que sustenta la diferenciación entre empleado público y trabajador oficial es su vinculación, la cual se hace por medio de una vinculación legal y reglamentaria en los primeros y una vinculación bilateral de naturaleza laboral en los segundos, lo que ha hecho que las jurisdicciones sean diferentes para uno y otro caso; pese a esto, y bajo la óptica de las condiciones de vinculación al servicio del Estado, vemos que son conceptos idénticos, ya que en los dos tipos de vinculación “se imponen condiciones de unilateralidad por parte del empleador, lo que supone de manera análoga el sometimiento a cláusulas adhesivas que desdibujan, sobre todo para el caso de los trabajadores oficiales, la relación bilateral que se supone predicar” (Perilla Zamudio, 2014, p. 211).

Conforme a lo anterior, si se parte desde el criterio de vinculación, es claro que:

los trabajadores oficiales se encuentran sometidos a condiciones unilaterales que son impuestas por el Estado con el fin de la prestación del Servicio, causando la adhesión a cláusulas imputadas en términos idénticos a la vinculación legal, reglamentaria, estatutaria del empleado público. (Perilla Zamudio, 2014, p. 212) Otra de las distinciones en las que se soporta la disparidad o desigualdad es que sus funciones son de naturaleza diferente, y esto resulta ambiguo, ya que, como se vio, los empleados públicos realizan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la ley o el reglamento, como si las labores de un trabajador oficial por el hecho de tratarse del mantenimiento de los espacios físicos, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas no tuvieran esas características o no fueran una tarea de Estado; por esta razón, la diferenciación de la naturaleza de sus funciones no es lo suficientemente sólida para justificar la desigualdad entre unos y otros.

Además de lo anterior, se debe decir que los empleados públicos tienen un régimen disciplinario más amplio que los trabajadores oficiales, producto de la diferenciación de jurisdicciones administrativo-laboral y laboral ordinario. Bajo esta lógica, se hace necesario preguntarse ¿cuál es criterio constitucional y legal para que cada uno de estos “sectores” tenga reglas divergentes? Cuestión que representa la columna vertebral de este artículo, pero que no ve explicación fiable más allá de la distinción de funciones, naturaleza o tipo de vinculación, pues, a fin de cuentas, son conceptos análogos en la realidad material.

Como se puede apreciar, las diferencias radican principalmente en el tipo de vinculación, las labores desempeñadas y el régimen al cual están sujetos; características que no pueden ser consideradas suficientes para limitar la igualdad en el acceso a la administración de justicia, pues como se verá, resulta válido plantear la primacía del derecho sustancial y el respeto del derecho fundamental a la igualdad y el acceso a la administración de justicia, toda vez que es discriminatorio el limitado término de caducidad con el que cuentan los empleados públicos respecto de los trabajadores oficiales.

## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES ¿QUÉ SIGNIFICAN PARA EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO?

En este apartado se hace necesario deliberar y establecer si el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho<sup>2</sup> y la caducidad en materia laboral se contraponen a la prescripción de los derechos laborales, convirtiéndose en un límite a la igualdad en el acceso a la administración de justicia para los empleados públicos. Este análisis parte de los derechos fundamentales, y de manera particular del derecho a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, para luego, abordar la prescripción e interrupción en materia laboral y la caducidad de la acción contenciosa, es decir, el término con el que cuentan los empleados públicos para accionar ante la jurisdicción competente, que como vimos difiere en exceso del término con el que cuentan los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Respeto a lo anterior es menester dejar presente que el derecho a la igualdad no es un criterio absoluto, ya que, por ejemplo, una mujer y un hombre son iguales, pero una mujer se pensiona a los 57 años y un hombre a los 62 años en el régimen de prima media. ¿Por qué se aplica este criterio diferenciador? La respuesta, como se vio antes, se encuentra en la naturaleza de las funciones y la vinculación de ambos tipos de servidores públicos; sin embargo, la vulneración a la igualdad radica en que pese a que el empleado público y el trabajador oficial son en últimas conceptos análogos, se les aplica términos diferentes para acudir al juez a reclamar derechos laborales.

Mientras tanto, es incuestionable la naturaleza trascendental del acceso a la administración de justicia, y más cuando nuestra Constitución lo contempla como derecho fundamental.

El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se encuentra consagrado en el artículo 229 de la norma superior en los siguientes términos: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, **en condiciones de igualdad**. (Sentencia T-799, 2011)

A partir de lo expuesto surge la pregunta ¿es la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de las garantías en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo vulneratoria de la igualdad en el acceso a la administración de justicia? o, por el contrario, ¿es un medio con un término idóneo dadas las características de los servidores públicos? El debate

---

<sup>2</sup> El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 138, Sobre Nulidad y Restablecimiento del Derecho, indica que “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño” (Ley 1437, 2011).

jurídico se centra en la diferencia de términos de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento en materia laboral conforme a presupuestos contenidos en la Ley 1437 de 2011 (cuatro meses) y los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que indica que por regla general las acciones correspondientes a los derechos de trabajadores (trabajadores oficiales) prescriben en tres años.

A la luz de los argumentos expuestos, es necesario establecer el término que debe primar para acceder a la administración de justicia en materia laboral en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, si los de prescripción de los derechos laborales y su interrupción contenida en los artículos 488 y 489 de Código Sustantivo del Trabajo (tres años luego de la ocurrencia del hecho dañino) o la contenida en los artículos 138 y 164 inciso 2 literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (cuatro meses para presentar el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho). Todo esto bajo la perspectiva de las garantías constitucionales relacionadas con la igualdad y el acceso a la administración de justicia.

Con el fin de comprender el significado de derecho fundamental en el ámbito de la igualdad y el acceso a la administración de justicia, es necesario partir de su definición. En ese sentido, Luigi Ferrajoli (2004) define los derechos fundamentales como “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 37); de esta definición surgen dos conceptos claves: derechos subjetivos y status lo primero se refiere a cualquier expectativa positiva, es decir, de prestaciones, o negativa, que implica no sufrir lesiones, garantías reconocidas a un sujeto por una norma jurídica lo segundo hace referencia a la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o de autor de los actos que son ejercicios de estas (Ferrajoli, 2004). Como se puede ver, la condición para la existencia de estos derechos es la positivización del presupuesto y aplica para los trabajadores oficiales y empleados públicos.

En contraposición a la definición anterior encontramos que Castañeda (2002) define los derechos fundamentales como “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad y deben ser siempre reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico” (p. 221). Comulgamos con la segunda postura, en la que la positivización de tales derechos por un ordenamiento jurídico no es condición *sine quanon* para su existencia o vigencia en aquel, ni tampoco incide en el significado de derechos fundamentales, como se indicará más adelante al abordar el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, un ejemplo clave, que permite constatar que los conceptos empleados públicos y trabajadores oficiales son similares o análogos, es el hecho de que los empleados públicos actualmente gozan del derecho de negociación colectiva, siendo un desarrollo del Decreto 1092 de

2012, el cual logró las mismas prerrogativas con los que cuenta un trabajador oficial, equiparando las categorías, en pro de salvaguardar la igualdad entre los dos grupos (Perilla Zamudio, 2014). Por lo antes expuesto, no puede concebirse a los empleados públicos y trabajadores oficiales como categorías aisladas y diferentes, ya que ello supone la desigualdad en diversos aspectos, y más importante aún, debido a que son conceptos idénticos, cuya diferenciación crea conflictos de competencia frente a la determinación de la autoridad judicial competente, hecho que de plano es preocupante (Perilla Zamudio, 2014, p. 213).

### III. ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Igualmente, es preciso desarrollar la conceptualización del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, también denominado derecho a la tutela judicial y efectiva; precisamente se denomina efectiva, pues en este ámbito “se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real en las comunidades humanas” (Méndez, 2000, p. 1); esto implica que el reconocimiento debe ir acompañado al reto de garantizar los derechos, en otras palabras, materializar el derecho desde las instituciones jurisdiccionales.

La tutela judicial efectiva ha sido reflexionada como la “expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado” (Sentencia C-454, 2006), como herramienta que permite la relación efectiva entre ciudadano y administración de justicia. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, la tutela judicial se constituye como “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho” (Sentencia C-426, 2002), así las cosas, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el preámbulo constitucional en tanto se lo identifica con la justicia, como valor fundamental constitucional a fin de promover la convivencia pacífica, dar garantía material a la efectividad de los derechos, justicia material, entre otros fines, que irradia el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, es válido afirmar que el acceso a la administración de justicia goza de reconocimiento internacional y Colombia está obligada a su protección. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo diez establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. A su turno, el artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos reza: “Toda Persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente” (Organización de los Estados Americanos, 1969). Lo cual indicaría entonces que todos los trabajadores, sin importar su naturaleza, deberán tener las mismas garantías o condiciones para acudir a la administración de justicia.

Así las cosas, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en su artículo 14 dispone que “Todas las personas nacen iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial”. Lo cual no hace sino debilitar la idea de tener desigualdad de términos para el acceso a la administración de justicia en ambos servidores públicos.

Finalmente, conforme a la Cumbre Judicial Iberoamericana, la tutela efectiva es el “Derecho Fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses” (Declaración de Cancún, 2002); es por esto que la inaplicación de este derecho conlleva a que la materialización de los derechos consagrados en la Constitución, tratados internacionales y en la ley sean nulos.

Como se puede apreciar, el sustento normativo internacional que busca garantizar el derecho a la tutela efectiva es extenso. En lo que se refiere al desarrollo interno desde la Corte Constitucional, respecto al derecho al acceso a la administración de justicia, encontramos que la alta corporación indica que

Se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos. (Sentencia C-426, 2002)

Entendemos que la tutela judicial efectiva posee dos aspectos primordiales: el formal, que concierne a la existencia de mecanismos nominales a través de acciones y recursos contemplados en el ordenamiento jurídico que permitan el ejercicio de los derechos, y el material, que advierte la plena observancia de las garantías para efectivizar las finalidades superiores constitucionales; esto quiere decir que la discusión no se centra en la existencia de la garantía sino en su aplicación o materialización para los servidores públicos, diferencia que se centra en la distinción de la naturaleza de la vinculación y funciones, pero que no satisface la justificación de la diferencia de términos.

#### **IV. CARGAS PROCESALES ¿JUSTIFICACIÓN DE LA DESIGUALDAD?**

La siguiente tabla permite visualizar las principales diferencias procesales entre empleados públicos y trabajadores oficiales, específicamente en lo que respecta al término legal para reclamar sus derechos laborales.



**TABLA 2.** DIFERENCIAS EN EL TÉRMINO PARA RECLAMAR A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA LABORAL POR TIPO DE TRABAJADOR

Empleados públicos	Trabajadores oficiales
Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011	Código Sustantivo del Trabajo
<p>El artículo 164: inciso 2 literal d), respecto de la oportunidad para presentar la demanda, determinó:</p> <p>d. Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo...</p>	<p>Artículo 488. Regla general. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.</p>

**Fuente:** elaboración propia a partir de la Ley 1437 de 2011 y el Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, es preciso evaluar si las cargas procesales de los servidores públicos, frente a los términos y a la configuración de los procesos judiciales se encuentran extremos de razonabilidad y proporcionalidad, principalmente frente a la caducidad de la acción que busque la protección a derechos laborales, puesto que los trabajadores oficiales, servidores públicos y trabajadores del régimen común cuentan con términos diferentes para acudir a la administración de justicia en busca de la protección de sus derechos laborales.

Lo anterior es necesario, ya que uno de los argumentos que respaldan la diferencia en el acceso a la administración de justicia entre los tipos de trabajadores son las cargas procesales, como figuras jurídicas que pueden limitar en determinados momentos y escenarios garantías legales; en ese sentido, se dice que las cargas son potestativas, contrario a las obligaciones procesales, que son de imperativo cumplimiento, pero, a su vez, es imperativo realizarlas o no, por lo que el no hacerlo trae consigo consecuencias desfavorables para el titular del derecho subjetivo. Un ejemplo de una carga procesal es aquel que obliga a quien interpone una demanda al cumplimiento de los términos establecidos en la ley, cuya inobservancia genera la pérdida del derecho y no se puede ejercer la acción por haber operado la prescripción o la caducidad como consecuencia del paso del tiempo.

Lo que se pone en discusión es si las cargas procesales a las que se ven obligados los empleados públicos en materia laboral van en contravía de disposiciones constitucionales e internacionales; puntualmente el término para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho en materia laboral, que difiere sobremanera de otros términos legales en materia laboral ordinario y que les es aplicable a los trabajadores oficiales, máxime cuando la Corte Constitucional ha reiterado que “una carga procesal capaz de comprometer el goce efectivo del derecho de acceso a la justicia de una persona es inconstitucional cuando es irrazonable y desproporcionada” (Sentencia C-807, 2009); por esta razón, se debe establecer si la norma procesal que establece los cuatro meses está garantizando la prevalencia del derecho sustancial y la garantía de los derechos a la igualdad y el acceso a la administración de justicia a los empleados públicos, pues como lo ha establecido la Corte Constitucional:

Será preciso evaluar si la carga procesal persigue una finalidad compatible con la Constitución, si es adecuada para la consecución de dicho objetivo, y si hay una relación de correspondencia entre la carga procesal y el fin buscado, de manera que no se restrinja severamente o en forma desproporcionada algún derecho constitucional. (Sentencia C-086, 2016)

A partir de lo anterior se resalta lo manifestado por la Corte Constitucional, y que aplica para nuestro tema de estudio, puesto que debe existir igualdad en las relaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Es el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. (Sentencia C- 479, 1992)

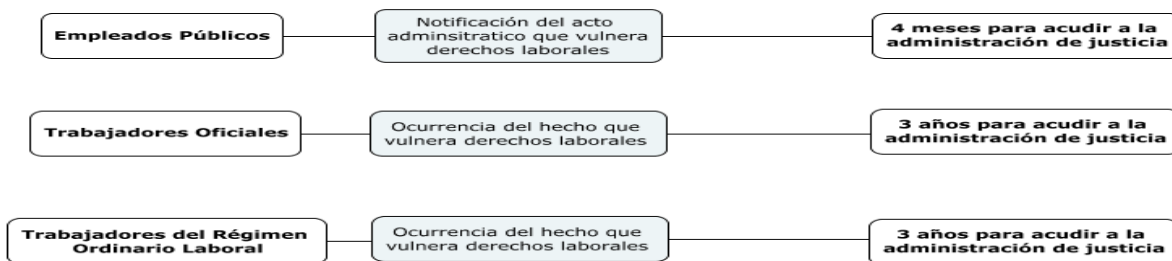
Teniendo en cuenta la definición del principio de igualdad proporcionada por el Alto Tribunal, se puede preguntar si la disparidad del término para acudir a la administración de justicia en una controversia laboral de empleados públicos y trabajadores oficiales ¿está debidamente justificada? Más aun cuando de la simple lectura de las normas citadas se comprende su sentido: el de consagrar la igualdad de oportunidades en el empleo; según lo ya expresado, las diferencias objetivas no involucran en sí mismas una discriminación, sino la obligación para la autoridad de reconocerlas y de actuar en consecuencia, dando distinto tratamiento a situaciones disímiles y previendo normas y efectos similares para situaciones análogas.

Por esa razón, la respuesta de plano es que la diferenciación no se encuentra justificada constitucionalmente, ya que los conceptos de servidor público y trabajador oficial son análogos e idénticos, y su diferenciación es formal y no material, por lo que no deben definirse condiciones diferenciadas para acceder o reclamar por sus derechos labores, puesto que vulnera el derecho a la igualdad.

De igual manera, las garantías relacionadas con la igualdad y en materia laboral para los trabajadores, con independencia de su ocupación o vínculo con el Estado, se desarrollan en el Convenio Internacional del Trabajo 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los cuales hacen parte

del ordenamiento jurídico nacional al ser aprobados por el Congreso de la República a través de las leyes 22 de 1967 y 74 de 1968, respectivamente, atendiendo a los artículos 53 y 93 de la Constitución. Esta clase de convenios y pactos internacionales se integran a la legislación interna y sirven para interpretar los derechos y deberes presentes en aquella, por lo que el sustento jurídico para evitar diferencia en la oportunidad para acceder a la administración de justicia es real y concreta.

Los convenios de derecho internacional son de aplicación directa en el ordenamiento jurídico colombiano e inciden en la determinación del alcance de las normas locales que también sean aplicables, de manera adicional, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en estricto sentido han de preponderar en el orden interno y serán criterio de decisión del caso concreto. El Convenio 111 considera que hay discriminación, cuando se permite cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en la raza, religión, decisión política u otro trasgresor de la igualdad de oportunidades, por ello, los países miembros deberán implementar mecanismos que erradiquen estas prácticas nocivas al derecho a la igualdad. El siguiente ejemplo, permite ver el escenario en donde se configuraría desigualdad entre empleados públicos y trabajadores oficiales, cuando acuden a reclamar ante la administración de justicia sus garantías laborales, pero ¿por qué es un acto discriminatorio, si su vinculación, funciones, periodo, prestaciones son distintas? Precisamente porque en últimas se trata de ciudadanos que prestan sus servicios al Estado y la igualdad en las condiciones de acceso a la justicia es notoriamente diferente.



Fuente: elaboración propia.

### IMÁGEN 1. DIFERENCIA DEL TÉRMINO PARA ACUDIR A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA LABORAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS, TRABAJADORES OFICIALES Y TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ORDINARIO

Teniendo en cuenta los postulados presentados, con relación con la garantía del acceso a la administración de justicia, y principalmente frente al derecho a la igualdad, es evidente una desproporción de los empleados públicos respecto a los trabajadores oficiales, y deja en evidencia que esta circunstancia representa una afectación para las condiciones laborales y un desconocimiento a la amplia normatividad nacional e internacional y a la jurisprudencia expuesta hasta el momento.

## V. PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO OPERARIO Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD O NORMA MÁS FAVORABLE

Estos principios son pertinentes porque brindan una interpretación que aporta soluciones al problema jurídico planteado. El In dubio pro operario hace referencia a dos o más hermenéuticas sensatas respecto de una misma norma, escogiendo aquella interpretación que le sea favorable al trabajador. Este principio surgió como reacción al principio propio del derecho civil en el que la duda debía ser resuelta a favor del deudor, sin embargo, en materia laboral, en desarrollo del principio protector del trabajador y, al ser el derecho del trabajo disciplina independiente, no se admite esta premisa (Munita, 2014). Así, mientras en el derecho privado la duda se resuelve a favor del deudor, en el derecho laboral esta debe resolverse a favor del acreedor, entendido este como trabajador.

Este principio ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral, 2011), la cual ha entendido que “El principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, lo cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador”. La norma en común, por ende, sería la garantía de la igualdad que se ve vulnerada cuando se le asigna mayor cantidad de tiempo a los trabajadores oficiales para acceder a la administración de justicia.

Este principio, como la misma Corte Suprema de Justicia ha indicado, está acompañado de particularidades para su materialización: primero, su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, aunque la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; segundo, los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado; y tercero, no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba (Sentencia Radicado No. 40662, 2011).

De la misma forma, hay que mencionar que el principio de favorabilidad o norma más favorable se aplica cuando al existir una misma situación jurídica regulada por más de una norma, le asiste el deber a quien la ha de aplicar de elegir la más favorable al trabajador. La favorabilidad opera cuando existe conflicto entre dos normas. Las características las ha desarrollado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: primera, cuando la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas estas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica” (Sentencia Radicado No. 40662, 2011); segunda, las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; tercera, deben regular la misma situación fáctica, y cuarta, al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad, es decir, la norma escogida no solamente

se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo (Sentencia Radicado No. 40662, 2011).

A su turno, la Corte Constitucional ha hecho pronunciamientos importantes con relación al tema, señalando que

Se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del 'in dubio pro operario', según el cual toda duda ha de resolverse a favor del trabajador; porque en este caso tan solo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador. (Sentencia C-168, 1995)

Un ejemplo que permite entender la aplicación del principio de favorabilidad se da cuando el contrato de trabajo y el reglamento de trabajo confieren los mismos derechos a los trabajadores; a la hora de reconocerlos debe tomarse en consideración la más favorable, esto es, la que conceda más derechos, pero no por ello conquistará mayor valor o rango normativo. Desde esta perspectiva, y frente a la igualdad en el acceso a la administración de justicia en materia laboral de empleados públicos y trabajadores oficiales, se debe decir que el artículo 53 inciso final de la Constitución Política no permite dubitaciones con relación a que la condición más beneficiosa debe entenderse como el término máximo para acudir a la administración de justicia; este principio no puede ser desconocido a los trabajadores que se encuentren sujetos a un régimen distinto (Escobar, 1999). Esto resulta clave para entender que la desigualdad en el acceso se sustenta en criterios que no son suficientes para dejar de lado la norma constitucional.

Frente a la idea anterior, surgen inconvenientes para dar aplicación al caso que nos ocupa, debido a que debe tenerse en cuenta que la nueva norma menoscaba la condición del trabajador, por lo que se debe identificar cuál es la primera norma y cómo menoscaba derechos la segunda. La doctrina nacional ha enumerado como necesarios los siguientes requisitos: primero, que la sucesión normativa es peyorativa; segundo, que debe tratarse de normas de igual rango; tercero, se trata de la interpretación y aplicación de los principios laborales a la luz de las normas; cuarto, debe aplicarse de manera individual; quinto, que no es un derecho adquirido, y sexto, que no solo se aplica por derogatoria, sino por modificación de la norma (Villegas, 2010).

Se confirma entonces que los principios constitucionales son de aplicación directa, debido a que estamos hablando de una desigualdad reglada y respaldada legalmente pero que deja de lado garantías constitucionales, tanto a trabajadores oficiales como a empleados públicos;

por lo que la condición más beneficiosa debe aplicarse, entre otros eventos, ante leyes y decretos o actos nuevos que menoscaben derechos de empleados públicos o trabajadores oficiales o por el cambio en la calidad de trabajador oficial a empleado público por reclasificación en el estatuto o regla-

mento interno, o de empleado público a trabajador oficial por cambio en la naturaleza de la entidad, o de trabajador oficial a trabajador particular. (Villegas, 2010, p. 44)

En vista de lo anterior, es menester indicar que nos encontramos ante una desigualdad reglada; así las cosas, se deben establecer las diferencias entre la condición más beneficiosa, favorabilidad e *In dubio pro operario*, a partir de los siguientes elementos distintivos: la condición más beneficiosa, opera cuando el legislador no consagra un régimen de transición, por lo que entra en juego para proteger a quienes tienen no una mera o simple expectativa, sino a un grupo de personas que si bien no tiene un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia al contar con una situación jurídica y fáctica concreta; por ejemplo, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias para pensionarse que consagraba la ley anterior.

Es por eso que supone la existencia de una situación jurídica concreta, anteriormente reconocida, y determina su respeto en la medida que sea más favorable al trabajador en relación con la nueva norma; así mismo, opera en el caso de un tránsito normativo y ante la ausencia de un régimen de transición, cambio de normas; además, la condición más beneficiosa no se aplica frente a una expectativa sino respecto de una situación jurídica concreta. En cuanto a la condición más beneficiosa, no opera al estar frente a un derecho adquirido, porque este ya se encuentra en el patrimonio del trabajador y, finalmente, opera en el tránsito de normas, de una norma no vigente a otra vigente, siempre que el legislador no defina un régimen de transición.

En lo que respecta a la norma más favorable o favorabilidad, se presenta cuando existe contradicción o pugna entre dos normas o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador; se requiere entonces la aplicación de normas vigentes, es decir, disposiciones válidas y en vigor. Se presenta cuando existen dos o más normas que regulan la misma situación fáctica, por lo que, de aplicar una norma, esta se debe aplicar de manera íntegra, atendiendo a la inescindibilidad. Finalmente, el principio no encuentra aplicación referida a una sola norma ni respecto de normas que hayan perdido su vigencia. Respecto a lo anterior se podría decir que cada tipo de funcionario empleado público y trabajador oficial tiene normas especiales, las cuales además son conocidas por jurisdicciones distintas; argumento que no resulta válido, pues como vimos, los conceptos empleado público y trabajador oficial terminan siendo similares y análogos, su diferenciación no es clara.

Mientras tanto el *In dubio pro operario*, se manifiesta frente a una misma norma laboral de la cual surgen varias interpretaciones sensatas. Puntualmente, en caso de no entender o interpretar una norma de una sola manera, sino que esta admita plural interpretación, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador. Teniendo en cuenta lo anterior, no hablamos de normas, sino de interpretaciones, entonces su aplicación se restringe a aquellos casos de duda en la interpretación de una norma, por lo que se debe acudir a la interpretación que más favorezca al

trabajador, dado que no debe existir duda sobre el alcance de la norma al dársele determinada interpretación, y finalmente, la interpretación no debe pugnar con la voluntad del legislador.

Otro principio importante para el tema en cuestión es el de primacía de la realidad sobre las formas, en vista de que tanto los servidores públicos, empleados oficiales y trabajadores del régimen común están unidos y prestan sus servicios al empleador, más allá de la diferencia en su tipo de vinculación y sus funciones. Como indica la Corte Constitución, dando interpretación de la carta política:

La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. (Sentencia T-174, 1997)

Si se aplica el mencionado principio no solo al caso que nos ocupa sino a las diversas situaciones jurídicas que así lo ameritan, la justicia como valor social y pilar fundamental para la convivencia podrá ser una realidad.

## **VI. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS JURISDICCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y ORDINARIA LABORAL**

Considerando los principios y garantías consagradas a nivel nacional e internacional, se debe hacer énfasis en que tanto a trabajadores oficiales como a empleados públicos les son aplicables sin distinción alguna los principios ya enunciados, con impacto en la función pública. La jurisdicción Contencioso Administrativa como la Jurisdicción Ordinaria Laboral al dirimir un conflicto laboral como juez natural de unos y otros, les obliga y son de atención prevalente la Constitución Política y los principios constitucionales que ella consagra.

Con base en lo anterior, ha de notarse que los derechos involucrados en materia laboral, indistintamente del régimen aplicable al trabajador, inciden de manera directa en sus derechos humanos fundamentales, puesto que se parte del trabajo y sus condiciones de prestación y remuneración como principio para dignificar las condiciones de vida de los seres humanos; por lo que resulta necesario que los términos previstos para su reclamación y reconocimiento se comparen y unifiquen en torno al más garantista, facultando así su ejercicio en un lapso prudencial, con todo y las garantías procesales que ello involucra.

Es innegable en estos casos, la aplicación del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales consagrado en el artículo 14 Código Sustantivo del Trabajo

y que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, con respecto de este principio surge la pregunta: ¿por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales? La respuesta se direcciona a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad (Sentencia C-023, 1994).

Dicho de otra manera, el concepto de supremacía material de la Constitución implica que “el orden jurídico del Estado depende por entero de la Constitución. Siendo ella el origen de toda la actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado (Corte Constitucional, 1994). De modo que resultaría pertinente y procedente, a la luz de los principios de solidaridad, equidad y justicia material e igualdad, que se deje de aplicar en el artículo 164 inciso 2 literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo cuando se debata la nulidad de un acto administrativo que resuelva reclamaciones de carácter laboral de los empleados públicos y particulares que señalen desempeñar iguales funciones, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad a la que están autorizados declarar todos los jueces, y se aplique directamente la Constitución, atendiendo el artículo cuatro de la Carta Política, por lo que a la administración de justicia le es dado, por no decir imperioso, aplicar la Constitución de manera directa.

Se debe agregar lo dicho por Mario de la Cueva (1984) al plantear una crítica a la teoría orgánica-administrativa y la aplicación del derecho del trabajo, pues indica “que es forzosa su extensión a todas las relaciones jurídicas laborales, con independencia de la situación de quien sea el sujeto receptor de la energía de trabajo y de la finalidad a que la destina, en la lucha del derecho del trabajo se encuentra pendiente la batalla contra el derecho administrativo, que es tanto como decir contra el Estado” (p. 457). Sin lugar a dudas, se precisan condiciones de igualdad social ante la ley, máxime cuando lo que se discute es el goce de derechos fundamentales como la igualdad y el acceso a la administración de justicia.

Por último, resulta valioso recordar lo planteado por la Corte Constitucional, en el entendido de que “No significa que toda carga por el solo hecho de ser pertinente para un proceso, se encuentre acorde con la Constitución, puesto que, si resulta ser desproporcionada, irrazonable o injusta, vulnera igualmente la Carta y amerita la intervención de esta Corporación” (Sentencia C-083, 2015). Es por todo lo anterior que se discrimina cuándo se restringe un derecho o cuándo se otorga un derecho, y en el caso de los empleados públicos, encuentran limitado su derecho de acción respecto de los trabajadores oficiales.

## CONCLUSIONES

Como se pudo observar, existe un amplio desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que defiende la garantía del acceso a la administración de justicia y del derecho a la igualdad, por lo que se puede concluir que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa la caducidad del medio de



control de nulidad y restablecimiento del derecho de conflictos laborales de los empleados públicos constituye una limitación injustificada del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la administración de justicia respecto de los trabajadores oficiales.

Otra de las conclusiones de este trabajo es que el Estado Social de Derecho debe satisfacer las pretensiones de acceso a la administración de justicia en términos iguales para los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, tres años, o cuando menos contemplar el término de dos años, tal y como se consagra para el medio de control de Reparación Directa, que persigue la declaratoria de responsabilidad del Estado y el resarcimiento de perjuicios por daño antijurídico.

Teniendo en cuenta las disposiciones normativas estudiadas, es evidente que el derecho a la administración de justicia, así como el derecho de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces a fin de solicitar protección de sus derechos, para los empleados públicos, se ve menguado respecto de sus compañeros de trabajo, los trabajadores oficiales, al no serles posible acudir en derecho de acción ante la jurisdicción contencioso administrativa fuera del término consagrado en el artículo 164 inciso 2 literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A la luz de los argumentos expuestos, no encontramos razonable ni proporcional el término de caducidad con el que cuentan los empleados públicos o particulares que precisen haber desempeñado las mismas funciones para acceder a la administración de justicia; término mucho menor que el tiempo con el que cuentan los trabajadores oficiales para el ejercicio de su derecho de acción en la jurisdicción ordinaria laboral. Se sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y no permite la realización de sus derechos laborales fundamentales, máxime cuando los dos grupos de trabajadores acuden a sus correspondientes jurisdicciones en reclamo de la efectividad sus derechos laborales, uno enfrentado a un término de cuatro meses y el otro de tres años. Así las cosas, debe decirse que los derechos mínimos consagrados en las normas laborales constituyen un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, el cual hace parte de las condiciones de dignidad y justicia que deben orientar toda relación laboral, y la discriminación en las jurisdicciones al acceder a la justicia conlleva un efecto multiplicador de exclusión.

## REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de diciembre de de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas (23 de marzo de 1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York. [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)

- Asamblea Nacional Constituyente (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, D.C. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Castañeda, J. L. (2002). *Derecho Constitucional Chileno*. Universidad Católica de Chile.
- Congreso de la República de Colombia (14 de junio de 1967). Ley 22. *Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del Trabajo*. Bogotá, D.C. <https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1967/l0022de1967>
- Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 1968). Ley 74. Bogotá, D.C. [https://www.redjurista.com/Documents/ley\\_74\\_de\\_1968\\_congreso\\_de\\_la\\_republica.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/ley_74_de_1968_congreso_de_la_republica.aspx#/)
- Congreso de la Republica de Colombia (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, D.C. Congreso de la República de Colombia (2016). Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá D.C. Consejo de Estado (26 de julio de 2018). Sentencia 00799. Bogotá, D.C. M.P.: César Palomino Cortés. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89540>
- Corte Constitucional (13 de agosto de 1992). Sentencia C- 479. Bogotá D.C. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Ob <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>
- Corte Constitucional (29 de julio de 1992.). Sentencia T-475. Bogotá D.C. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-475-92.htm>
- Corte Constitucional (27 de enero de 1994). Sentencia C-023. Bogotá D.C. M.P.: Vladimiro Naranjo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-023-94.htm>
- Corte Constitucional (20 de abril de 1995). Sentencia C-168. Bogotá D.C. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36034>
- Corte Constitucional (8 de abril de 1997). Sentencia T-174. Bogotá D.C. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo . <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-174-97.htm>
- Corte Constitucional (14 de octubre de 1998). Sentencia C-574. Bogotá D.C. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-574-98.htm>
- Corte Constitucional (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426. Bogotá D.C. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_75992041d326f034e-0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_75992041d326f034e-0430a010151f034)
- Corte Constitucional (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426. Bogotá D.C. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-426-02.htm>
- Corte Constitucional (7 de junio de 2006). Sentencia C-454. *Expediente No. D-5978*. Bogotá D.C. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>

- Corte Constitucional (11 de noviembre de 2009). Sentencia C-807. Bogotá D.C. M.P.: María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-807-09.htm>
- Corte Constitucional (12 de noviembre de 2010). Sentencia T-903. Bogotá D.C. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-903-10.htm>
- Corte Constitucional (21 de octubre de 2011). Sentencia T-799. Bogotá D.C. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/17178/T-799-11.pdf?sequence=1#:~:text=Reiteraci%C3%B3n%20de%20jurisprudencia.-,El%20derecho%20fundamental%20de%20acceso%20a%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia,sin%20la%20representaci%C3%B>
- Corte Constitucional (24 de febrero de 2015). Sentencia C-083. Bogotá D.C. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84413>
- Corte Constitucional (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086. Bogotá D.C. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral (15 de febrero de 2011). Sentencia Radicado No. 40662. Colombia: M.P.: Carlos Ernesto Molina Monsalve. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?>
- De la Cueva, M. (1984). La situación laboral de los trabajadores públicos. *Revista de Derecho Laboral*, 136, 623-655. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42585/44596/>
- Declaración de Cancún. (2002). *Declaración principal de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia*. Cancún, México. [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?folderId=24801&name=DLFE-1012.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1012.pdf).
- Escobar E. F. (2000). Los principios del derecho laboral en la nueva constitución. *Actualidad Laboral*, 48.
- Escobar Henríquez, F. (1999.). [Debe agregarse el título del trabajo] *Revista Actualidad Laboral*. No. 48. *Revista Actualidad Labora*, 16. [aclarar si el número de la edición es 48 o 16] [aclarar si son los mismos autores, y si lo son unificar la escritura de su nombre]
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías - la ley del más débil*. Trotta.
- López F, A. (2014). *Elementos de Derecho del Trabajo*. Bogotá, D.C.: Librería ediciones del profesional Méndez, J. E. (2000). *El Acceso a la Justicia, un enfoque desde los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Acceso a la Justicia y equidad: Estudio en siete países de América Latina*. San José: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Munita Luco, E. (2014). El Principio Protector y la Regla del In Dubio Pro Operario como Criterio de Interpretación de la Norma Laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, [Debe agregarse el número del volumen o de la edición] 85-94.
- Organización de los Estados Americanos (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)

Organización Internacional del Trabajo. (25 de junio de 1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Ginebra, Suiza. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=NORMLEXPUB:12100:0::-N0::P12100\\_Ilo\\_Code:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=NORMLEXPUB:12100:0::-N0::P12100_Ilo_Code:C111)

Parada Vásquez, R. (2008). *Derecho Administrativo*. Tomo II: *Organización y Empleo Público*. Marcial Pons.

Perilla Zamudio, J. F. (2014). Empleados públicos y trabajadores oficiales: Un concepto análogo a la luz del ordenamiento legal colombiano vigente. *Principia Iuris*, [Debe agregarse el número del volumen o de la edición ]197-215. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/download/929/904/0>

Presidente de la República de Colombia (24 de Mayo de 2012). Decreto 1092. Bogotá, D.C., Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=47567>

Santofimio, J. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Villegas Arbeláez, J. (2010). *Derecho administrativo laboral – Principios, estructura y relaciones individuales*, t. 1. Legis.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.56.342>

# **Tecnología y constitución**

*Technology and constitution*

**M A N U E L M I G U E L T E N O R I O A D A M E**

Abogado, Doctor en Derecho Constitucional .  
Profesor de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia.  
ORCID : 0000-0002-8325-8087. [mmtenorio@ucatolica.edu.co](mailto:mmtenorio@ucatolica.edu.co)

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación Derecho, Estado y Sociedad. El autor es miembro del grupo de investigación en Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia de Bogotá

## Resumen

Este artículo pretende brindar un panorama general consolidado en la necesidad de comprender la relación directa existente entre los derechos humanos, las facultades institucionales de administración, gobernanza y ámbito legislativo, supremacía constitucional y la tecnología a partir de planteamientos constitucionales. En el supuesto de que los derechos son patrimonio jurídico de los seres humanos y las facultades, como fuente de división de poderes de las instituciones democráticas, se entrelazan a través de los avances tecnológicos desde que el hombre se encuentra organizado en sociedad para lograr el fin de la supremacía constitucional. Nunca el enlace de estos procesos se había dado de una manera tan específica, robusta y rápida a través de la tecnología como herramienta integradora de la sociedad.

### PALABRAS CLAVE

Constitución, derechos, tecnología, integración y democracia.

## Abstract

This article aims at providing a consolidated overview of the need to understand the existing direct relationship among the human rights, the institutional powers of administration, governance and legislative sphere, constitutional supremacy and the technology starting with constitutional statements. Supposing that the rights are the juridical patrimony of human beings, and the powers of authorities as a source of division of powers of democratic institutions, are interweaved through the technological advances since the human beings are organized as a society to achieve the consequence of the constitutional supremacy. The link of these processes had never taken place in such a specific, sound and fast way through technology and as an integrating tool of society.

### KEYWORDS

Constitution, rights, technology, integration, democracy.

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de constitucionalismo democrático siempre ha estado ligada a una multiplicidad de factores, que han consolidado una serie de herramientas encaminadas a determinar un concepto que logre representar un propósito común: la satisfacción de las necesidades de una sociedad organizada políticamente. En su magna obra “El Leviatán”, el filósofo Thomas Hobbes (1651) define la percepción de Estado como la necesidad que tiene el hombre de abandonar la condición de guerra constante. La carencia de poder y, por ende, de estructura política es lo que lleva al Estado miserable de guerra constante, por lo que la realización del contrato social trae como consecuencia la observancia de acuerdos propios de las leyes de la naturaleza.

Siendo esta una definición que, aunque puede llegar a tomarse como antigua, refleja de una manera general y concisa, la verdadera necesidad contenida dentro del ser humano, para que una vez organizado dentro de la estructura política, se valga de la tecnología para lograr de manera más eficaz sus objetivos dentro de la sociedad a la que pertenece. El ser humano siempre ha utilizado la tecnología como fruto de su inteligencia, pero quizás nunca lo había hecho de forma tan apresurada como lo hace en la actualidad. Además, tampoco los avances tecnológicos habían influenciado tanto en la sociedad como lo están haciendo ahora.

En los últimos setenta años se han presentado cambios sociales con más celeridad en las estructuras políticas que en toda la historia. La democracia en todo el mundo ha sufrido una serie de transformaciones traducidas en canjes en la estructura política de las instituciones y, por ende, en el ejercicio de los derechos.

Los derechos inherentes a las personas, a raíz de los procesos democráticos, cambian constantemente, y siempre, de alguna u otra forma, el uso de la tecnología ha tenido que ver en el ejercicio de estos. Las nuevas tecnologías son un tema que está revolucionando el derecho a nivel global. Según Robert Alexy (2007), los derechos humanos que hacen parte de los diversos procesos democráticos de un Estado adquieren nuevas dimensiones, pero al mismo tiempo se encuentran con posibles limitaciones para sus núcleos esenciales. Así mismo, las instituciones políticas, aunque avanzan de forma más lenta, también se hacen partícipes de las tecnologías para la consecución de sus facultades en el logro de sus fines dentro de la comunidad política.

El análisis de las instituciones políticas y de los derechos inherentes a las personas que intervienen en los procesos democráticos son sustento básico del Estado de Derecho, por lo que su estudio resulta trascendental en el planteamiento de la doctrina que se produce desde el derecho constitucional de forma genérica, pero trascendentalmente y de forma particular desde los aportes a las nuevas tecnologías constituidas para el ejercicio del derecho, bajo una perspectiva vanguardista como objeto de estudio específico.

La existencia de las garantías propias de los individuos y, por ende, de los derechos debe de concurrir con la división de poderes, como presupuesto del concepto de democracia, que ampare el cumplimiento de dichas potestades, otorgando determinadas facultades a ciertos organismos institucionales estructurados en razón de la función del Estado. Uno de los grandes retos del constitucionalismo actual es el de abolir el absurdo divorcio existente entre los derechos inherentes a las personas y las facultades otorgadas a las autoridades, para lograr el fin de la supremacía constitucional a través de una relación biunívoca entre ambos elementos que la integran (Remolina, Tenorio, & Quintero, 2018).

A partir del análisis de ese estudio entre derechos y facultades a través de la supremacía constitucional, uno de los puntos que no se pueden dejar en el olvido es el referente a entender cuál es el rol que actualmente desempeña la tecnología bajo un contexto inherente a la estructura de la política de la sociedad, en el entendido de que el avance tecnológico ha acompañado al ser humano desde que este está organizado bajo el concepto aristotélico del “zoon politikon”, pero quizás nunca los avances tecnológicos había tenido una influencia tan apresurada como ahora. En otras palabras, la tecnología es algo propio al pensamiento humano, a su desarrollo como sujeto de lo social, por ende, tiene consecuencias políticas en su organización y en el adecuado constructo de la protección de sus derechos y el pleno ejercicio de los mismos.

## II. DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Partiendo del planteamiento metodológico de que para definir un concepto se tienen que incluir solo los elementos mínimos necesarios para que pueda ser desarrollado de manera singular, y este pueda significar una idea concreta de lo que se quiera transmitir, el concepto “Constitución” implica un esfuerzo metodológico harto complejo, dado que diversos autores y operadores jurídicos de diversas nacionalidades y tendencias científicas e ideológicas han definido las leyes fundamentales a partir de distintas palabras, referentes o significados (Sartori, 1991). El concepto *Constitución* entraña elementos muy vastos y de diversas disciplinas, que pueden abarcar cuestiones históricas, filosóficas, económicas y, por supuesto, jurídicas, por lo que tratar de reducirlo a sus elementos mínimos definitorios para abordar su desarrollo resulta una tarea sintética realmente importante.

No obstante, a pesar de la macro diversidad científica e ideológica de los significados de Constitución, resulta necesario establecer los elementos mínimos que integran este concepto, que se desarrolla a partir de la teoría del lenguaje, toda vez que el planteamiento metodológico que se le dé a la significación de la ley fundamental tiene un impacto directo en el tipo de solución que se propone a los grandes desafíos de la Constitución en general y del derecho constitucional en particular. No es ajeno para ningún operador jurídico que los recursos que plantean las constituciones de los diferentes Estados, sobre todo en Latinoamérica, muchas veces resultan insuficientes para los grandes retos de hoy. Por esta razón, encontrar la significación de *Constitución* en su esencia definitoria resulta trascendental



para hacer planteamientos de problemas concretos, que nos brinden soluciones científicas o, cuando menos, metodológicamente aceptables, acerca del curso constitucional que deben seguir los Estados y las instituciones que dimanen de ellos para un correcto usufructo del patrimonio jurídico individual y colectivo de los derechos por parte del soberano original, de aquel que en su conjunto ha forjado y ha decidido conformar el modo y forma de un Estado.

El planteamiento metodológico que se propone para definir “Constitución” se origina en aquellos elementos mínimos que le dan las características empíricas, en el sentido de que se está definiendo un concepto para distinguirlo de forma clara y precisa de otros. Según este criterio, *Constitución* se puede definir a partir de tres elementos configuradores, a saber: **a) Parte orgánica, b) Parte dogmática y c) Supremacía**, lo cual resuelve de entrada los siguientes problemas:

1. Delimita el objeto de estudio de la Constitución y, por ende, del derecho constitucional.
2. Ayuda a entender la esencia de la Constitución a través de sus referentes generales y específicos.
3. Obliga a tener una integralidad al momento de interpretar la Constitución, es decir, el operador jurídico a quien le corresponda realizar una interpretación constitucional se tendrá que basar en a), b) y c), y nunca tomar cada elemento aisladamente.
4. Delimita su naturaleza a partir de su esencia por medio de sus referentes y nos ayuda a visualizar la Constitución como un documento de características políticas y normativas, que en sí mismo no tiene esencia científica, pero sí es generador de procesos metodológicos de conocimientos que, en cuanto sean comprobados, pueden llegar a producir leyes tendenciales de probabilidad que nos pueden llevar a hipótesis científicas.
5. En lo relacionado con el papel que juega la tecnología, el estudio específico del papel como fuente de unión entre derechos e instituciones políticas para lograr la supremacía constitucional es trascendental, pues los avances tecnológicos se vuelven la vía idónea para lograr una robusta comunicación biunívoca entre los derechos y las facultades, siempre y cuando estos avances se adecuen a los fines democráticos del Estado de Derecho.

A partir de la parte orgánica, parte dogmática y supremacía constitucional se propone volver a la esencia del significado de *Constitución*, para hacer planteamientos de problemas lógicos que adquieran coherencia metodológica en la resolución de problemas. Lo que se propone en esta delimitación de los referentes que integran el concepto de *Constitución* es lo que se conoce en el mundo anglosajón como *Back to the basics*: volver a lo elemental, a la esencia y a nuestros orígenes (*Cambridge Dictionary*, 2017). Retornar a lo simple y más importante para encontrar soluciones específicas y obtener resultados eficaces y eficientes. Volver a los referentes mínimos del concepto

*Constitución* es regresar a la esencia de las instituciones políticas y de los derechos a partir del concepto de *supremacía*, para dar soluciones específicas a los retos que enfrenta el Estado Social, Democrático y de Derecho. Además, este planteamiento da un fuerte contenido sistemático e integral a las respuestas que reclama la sociedad pues desarrolla la esencia misma de su estructura.

Quizás para algunos podría resultar contradictorio el hecho de volver a la esencia misma del significado de Constitución en estos momentos en que los avances tecnológicos hacen entender que la velocidad propiciada por ellos es mucho más ágil que la que se desarrolla entre las relaciones humanas a partir del concepto de ley fundamental. Sin embargo, habría que aclarar que, aunque la velocidad y la manera en general como se desarrollan las relaciones humanas cambia drásticamente a partir de la implementación de la tecnología, el concepto de Constitución sigue más actualizado que nunca, en el sentido de que sigue definiendo las relaciones humanas y las transforma en estructura de política. Se trata de imprimir dinamismo democrático a los derechos y las facultades a través de la supremacía constitucional mediante el uso de los avances tecnológicos, y nunca abolir los parámetros democráticos que nacen a partir de la misma Constitución.

Además, la tecnología es una expresión del pensamiento humano que siempre ha existido. Sin embargo, en la actualidad su implementación hace que las relaciones entre derechos e instituciones políticas alcancen un dinamismo jamás visto y, por ende, explorado. Pero la tecnología, como manifestación política del ser humano, es una expresión que existe desde las sociedades más antiguas.

#### 1. DEL CONCEPTO DOCTRINAL DE CONSTITUCIÓN A PARTIR DE SUS ELEMENTOS DEFINITORIOS.

Hemos insistido en que la Constitución tiene tres elementos esenciales: las instituciones políticas o parte orgánica y el ejercicio de los derechos o parte dogmática. Dijimos también que de la unión de estos elementos nace otro actualmente cuestionado pero que sigue teniendo vigencia, el de la supremacía constitucional.

Para Karl Loewenstein (1921), la Constitución debe contener unos elementos mínimos, como el principio de la división de poderes, las competencias entre los distintos órganos y los mecanismos para la cooperación entre los poderes, esto es, la figura de frenos y contrapesos. Los diferentes ostentadores del poder se deben plantear un instrumento que permita la adaptación de la Constitución a los cambios sociales y políticos de manera pacífica (evolución del derecho constitucional), el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, y una real y efectiva protección frente al poder.

Maurice Hauriou (1967) se basa en la teoría institucionalista como explicación del orden superior de la Constitución y la protección de la sociedad civil, un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático que engendra fuerzas de resistencia contra el poder a través del ejercicio de los derechos. Hauriou considera la Constitución como el conjunto de reglas de convivencia de una población y su gobierno: en estas reglas deben estar tanto los derechos, es decir, las libertades individuales, como las instituciones que brindan la organización política del Estado.

Hermann Finer (1964) enfoca el concepto frente a la agrupación de seres humanos gobernados y relacionados con sus entidades organizadas (instituciones políticas); ello se ve reflejado en la Constitución, como sistema fundamental de organización de las instituciones. Para Finer, el Estado es una organización humana en la que gobierna un cierto poder de relación entre sus individuos y las entidades organizadas. Este poder de relación está inmerso en las instituciones políticas. El sistema fundamental de las instituciones políticas es la Constitución, la cual es la autobiografía de un poder de relación entre gobernantes y gobernados.

Vladimiro Naranjo Mesa (1990) define la Constitución como la unión de los dos elementos que hemos relacionado. Por un lado, está el conjunto de normas que regulan las instituciones jurídicas, es decir, la estructura del Estado y su funcionamiento, y por el otro tenemos los principios básicos para garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Gaspar Caballero y Marcela Anzola (1995) definen la Constitución como un acto jurídico desde el punto de vista material y formal. En sentido material, estos autores hablan del conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal, es decir, las normas aplicables a las instituciones. Formalmente, se trata de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción, es decir, todo el esquema institucional de un Estado, de allí su eficacia y supremacía. Por último, desde un sentido jurídico, la Constitución es el conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos y los deberes y derechos.

Rubio Llorente (1997) define la ley fundamental como aquella forma de ordenar la vida social en la que la soberanía radica en las *generaciones vivas*. Su concepto de Constitución enfatiza que necesariamente debe ser democrática, y en que la relación entre gobernantes y gobernados construye un control efectivo al poder público. Por ello se garantiza plenamente el principio de separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

Para Jürgen Habermas (1998), las facultades y los derechos hacen posible la “dominación estatalmente organizada” y este ordenamiento superior constituye un medio de organización y materialización de la instrumentalización del derecho como ciencia jurídica, así es como los derechos y el poder público cumplen su función para la sociedad.

José Asensi Sabater (1998) considera que la Constitución revela la cultura de la sociedad y va más allá del fundamento jurídico de las instituciones normativas, con dos elementos básicos del Estado –los órganos políticos y los derechos–, pero para este autor lo más importante es la eficacia y fuerza jurídica de la Constitución, es decir, nuestro tercer elemento antes mencionado, la supremacía constitucional. Con la unión de todos estos elementos que integran el concepto de Constitución se regulan todos los aspectos relevantes de la sociedad, como los sociopolíticos, los económicos y en general los culturales.

Ignacio de Otto (1998) considera que la Constitución, en sentido material, es el conjunto de las normas que tienen como fin la organización del Estado, la separación de los poderes públicos y su relación con los ciudadanos a través del ejercicio de derechos.

Para Hans Kelsen (1988), la Constitución consiste en la realidad jurídica y política de un país; por ello, allí se debe conformar la organización básica del Estado, aunque también es cierto que para Kelsen no se puede dejar de lado la concepción formal, es decir, el conjunto de normas jurídicas y el valor de la supremacía de la ley fundamental.

Haberle (2001) considera que la Constitución es el ordenamiento básico de Estado y sociedad. No es solo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad.

Para Aguiló, Atienza y Ruiz Manero (2007) es vital reconocer la importancia de la estructura institucional que aporta la Constitución, sin dejar de lado la realización de los valores y los fines constitucionales. Estos autores resaltan el elemento institucional, ya que consideran que para que exista una real efectividad de la Constitución, debe elaborarse un adecuado diseño institucional que se vea realizado a través del ejercicio de los derechos.

Por otro lado, Tobo Rodríguez (2012), al referirse al concepto material de la Constitución, resalta el ejercicio del poder político limitado como presupuesto de los derechos. Así, las instituciones por medio de las cuales actúa el Estado y los mecanismos mediante los cuales se garantiza el ejercicio de los derechos se deben tener en cuenta en la teoría del pacto social, la cual fundamenta la validez en el texto jurídico.

Como se advierte, la doctrina constitucional también coincide en los tres referentes o elementos mínimos definitorios en los que hemos citado insistentemente: **a) instituciones políticas, b) derechos inherentes a las personas y c) supremacía constitucional**, de lo cual se deriva el siguiente esquema, según el cual, para que nazca la norma suprema debe existir una correspondencia biunívoca entre las partes orgánica y dogmática de la Constitución, pues estos elementos se deben entrelazar de una forma directa para darle vida al concepto de supremacía constitucional y así integrar el concepto de Constitución.

## 2. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PIEDRA DE TOQUE DE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Tomando en cuenta que el sustento del Estado Social, Democrático y de Derecho colombiano tiene como fundamento el principio de legalidad consagrado en el artículo 6 de la Constitución Política, y que esto tiene como implicaciones que, en primera instancia, todo individuo puede hacer *todo* lo que no le esté prohibido en la Constitución y las leyes, y en segunda instancia, por las normas

de forma genérica, mientras que las autoridades solo pueden hacer lo que les está facultado por la Constitución y las leyes<sup>1</sup>(Const., 1991, art. 6). Como principio rector y organizador del ejercicio del poder se establece, en palabras de la Corte Constitucional: No existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas (Sentencia C-710, 2001).

Es importante aclarar el porqué de la relevancia del principio de legalidad como piedra de toque del sistema democrático constitucional. En efecto, él obedece a cuatro situaciones empíricas trascendentales: la histórica, la metodológica, la jurídica y la tecnológica.

- 1) *Históricamente*, el concepto de democracia nace a partir del sistema de división de poderes, aunque en la actualidad se amplía al ejercicio de derechos, pero sigue estando en el rango institucional. El sistema de pesos y contrapesos implica la división del poder público en tres ramas, pero esa división que les es delegada, vía el soberano primario, al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial implica separación de funciones específicas que se traducen en facultades. Es muy importante aclarar que el concepto de 'facultades' no solo radica en las ramas del poder público, sino que se pasa a los demás órganos autónomos constitucionales en virtud de este principio de legalidad.
- 2) *Metodológicamente*, el principio de legalidad conecta, por una parte, el hecho de que la autoridad debe gestar su actuar en el imperio de la norma, lo que necesariamente impide el abuso de sus funciones y da certeza en sus actos, pero por otra les da la seguridad a los particulares en el momento del ejercicio de sus derechos, en el sentido de que ellos gozan de absoluta libertad y las restricciones solo pueden estar consignadas en la ley fundamental misma. Lo anterior tiene como consecuencia una correspondencia de un lado a otro (facultades-derechos) y de forma recíproca (derechos-facultades) y crea una correspondencia biunívoca entre las partes orgánica y dogmática de la Constitución.
- 3) *Jurídicamente*, la relación biunívoca entre facultades y derechos a partir del principio de legalidad adquiere un grado vinculante superior. La Constitución es norma de normas y en caso de controversia prevalece la Ley Fundamental (Const., 1991, art. 4). Esta supremacía constitucional se funda, a su vez, en dos elementos de carácter trascendental: el primero se relaciona con el sentido político, pues ella constituye la regla fundante y primigenia del sistema social al que pertenece, y el segundo es el sentido normativo, que crea a la Cons-

---

<sup>1</sup> Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

titución de forma suprema y le da el máximo valor jurídico en la escala normativa. Así, la supremacía constitucional está compuesta por las funciones y facultades de la autoridad y por los derechos de los particulares. La unión de la parte orgánica y la dogmática tiene como consecuencia la supremacía constitucional (Sentencia C-122, 2011).

- 4) Tecnológicamente, la correspondencia biunívoca entre derechos y facultades que tiene como resultado la supremacía constitucional adquiere un dinamismo altamente democrático, si se respeta y potencializa, a través del uso de los avances tecnológicos, que las autoridades ejerzan con estricto apego a la legalidad sus facultades, mientras que los particulares potencialicen sus libertades mediante el uso de estos avances técnicos con las únicas restricciones que por tratarse de derechos se encuentren en la misma Constitución.

Por las cuatro razones expuestas anteriormente, tratar de dar una explicación aislada de las facultades o de los derechos resulta inconveniente. El concreto ejercicio de los particulares de los derechos solo puede ejercerse en una sociedad que políticamente repartió de forma adecuada y equitativa los atributos del poder público en las instituciones políticas consagradas a nivel constitucional, precisamente porque quienes ejercen esos derechos son el soberano, que a su vez es el titular de ese poder público primigenio dentro de un sistema democrático (Corte Constitucional, Sentencia C-971, 2004).

El concepto *facultades* deriva directamente de la concepción de división de poderes. En la teoría liberal de los siglos XVIII y XIX se concreta la idea de división de poderes a partir del sistema de pesos y contrapesos. Actualmente, el artículo 113 de la Constitución colombiana<sup>2</sup> estipula que además de las ramas del poder público existen órganos autónomos constitucionales, los cuales forman el conglomerado de instituciones políticas u órganos del Estado colombiano. A partir de la división del poder público, establecida en el artículo 113, y del principio de legalidad, fundado en el artículo 6 de la Ley Fundamental, podemos llegar al concepto de *facultades* que se encuentra en la parte orgánica de la Constitución (art. 113).

En virtud de los principios de legalidad, la autoridad se encuentra obligada a establecer claramente en qué circunstancias una conducta puede ser regulada, con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por los actos prohibidos por la ley. No puede dejarse a una autoridad interpretar, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de reemplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-365, 2012).

Por otro lado, los particulares pueden realizar cualquier actividad que no les esté prohibida por mandato normativo, y cuando la prohibición trate de un derecho constitucional, esta restricción debe tener rango supremo a través de la Constitución para que sea válida. A partir de esta premisa

se puede llegar a asegurar con certeza jurídica la plenitud de las libertades de los particulares, en concordancia con las facultades de las autoridades, con lo cual se crea un sistema jurídico organizado entre los derechos y las facultades, a partir de la relación entre ambos (Corte Constitucional, Sentencia C-104, 1993).

Así, los derechos forman parte del patrimonio jurídico de los individuos y cuentan con una protección reforzada por el ordenamiento constitucional, por lo que su ejercicio implica una total libertad y la única restricción que se les puede hacer se encuentra positivizada en la Constitución y puede ser desarrollada por una ley. La fundamentación de los derechos en la Constitución se encuentra en todo el texto; inclusive la ley fundamental colombiana admite la posibilidad de derechos innominados, que no por ello carecen de protección superior.

La idea primigenia de derecho nace a partir de la esencia de libertad del ser humano. El humano se concibe a sí mismo como un ser libre y solo cede la parte necesaria de su libertad individual para entrar a vivir en sociedad, según las ideas del contractualismo social. Esos derechos se convierten en ese territorio vedado para la autoridad que, aunque goza de *imperium*, no puede meterse en la órbita de esas libertades en ninguna circunstancia, salvo que la Constitución misma lo autorice. Los derechos se deben respetar en todos los aspectos, e inclusive se crean los mecanismos a nivel constitucional para defender su supremacía, los cuales son fundamento del Estado democrático de Derecho.

La Constitución es norma de normas, y por ende suprema, en esta ley superior existen los mecanismos procesales para que sea defendida. Cabe señalar que la función del amparo de estos mecanismos procesales constitucionales tiene por objeto proteger a los individuos en el ejercicio de sus derechos de forma particular o colectiva, pero que, al mismo tiempo, sirve para proteger la Constitución, es decir, los mecanismos de defensa de la Constitución tienen la doble función de proteger los intereses particulares de los gobernados, pero al mismo tiempo defienden la supremacía de la ley fundamental y, con ello, todo un sistema político.

Por lo anterior, la concepción de los derechos como patrimonio jurídico de los individuos no se puede ver en aislado, sino, por el contrario, hacerse dentro de todo el contexto constitucional. La forma como los derechos se pueden ejercer de forma plena es a través del respeto tanto de las autoridades como del conglomerado social. La concepción de derechos como patrimonio jurídico inherente a las personas implica, en sí misma, una conceptualización de derechos dentro y frente a una sociedad políticamente organizada.

Efectivamente, la concepción primigenia de derecho como ciencia significa “conjunto de normas jurídicas que regulan al hombre en sociedad”, y su objeto de estudio no es el individuo en aislado sino en conjunto; esa concepción adquiere la connotación de que para el ejercicio de los derechos como patrimonio jurídico inherentes a las personas, estos pueden ser reivindicados frente a los

demás sujetos que integran el conglomerado social y también frente a las instituciones políticas que integran el Estado.

Las teorías han definido dos partes de la Constitución, una orgánica y otra dogmática, pero, producto de la relación biunívoca de estas dos partes, surge un tercer elemento que es la *supremacía constitucional*. La fuerza vinculante de carácter superior de la norma constitucional, que se encuentra positivizada en el artículo 4 de la ley fundamental colombiana, implica que los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia son el patrimonio jurídico inherente a las personas, en el que su desarrollo individual significa una serie de libertades que se ejercen a diario, como el tránsito, el comercio, la asociación o el libre desarrollo de la personalidad (Const., 1991, art. 4). A su turno, el entramado institucional sustenta principalmente la división de poderes y los órganos autónomos constitucionales, las instituciones políticas del Estado que constituyen lo que se conoce como función pública, o parte orgánica de la Constitución, y es a partir de estas corporaciones como se dirige el destino de la República como Estado. Solo cuando están unidos derechos e instituciones políticas se puede hablar de *supremacía constitucional*.

Lo anterior significa que esa supremacía adquiere estructura jurídica y política en virtud de la unidad y coherencia que les imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución, pues, por un lado, instituyen los órganos a través de los cuales se ejerce el *imperium* de la autoridad y, por otro, establecen el ejercicio de los derechos de los particulares, de forma que al sincronizarlos fundan el orden jurídico mismo del Estado, que tiene fuerza vinculante superior a través del concepto de supremacía constitucional (Corte constitucional, Sentencia C-415, 2012).

La supremacía constitucional también tiene la función de jerarquizar las relaciones normativas bajo una doble perspectiva. En primera instancia, implica la imposibilidad de invocar en el sistema jurídico nacional normas que tengan un nivel superior a la Constitución, aun así se refieran a normas supranacionales. Este tipo de normas, adoptadas por tratados internacionales en materia de derechos humanos, al ser parte de la misma Ley Fundamental, deben entenderse como aparatos normativos del mismo nivel jerárquico de la Constitución, por lo que son disposiciones integradas en la ley fundamental, mas no superiores a la carta política. La segunda instancia de la función jerárquica es la de servir de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Formalmente se debe verificar que las autoridades que expiden el acto estén facultadas para ello, pero materialmente la supremacía implica que dichos actos se adecuen a la Ley Superior (Corte Constitucional, Sentencia C-054, 2016); pensamiento que se materializa en lo pugnado por Ferrajoli (2011) al referir la validez y la vigencia de la norma; solo aquellas normas creadas y aplicadas con respeto y obediencia a la carta fundante serán normas válidas para una sociedad determinada, de lo contrario, solo gozarán de vigencia por ampararse en un procedimiento legislativo, mas no tendrán validez para el cuerpo electoral.



El principio de legalidad se consolida como el primer vector para medir mediante el desarrollo de sus variables, el desarrollo democrático del uso e implementación de sistemas tecnológicos en una jurisdicción específica, pues la adaptación y medición de los elementos que integran esta piedra de toque (derechos y facultades) serviría para medir el dinamismo bajo parámetros democráticos, en los que se inmiscuyen el uso de las nuevas tecnologías como herramienta de relacionamiento. Esta propuesta implica la definición de factores específicos que hacen parte de los derechos y las facultades que se puedan medir bajo parámetros objetivos.

La función métrica del principio de legalidad es muy importante porque enlaza los elementos conformadores del concepto de Constitución. En un principio divide y enlaza los derechos y las facultades como elementos que integran el concepto de Constitución, pero al mismo tiempo esta bifurcación significa la correspondencia biunívoca que le da vida a la supremacía constitucional y, por ende, a todo el sistema jurídico en su conjunto. A partir de esta cuantificación podemos empezar a medir los derechos y las instituciones políticas y cómo la tecnología hace más dinámica la correspondencia biunívoca; inclusive la manera como se pueden medir procesos de automatización tecnológica a partir de situaciones empíricas concretas en el ejercicio de derechos y la utilización del *imperium* de las autoridades para la consecución de los fines del Estado.

### III. DEL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DENTRO DEL NUEVO ÁMBITO JURÍDICO GLOBALIZADO

¿Hasta dónde nos va a llevar el mundo de la tecnología en la potencialización de las relaciones humanas? Esto en el entendido de que han sido diversos los avances presentados a lo largo del último siglo en relación con la necesidad de entender y dominar los nuevos sistemas referentes a la aplicación de procedimientos derivados de cada una de las diferentes ocupaciones desarrolladas día a día que tienen su esplendor en los procesos de automatización tecnológica que surgen cada vez más en la sociedad y que nos unen de forma global.

Hay que ser enfático al advertir que la tecnología, y por ende los avances tecnológicos, hacen parte natural de la psique humana, lo que nos lleva a la conclusión de que la tecnología necesariamente va unida a los procesos políticos. Se puede afirmar el hecho de que el hombre tiene capacidad social de organizarse, resultando estar inmersos en su estructura política, los cuales responden a la pregunta de quién manda y quién obedece, llevándonos a pensar en los tres elementos integradores del concepto de Constitución mencionados con anterioridad en este texto (Bobbio, 2003).

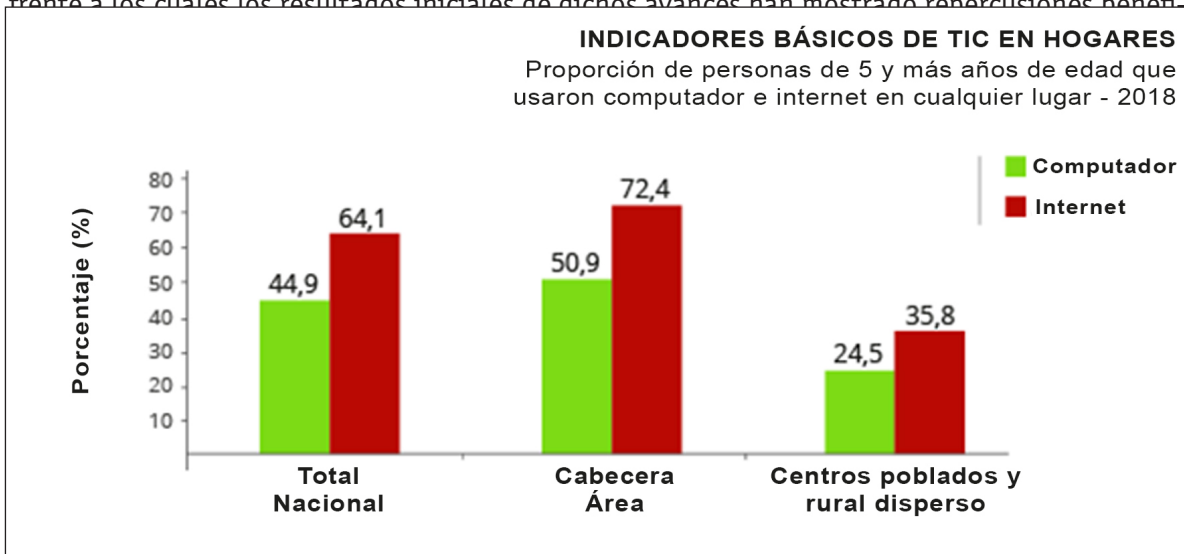
La estructura social de un Estado que se reflejan cada vez más en la idea de una aldea global, derivado en su normativa jurídica no cambian forma radical, siguen manteniendo su esencia. Debe tenerse en cuenta la manera como cada uno de estos factores se desarrolla e interrelaciona desde

el rol que cumple actualmente la tecnología, pues toman una importancia trascendental respecto a la velocidad con la que se ejecutan los derechos y las facultades. Resulta lógico plantear que, al cambiar la velocidad y la forma de interrelacionarse los seres humanos a través de nuevos recursos proporcionados por la tecnología, la relación entre derecho y facultades también sufra cambios en la forma y velocidad como ejercen la correspondencia biunívoca entre ellos.

Para entender la nueva forma en que se da la relación biunívoca entre los derechos y las facultades a través del concepto de supremacía constitucional por medio de la tecnología, habría que hacer tres cuestionamientos:

- 1) Se debe entender el porqué la tecnología ha significado un cambio (llámese bueno o malo) en la forma de relacionarse de cada uno de los pobladores a nivel mundial.
- 2) ¿Cuáles han sido los cambios concretos que han traído las nuevas tecnologías, a nivel nacional e internacional, en la redefinición de estas jurisdicciones?
- 3) ¿Cuáles han sido las consecuencias derivadas de la implementación de las nuevas tecnologías en el panorama actual?

Las respuestas a estas interrogantes nos demostrarían que han sido diversos los avances presentados por los procesos tecnológicos, al simplificar la elaboración de diversos trámites operativos frente a los cuales los resultados iniciales de dichos avances han mostrado repercusiones benéfi-



(DANE, 2018).

Según estadísticas del DANE, para 2018 más del 50.9 % de personas mayores de 5 años usó un computador y más del 72.4 % de la población anterior Internet. Con esta información podemos dilucidar que el campo de la tecnología se entrelaza desde temprana edad en la vida de los colombianos, siendo un eje importante para el desarrollo de todos los campos que rodean al ser humano, resaltando el campo económico, político y aun el jurídico.

La relevancia de la tecnología como métrica del ejercicio de derechos y facultades de la nueva era tiene varios retos que deben cumplir. Estos planteamientos se pueden traducir en la necesidad de adoptar medidas para la inclusión de la tecnología, dando como resultado en desarrollo sistemático y progresivo de las relaciones humanas.

El papel de la tecnología desarrollada en el campo de la megainformación resulta trascendental en las sociedades modernas. La información vista como contenido de valor intelectual ayuda al desarrollo de derechos, inclusive se considera la posibilidad de redefinir estos derechos a través de la tecnociencia (Rodota, 2018), pero la falta de estos medios tecnológicos resultaría en la violación de estos mismos derechos, aquí se llegaría a la dualidad entre la utilización libre de tecnología y la restricción legal para salvaguardar derechos fundamentales (Becerra et al., 2015). El ordenamiento jurídico tiene la necesidad imperiosa de incluir en cada uno de sus procesos medios tecnológicos, respetando siempre las garantías, libertades y derechos fundamentales para un correcto despliegue de las facultades en el marco del *imperium*.

La reflexión que valdría la pena poner en discusión es que al ser la tecnología parte de los procesos políticos humanos, hay que integrarla a una velocidad mucho más eficaz y eficiente, que lo que se ha venido integrando hasta ahora. Por supuesto, este planteamiento tiene retos importantes pero que en esencia siguen siendo los mismos que la raza humana se ha planteado desde siempre. No hay que olvidar que la tecnología hasta ahora significa un proceso derivado del relacionamiento de los integrantes de una sociedad, y aunque esta sociedad amplía su jurisdicción a la aldea global, siempre tendrá necesariamente la relación biunívoca entre los derechos inherentes a las personas y las facultades propias de las instituciones políticas para poder desarrollarse en un régimen democrático.

## CONCLUSIONES

En el concepto de Constitución prevalecen tres elementos en específico (instituciones, derechos y la supremacía), toda vez que ante la carencia de alguno de estos tres factores se constituye una limitación e imposibilidad en el desarrollo conjunto de la aplicación de derechos y de obligaciones en un Estado determinado y no se estaría frente al concepto propio de Constitución.

La tecnología lleva inmerso el raciocinio humano y, por ende, en una primera fase hace parte integral de la organización política, para en una segunda fase convertirse en parte del ejercicio de los

derechos y/o de la institucionalidad. Así, la tecnología ha acompañado los procesos sociales desde las primeras agrupaciones humanas hasta nuestros días.

Las nuevas tecnologías han representado un avance en el desarrollo político, social y económico de la gran mayoría de Estados integradores del sistema global actual al potencializar las relaciones humanas desde el punto de vista de los derechos y las instituciones políticas, generando consecuencias a nivel particular y general que afectan las relaciones jurídicas que derivan de la Constitución.

La tecnología como elaboración de procesos humanos implica un desarrollo político que afecta la relación entre los derechos de las personas y las facultades que realizan las autoridades para lograr sus fines. Por lo que la tecnología potencializa la relación biunívoca entre derechos y facultades para el beneficio de la sociedad organizada en una jurisdicción específica que hace parte de una aldea global.

## REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J., Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (pp. 103-112). Editorial Iustel.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (pp. 27-46). (Traductor C. Pulido). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Becerra, J., Cotino Hueso, L., García Vergas, C., Sánchez Acevedo, M., & Torres Ávila, J. (2015). *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. (pp. 37 y ss.). Universidad Católica de Colombia.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. (Traductores A. Cabo de la Vega et al.)
- Cambridge Dictionary (2017). *Back to Basics*. <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/back-to-basics>.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C-415. M.P.: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-054. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C-365. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-122. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-104. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-971. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-710. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991)
- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (p. 17). Ariel Derecho.

- Departamento Admirativo Nacional de Estadística [DANE] (2018). *Indicadores básicos de TIC en hogares*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/tecnologia-e-innovacion/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic/indicadores-basicos-de-tic-en-hogares#regional-constitucional>. (pp. 3-4). Temis.
- de Monereo, P). Comares (pp.127 y ss.). *democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (p. 210). Trotta. ecclesiastical and civil. (Trad. M. Sánchez Sarto) (p. 137). Fondo de Cultura Económica de México. *Estado constitucional* (p. 170). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976013>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia* (p. 501). Trotta.
- Gaspar Caballero Sierra, G, & Anzola Gil, M. (1995). *Teoría*
- Häberle, P. (2001). *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el*
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado*
- Hauriou, M. (1927). *Principios de derecho público y constitucional*. (Traducción
- Hermann, F. (1964). *Teoría práctica del gobierno moderno*. Editorial (p. 93). Plus Ultra. (p.51). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Constitucionalidad en Colombia*. Ed.4. (p.167). Grupo Editorial Ibáñez.
- en las funciones misionales de la Registraduría Nacional del Estado Civil*. Temis.
- Hobbes, T. (1651). *Leviathan or the matter, form and power of a commonwealth*.
- Kelsen, H. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado* (pp. 307-319). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Linares Quintana, S.V. (2006). *Tratado de ciencias del derecho constitucional*.
- Loewenstein, K. (1959). *Teoría de la Constitución* . (Traducción A. Gallego). Ariel.
- Melo Guevara, G. (1957). *El Estado y la Constitución* (p.57). Temis.
- Naranjo Mesa, V. (1990). *Elementos de teoría constitucional e instituciones*.
- Olano, H. A. (2006). *¿Qué es una Constitución? Dikaion*, 15, 135-153. políticas. (p. 229). Bogotá: Andigraf.
- Remolina, N. Tenorio, M., & Quintero, G. (2018). *De la responsabilidad demostrada*
- Rodotà, S. (2018). *Del ser humano al posthumano*. En T. De La Quadra-Salcedo, y Piñas Mañas (Dir.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 87-94). Boe.
- Rubio Llorente, F. (1997). *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*.
- Sartori, G. (1991). *Democracia*. *Revista de Ciencia Política*, Vol 13(1-2), 117-151.
- Sabater, J. A. (1998). *La época constitucional* (p.23). Tirant lo Blanch. Tecnos. (p. 15).

Tenorio, M. (2010). *Seguridad y transparencia dos preceptos constitucionales*.

Tenorio, M. (2017). *De la relación entre facultades registrales y los derechos, a*

*Teoría de la Constitución*. En C. León Bastos & V. Wong (Coord. (s)), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Jorge Carpizo en Madrid* (pp. 935-975). Editorial Porrúa.

Tobo Rodríguez, J. (2012). *La Corte Constitucional y el control de través de la supremacía constitucional*. Temis.

# **Tradición contra innovación en los modelos de formación jurídica universitaria en México\***

*Tradition against innovation in the models  
of university legal training in Mexico*

**JOSÉ FRANCISCO BÁEZ CORONA**

Licenciado en Derecho y en Pedagogía, especialista y maestro en Docencia Universitaria, doctor en Derecho Público graduado con honores; actualmente es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana; ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, profesor con perfil deseable de acuerdo con el PRODEP de la SEP; se ha desempeñado en puestos de dirección y coordinación académica y es autor y coordinador de diversas publicaciones periódicas y bibliográficas de circulación nacional y con certificación internacional como la revista Universos Jurídicos de la Universidad Veracruzana ha participado en más 70 trabajos publicados relacionados con el análisis del Derecho con un enfoque multidisciplinar. Su trabajo se enfoca también en temas de pedagogía jurídica, derechos humanos y democracia. Ha impartido clases y conferencias en diversas universidades a nivel nacional e internacional, como la Universidad Nacional Autónoma de México; la Universidad de Salamanca, la Universidad de La Habana y la Universidad de Chile. Es titular del canal de Youtube "El derecho es para todos", con más de 5 mil reproducciones acumuladas. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UV), Galeana esquina 7 de noviembre, Xalapa, Veracruz, México, CP. 91000. [báez.corona@gmail.com](mailto:báez.corona@gmail.com).

\*Artículo de investigación realizado con el apoyo del Programa para el Desarrollo Profesional Docente, para el Tipo Superior (PRODEP) de México.

## Resumen

Este artículo tiene por objetivo explorar desde la perspectiva teórica, pero también desde la realidad, la situación de los modelos de formación jurídica universitaria en México a fin de determinar si tienen mayor presencia las prácticas tradicionales o las de vanguardia; para ello, en la primera parte del trabajo, con una metodología documental, se describen sintéticamente las características del enfoque de formación tradicional y la concepción dogmática del derecho, en contraste con los modelos contemporáneos de formación por competencias y el tridimensionalismo jurídico.

Posteriormente, con base en una investigación de campo de tipo exploratorio, se contrasta la experiencia de informantes clave en cuatro universidades nacionales de la república mexicana para concluir cuáles son las prácticas y modelos vigentes en la formación de los licenciados en Derecho en estas instituciones.

### PALABRAS CLAVE

Formación jurídica, educación por competencias, didáctica tradicional, dogmatismo jurídico, tridimensionalismo jurídico.

## Abstract

The objective of this article is to explore from the theoretical perspective but also from reality, the situation of the models of university legal training in Mexico, for this the first part of the work with a documentary methodology describes the main characteristics of the approach of traditional training and the dogmatic conception of law in contrast to contemporary models of competency-based training and legal three-dimensionalism. Subsequently, based on field research, the experience of the participants in four national universities of the Mexican Republic is contrasted to conclude which are the current practices and models in the training of law graduates in these institutions.

### KEYWORDS

Legal training, education by competences, traditional didactics, legal dogmatism, legal three-dimensionalism.



## I. INTRODUCCIÓN

Tanto entre abogados como entre investigadores es común la expresión “la forma es fondo”; esta misma sentencia aplica perfectamente a la formación jurídica: la forma en que se imparte, los modelos y esquemas que subyacen a esa forma, terminan impactando el fondo y contenido que devienen en un tipo particular de profesionista del derecho.

En México, hasta hace pocas décadas era escasa la reflexión sobre la didáctica jurídica y aunque, por otro lado, ha sido rica históricamente la reflexión filosófica del derecho, en ambas temáticas subsistieron hegemónicamente dos paradigmas: el de la didáctica tradicional (Comenio, 2018) y el de la dogmática jurídica al estilo Kelsen (2000) y otros representantes más moderados como (Hart, 2009), estos paradigmas que se encuentran en la base misma de los modelos educativos que dan origen a las facultades de Derecho y que hace algunas décadas han atravesado procesos de crítica y transformación, particularmente hacia el modelo de formación por competencias en lo pedagógico (Pierella, 2019) y hacia una concepción del derecho más integral propuesta por el tridimensionalismo jurídico del brasileño Miguel Reale (1997) y que tiene como base antecedentes como el realismo jurídico (Ross, 2014) o la teoría de los principios (Dworking, 2014).

En este trabajo se explica, en los primeros dos apartados, las características más representativas de estos modelos mencionados y cómo se conjugan y contrastan para dar lugar a diferentes momentos en la formación jurídica universitaria; sobre esa base, en el tercer apartado se analiza la realidad de cuatro instituciones universitarias en México para determinar cuál es la vigencia de las ideologías que sustentan esos cuatro modelos en las aulas de las facultades de Derecho y, por ende, en la formación de juristas en México.

La metodología empleada para los dos primeros apartados incluye el análisis sistemático de postulados teóricos a partir de la técnica documental, mientras que para el tercer apartado, con el apoyo del financiamiento del fondo para Programa para el Desarrollo Profesional Docente (PRO-DEP), se tuvo la oportunidad de visitar cuatro universidades públicas: la Universidad Veracruzana, la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; en cada una de ellas se aplicó una la entrevista en formato no estructurado (Díaz, Torruco, Martínez, & Varela, 2013), a cuatro informantes clave, con lo cual se construyó un reporte de información relevante sobre las experiencias de la formación jurídica en dichas instituciones educativas, que constituye un alcance exploratorio, no probabilístico, pero significativo sobre la realidad de la formación jurídica universitaria.

## II. TRADICIONALISMO Y FORMACIÓN DOGMÁTICA, LA ESENCIA DE UNA PRÁCTICA EN RENOVACIÓN

En el campo de formación jurídica, al menos en México y buena parte de Latinoamérica, han permeado históricamente y aún se mantienen vigentes, con fuertes raíces que se sostienen en el origen mismo del modelo de Universidad, dos paradigmas en lo pedagógico y en lo jurídico, que son la didáctica tradicional y el dogmatismo, respectivamente; ambos atraviesan desde hace un par de décadas procesos de crítica y reestructuración, sin que por ello dejen de ser parte de la realidad cotidiana en las aulas de las facultades de Derecho.

Por cuanto hace al dogmatismo jurídico, es la postura que se construye a partir de entender a la legislación como un dogma en el derecho y como el único objeto de estudio de la ciencia jurídica, el cual debe apartar de su análisis la subjetividad de las valoraciones morales y sociológicas; algunos postulados fundamentales en esta postura son:

- “A esta concepción, le interesan las normas vigentes o formalmente válidas; es decir, las disposiciones normativas creadas por la voluntad humana y que han sido declaradas como jurídicamente obligatorias para un tiempo y espacio determinados por el Estado” (Flores, 1997, p. 1017).
- La tesis de la separabilidad, “consiste en negar que exista una relación entre derecho y moral; se niega que la validez de la norma dependa necesariamente de su contenido justo o bueno” (Himma, 2014, p. 374), como lo afirmó Kelsen (2000), “La justicia es, en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social” (p. 5).
- La validez del derecho emana en primer lugar de su formalidad, de su forma y no de su contenido, de las fuentes jurídicas que le dan origen y de su relación con otras normas en la jerarquía del sistema.
- “Desde esta perspectiva, el derecho se debe limitar a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas” (Flores, 1997, p. 1015).
- El actor principal en el campo del derecho es el legislador y su objeto de estudio la legislación. La labor de aplicar el derecho tiene poca atención, ya que se considera una mera operación lógica, basada en silogismos.
- “Incorre en la equivocación de equiparar el derecho positivo con el eficaz” (Flores, 1997, p. 1027); de hecho, se pone poca atención al análisis de la aplicación y cumplimiento de las normas, centrándose más en los aspectos de su formulación e interpretación, ya que el incumplimiento de una ley no afecta en su validez.

- Es importante mencionar que posturas contemporáneas denominadas dentro del pensamiento iusfilosófico como “neopositivistas”, encabezadas por autores como Hart (2009) y Raz (2011), han moderado los pensamientos del positivismo radical; sin embargo para ilustrar en este trabajo una confrontación más clara entre posturas, se han anotado principalmente ideas del positivismo clásico.

El positivismo, como un paradigma jurídico, implica, desde luego, formas de pensar, entender y enseñar el derecho, los cuales han sido trasladados a las aulas de las facultades de leyes desde la creación de los sistemas universitarios, incidiendo en el origen de fenómenos aún presentes en la formación jurídica, tales como: El culto a la ley como dogma se refleja en planes y programas de estudio centrados exclusivamente en aspectos legales; es común ver programas de diversas materias de Derecho en la república mexicana cuyos temarios son copias literales de los índices de la ley o el código que sustenta el estudio de la materia en cuestión, como si la norma jurídica fuese todo lo que hay que aprender sobre el respectivo curso, dejando de lado cualquier otro aspecto, incluso de fuente jurídica como la jurisprudencia.

- La tesis de la separación del derecho, no solo con la moral sino con otras disciplinas, ha propiciado históricamente poca reflexión sobre la ética en las facultades de Derecho; hasta hace pocos años era una materia ausente en muchos planes de estudio a nivel nacional, sus temas de radical importancia se abordaban someramente como una unidad en un curso de filosofía del derecho, e inclusive ese breve abordaje se hacía desde la misma óptica separatista, aún presente en muchos juristas formados bajo esos esquemas.
- El derecho entendido como un sistema cerrado de normas vigentes, propicia en los procesos de formación jurídica poca apertura al estudio de disciplinas auxiliares, el cual se ha empujado a golpe de razón en los últimos veinte años en planes y programas de estudio a nivel nacional; anteriormente se contaba con un curso de sociología y otro de política cuando mucho, hoy en día es común la presencia de disciplinas como oratoria, informática jurídica, psicología, redacción entre otras.
- Uno de los efectos más graves del dogmatismo exacerbado, que presenta la mencionada confusión entre derecho positivo y vigente, ha sido el propiciar miles de generaciones de licenciados en derecho con una formación meramente teórica, con un conocimiento amplio de las leyes, pero con escasas herramientas para su aplicación, ya que no es lo mismo conocer la ley obligatoria que tener herramientas para su defensa y promoción.

Lo anterior derivado de que incluso muchas de las materias procesales en su diseño continúan el mismo esquema de enfocarse a la lectura de los artículos del código adjetivo correspondiente, cuando en la realidad práctica existen muchas aristas que no están contempladas por la norma jurídica.

Por el contrario, “en los tiempos de la actual globalidad resulta cada vez más inviable entender la significación y alcance real del derecho (...), particularmente en ciencias políticas y sociales, si no se resalta prioritariamente dentro del proceso de su enseñanza-aprendizaje la praxis (...), judicial, arbitral, política o diplomática, en la que se desarrolla concretamente el orden jurídico positivo” (Velázquez, 2006, p. 841).

Puede afirmarse que las anteriores características y efectos del llamado dogmatismo jurídico se enlazaron prácticamente en perfecta armonía con el modelo pedagógico de la didáctica tradicional. Al configurarse los orígenes de la formación jurídica en el sistema universitario nacional, ambos paradigmas eran dominantes en sus respectivas disciplinas y congruentes para aplicarse en las aulas de las facultades de Derecho.

Por su parte, algunas de las principales características del modelo pedagógico tradicional se resumen en la tabla 1:

**TABLA 1. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO PEDAGÓGICO TRADICIONAL**

Elemento	Concepción
Profesor	Autoridad absoluta en el aula, control rígido del proceso, se encuentra en un estatus de superioridad frente a los alumnos, reflejado físicamente incluso en el diseño del salón con la “cátedra” tarima o escalón desde donde imparte los conocimientos. (Magiocentrismo).
Estudiante	Sujeto pasivo, encargado de reproducir el conocimiento, con poca iniciativa o capacidad de interactuar, no está implicado en el proceso.
Aprendizaje	Es principalmente memorístico, se repite un contenido en forma fiel con nula oportunidad de crítica o creatividad.
Enseñanza	Proceso para vaciar el conocimiento del profesor y el contenido abundante del curso en el estudiante. (Enciclopedismo).
Técnicas didácticas	Principalmente expositivas, lectura de contenidos, su repetición y memorización, nula o poca interacción con los estudiantes. Se ejerce una disciplina férrea. (Verbalismo).
Evaluación	Normalmente existe un único instrumento de evaluación, el examen al final del curso, con el cual se compara que los conocimientos del estudiante sean idénticos a los contenidos del curso.

**Fuente:** elaboración propia con base en Velasco, Limaico y Ortega (2019) Rodríguez (2013).

Como se mencionó, las características de este modelo fueron de fácil empalme con la dogmática para conformar un modelo tradicional de formación jurídica; el culto al texto jurídico se fomentó

con la memorización, la falta de crítica a la norma y asumirla como un dogma tiene un acoplamiento ideal con la actitud pasiva del estudiante, el alejamiento de la práctica del derecho se vio reforzado con las técnicas expositivas y el verbalismo.

Estos dos modelos, si bien constituyen una tradición y una base en la formación de centenares de generaciones de juristas, en la actualidad atraviesan por serios procesos de crítica y reconfiguración, al grado que hay quien afirma, como Brown: “el profesor debe, pues, desterrar un `rancio´ positivismo en la docencia del derecho” (como se cita en Velázquez, 2006, p. 859). Situación que ha ocurrido paulatinamente en los últimos 20 años a golpe de realidad, como se aborda en el siguiente apartado.

### **III. EL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA INTEGRAL Y EL MODELO DE COMPETENCIAS; ESFUERZO ACTUAL EN LA FORMACIÓN JURÍDICA**

La norma, como eje del dogmatismo, y la memorización, como enfoque de aprendizaje en la escuela tradicional, constituyen una base que por sí sola resulta insuficiente para la formación de un jurista, pero que tomada como un cimiento sobre el cual se construyen muchos procesos más complejos puede seguir siendo útil en las facultades de Derecho; tal es el empuje que ha tomado desde hace un par de décadas la formación jurídica, aunque no desde la iniciativa interna de las facultades de Derecho, sino, más bien, por tratar de adecuarse a diversas pautas que avasalladamente reflejan una realidad diferente de la que existía cuando se formuló el modelo tradicional y dogmático de la formación jurídica.

Por un lado, el modelo dogmático positivista hoy en día es mucho más dúctil; incluso en el propio sistema jurídico mexicano hay un tránsito hacia un paradigma tridimensional o integral que entiende el derecho como un constructo complejo de hecho, valor y norma; por ello, nociones medulares e instituciones elementales del derecho, no sin muchas resistencias y debates, se han tenido que transformar a la luz de nuevos supuestos y realidades jurídicas (Casillas, 2017).

Contrario al dogmatismo, hoy en día se reconoce que “el derecho es tridimensional, en tanto surge de la interacción dinámica de vida humana, normas y valores; que, por esta circunstancia, todo lo que está en la vida se halla en el derecho”, (Fernández, 1997, p. 122)

Un paradigma integrativo del derecho debe superar la norma legislada formalmente vigente y empararse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más. (Witker, 2008, p. 958)

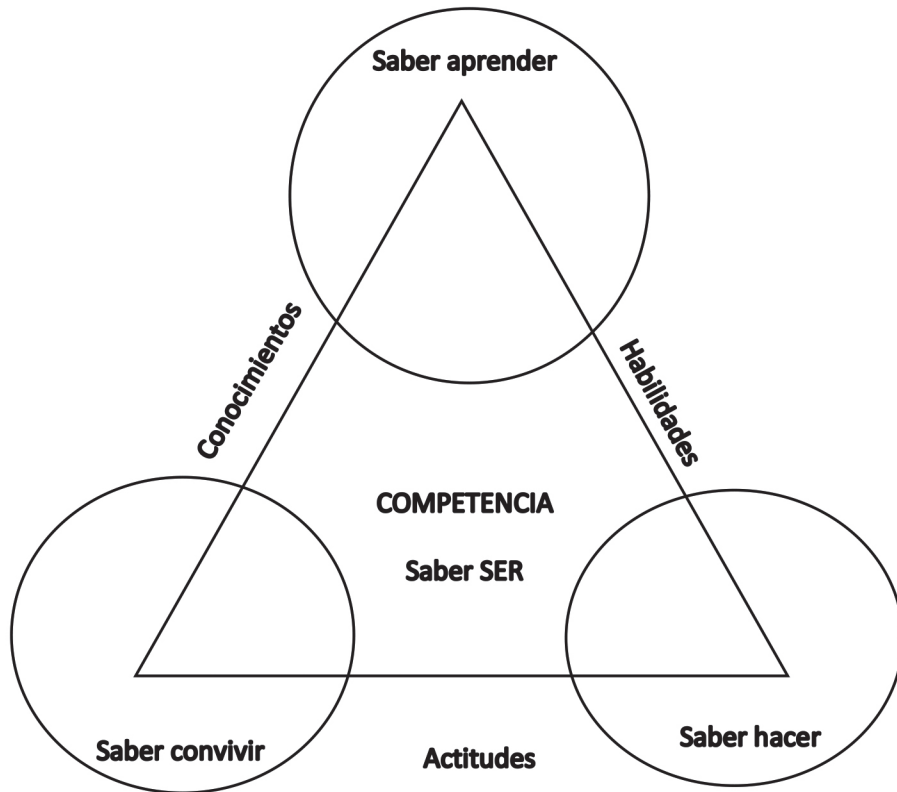
Una visión del derecho aparejada con lo anterior se ha visto reflejada en diversos cambios en el Sistema Jurídico Mexicano; particularmente, la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, en opinión de muchos especialistas, como García Castillo (2015, p. 657), significó un cambio de paradigma, en el cual se incorporan ideas como la teoría de principios de (Dworking, 2014).

En el mismo sentido, la reforma hacia el sistema penal acusatorio de 2008, que entró en vigor en su totalidad en 2016, abrió las puertas hacia un proceso más centrado en la realidad y en la solución de conflictos que en la aplicación estricta de normas como propondría el realismo jurídico (Ross, 2014). El establecimiento de principios como la oralidad, publicidad, inmediación y la incorporación de nuevas figuras, como la mediación o las medidas alternativas, han obligado a abrir el núcleo cerrado del derecho y, por ende, de la formación jurídica a nuevas disciplinas y acercarse a la práctica y el ejercicio en los tribunales.

Por ello, se considera que la configuración actual del sistema jurídico mexicano puede encontrarse bien explicada por el tridimensionalismo jurídico (Kaufmann, 2002; Le Fur & Radbruch, 1967; Reale, 1997), dentro del cual se considera que el derecho se debe estudiar considerando tres esferas esenciales: la normativa, la fáctica y la axiológica, las cuales dan lugar a los tres principales paradigmas jurídicos: positivismo, iusnaturalismo y realismo sociológico. De esta manera se supera la actitud dogmática en el derecho para transitar a una visión compleja y dinámica de la realidad jurídica.

Estos cambios en la esencia y entendimiento del fenómeno jurídico también se han visto empujados por nuevos modelos educativos que han encontrado fisuras para poderse adentrar en el compacto muro del tradicionalismo en la formación jurídica; ya que hoy en día, por diversas circunstancias, la mayoría de los modelos educativos formales en las universidades nacionales y, por ende, en los planes de estudio de licenciados en derecho asumen, al menos en el papel, un modelo formativo de competencias.

La competencia, de acuerdo con McClelland, se entiende como el conjunto de conocimientos, actitudes y destrezas necesarias para desempeñar una ocupación dada, citado en (Ramírez, 2020); este conjunto que se debe integrar en forma armónica y puede representarse gráficamente de distintas maneras, como el ejemplo que se muestra en la figura 1.



Fuente: elaboración propia con base en Campirán (2017).

**FIGURA 1.** TRIÁNGULO DE COMPETENCIAS

La incorporación de las competencias al lenguaje y a los contenidos universitarios ha respondido a diversos motivos. Por un lado, es un modo de acercar la Universidad a la sociedad y al ámbito laboral, y como tal ha constituido una recomendación de organismos rectores de la educación a nivel nacional e internacional. Por otro lado, es un modo de reclamar una enseñanza más práctica y útil para los estudiantes, refuerza el planteamiento de una formación que se diseña mirando el aprendizaje y el alumnado en varios sentidos (Yániz, 2004), Algunas otras características de la educación basada en competencias que inciden en la configuración de un nuevo modelo universitario de formación jurídica son:

- Se busca utilizar procedimientos que garantizan un aprendizaje significativo, de acuerdo con Ausubel "aprender es significativo en tanto pueda ser relacionado con conocimientos y experiencias anteriormente adquiridos" (García, 2011, p. 10); en este sentido, se busca rescatar el contexto de los estudiantes y acercar los ejemplos a la realidad cotidiana de las instituciones jurídicas, el estudiante debe ser parte de su aprendizaje al integrar y aportar

su contexto. El aprendizaje jurídico también puede ser significativo cuando se le encuentra una utilidad y puede trasladarse a diversas situaciones que pueden estar relacionadas con la práctica profesional de los estudiantes.

- Otra ventajas del diseño curricular por competencias sobre cualquier diseño tradicional es que promueve aprendizaje activo y la creación de conocimientos; motiva al alumno a construir su proceso de aprendizaje en un contexto determinado; da la posibilidad de profundizar en acciones complejas; potencia la identificación e interacción de conceptos, métodos, habilidades, valores y hábitos necesarios para abordar los problemas en busca de su solución para posibilitar que el educando construya conocimientos contextualizando el qué, el cómo, el por qué y el para qué aprender (Ormaza et al., 2020). Se busca entonces un concepto de aprendizaje mucho más complejo que el de la simple memorización, y para el aprendizaje del derecho esto es importantísimo, ya que implica conocer el contexto y los elementos para la solución de un problema legal, más allá de la simple repetición de normas jurídicas, e involucra al estudiante como sujeto activo del proceso para construir su propio conocimiento a través de diferentes actividades.

“El método interactivo, en sus dos vertientes indisociables profesor-alumno y teoría-práctica, previene del riesgo de caer innecesariamente en dogmatismos o en retórica infundada que no crean sino falsas apreciaciones, o en el mejor de los casos solamente producen riesgosas generalizaciones acerca de la sociedad” y del derecho (Velázquez, 2006, p. 841).

Otra técnica como el *“case method”* pone el énfasis en las sentencias concretas de los jueces más que en las reglas generales y abstractas del derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrinales, en la discusión participativa en las aulas en lugar de la pasividad y el dogmatismo de la lección magistral, en la formación metodológica y en la capacidad de argumentación jurídica en lugar de la simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas” (Friedman, como se cita en Serna, 2004, p. 1051).

- La evaluación, también se va a entender de manera totalmente diferente, debe mantener coherencia con el modelo al establecer que los instrumentos y los medios para evaluar no son importantes en sí mismos, solo en la medida que sirvan al aprendizaje del estudiante; el concepto de evaluación formativa alude al proceso evaluativo, que se presenta, a su vez, dentro de un proceso formativo, en el cual ambos buscan el mismo objetivo de desarrollo y adquisición de competencias; la evaluación ya no tiene la finalidad de sancionar o clasificar, sino obtener información para auxiliar en el proceso de aprendizaje, se nutre de diversos instrumentos y técnicas, como la retroalimentación, evaluación y autoevaluación (Jurado, 2015).



El examen empleado en el esquema de evaluación de la escuela tradicional resulta insuficiente ante las necesidades actuales de formación jurídica, la memorización de contenidos que se fomenta con la evaluación formativa, sin embargo, ha sido una práctica difícil de desarraigar en las universidades nacionales, al menos en considerarle con un peso principal sobre otros instrumentos.

- Por último, aunque, desde luego, existen muchas más características importantes en el modelo de competencias, cuya explicación rebasa los objetivos y la extensión de este artículo, es importante considerar el papel del profesor, el cual debe abandonar su rol de autoridad central del proceso para convertirse en un facilitador del aprendizaje de los estudiantes, situación que a su vez requiere un cúmulo de competencias docentes, entre las que se pueden mencionar: diseñar la guías docentes contextualizadas, propiciar oportunidades de aprendizaje tanto individual como grupal, ser un tutor que fomenta la autonomía, evaluar integralmente, desarrollar materiales de apoyo, interactuar con uso de la tecnología, realizar proyectos integradores e interdisciplinarios (Tejeda, 2015).

Todo lo anterior configura una serie de exigencias de gran complejidad para el profesor en el área de derecho, quien regularmente es un profesional de la disciplina jurídica pero desconoce o carece de formación pedagógica; por ello, ha sido necesario implementar en las universidades y facultades diversos cursos de capacitación en competencias docentes. La didáctica del derecho se ha convertido en un tema de relevancia en la investigación jurídica, incluso materia de estudio en diversos programas de posgrado y algunos de licenciatura.

Todos estos cambios y perspectivas actuales en la formación jurídica han configurado un modelo educativo mucho más robusto y, por ende, se espera un profesionalista más completo; pero, como se ha mencionado, al parecer algunas de las prácticas habituales y arraigadas en la escuela tradicional y el dogmatismo se mantienen y permiten cuestionar si el modelo actual es suficiente o requiere más cambios. Para ello se realizó el sondeo exploratorio de investigación, cuyos resultados se describen en el siguiente apartado.

#### **IV. EXPERIENCIA Y REALIDAD DE LOS MODELOS ACTUALES EN LA FORMACIÓN JURÍDICA UNIVERSITARIA**

En este apartado abordan dos cuestiones fundamentales de la realidad de diversas facultades de derecho desde la perspectiva de profesores y estudiantes:

1. ¿Se mantienen vigentes las prácticas del dogmatismo y la didáctica tradicional en la formación jurídica?
2. ¿Cuáles son los efectos de los modelos actuales de formación por competencias en el proceso de aprendizaje de los estudiantes?

Para lo anterior, a través del apoyo obtenido por financiamiento del Programa para el Desarrollo Profesional Docente (PRODEP) de la Secretaría de Educación Pública (SEP) para el proyecto de investigación denominado “Experiencias exitosas de innovación en la formación jurídica” se tuvo la oportunidad de visitar cuatro universidades públicas que ofrecen la licenciatura en derecho y en cada una de ellas aplicar entrevistas a académicos e investigadores y a estudiantes en torno a las temáticas que se vieran en este artículo y también otros tópicos que forman parte del proyecto general de investigación.

Las universidades que se tomaron como muestra fueron la Universidad Veracruzana, la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; en cada una de ellas se aplicó la entrevista en formato no estructurado (Díaz, et al., 2013), sin criterios probabilísticos (Otzen & Manterola, 2017) pero que sí arrojan información relevante sobre la realidad de la formación jurídica en dichas instituciones educativas.

En torno a la primera pregunta: *¿Se mantienen vigentes las prácticas del dogmatismo y la didáctica tradicional en la formación jurídica?*, las respuestas indican que, si bien existe una tendencia oficial a impartir la formación conforme a nuevos modelos educativos, las prácticas tradicionales continúan vigentes en algunos casos a través de los profesores de la vieja guardia que se resisten a cambiar sus formas de trabajo y concepciones aplicadas durante décadas; pero también nuevas generaciones de profesores que, a pesar de las tendencias educativas actuales, reproducen, ya sea de forma consciente o inconsciente, los métodos y procesos tradicionales con los cuales fueron formados.

Al respecto un catedrático-investigador de la UNAM opinó: “la educación jurídica como se imparte hoy en día es exactamente la misma que yo cursé en los años 70, se utilizan los mismos libros, imparten los mismos profesores o sus hijos, no hemos cambiado nada”. Afirmación que resulta tajante y seguramente no refleja una realidad total, pero sí algunos casos o materias de la carrera de Derecho que se imparten hoy en día prácticamente sin cambios en los últimos 50 años.

Esta misma situación se ve reflejada en la opinión de un estudiante de posgrado en la UAEM:

En los años que yo estuve en licenciatura, 2015 a 2019, pudiste ver de todo, pudiste ver desde clases magistrales, la práctica era la típica de derecho de: te aprendes la ley, no te salgas de la ley, son tantos artículos, para el examen 50, 60 artículos, y eso es lo que va a venir en el examen; hay un control del discurso, eso sí lo puedo decir abiertamente, un control del discurso en el que no te puedes salir de las directrices que ellos te marcan porque simple y sencillamente ellos son los que tienen la razón y no los puedes refutar, ellos son los que saben, tú todavía no tienes un grado, llegas, te dictan, algunos muy rara vez con lecturas, de un 100 %, yo creo que un 70 % aprendiendo artículos.

Opinión que refleja con claridad la vigencia de aspectos esenciales de la dogmática y la didáctica tradicional estudiados previamente y que perduran en las aulas; el culto a la ley, la actitud dogmática hacia ella, el verbalismo con el dictado, la memorización, verticalidad de los profesores, el

rol pasivo del estudiante, que en su experiencia reflejan un 70 % de su formación, aspectos todos bastante significativos y relevantes para considerar en un modelo que se presume nuevo.

La experiencia se repite en la UASLP con la opinión de una estudiante de último semestre en la licenciatura:

Sí nos tocó memorizar, y memorizar conceptos filosóficos y jurídicos, muy técnicos, muy técnicos, incluso nos pidieron que los aprendiéramos la definición de obligación en latín de memoria, que al final como que nosotros no entendíamos bien para dónde iba el profesor, y él decía mucho esto de que al final del curso van a entender por qué están memorizando todo, y terminó el curso y no entendimos el porqué y tomamos la siguiente clase con él y se dedicó al libro de obligaciones y ya.

La memorización de algunos conceptos puede ser una buena base para el proceso de formación jurídica, pero solo si se toma como un primer paso para luego enriquecerse con otros procesos de aprendizaje y se contextualiza en la práctica para generar habilidades y estados de conocimiento más complejos; hoy en día es un garrafal error concebir la repetición y memorización como finalidad de un proceso educativo, como se aprecia en la opinión de la estudiante, una técnica educativa así carecerá de sentido.

En la Universidad Veracruzana se encontraron también opiniones sobre la carga a la formación teórica tradicional:

Yo creo que el estudiar en forma muy teórica es un problema que existe muy latente en la carrera, y por eso al enfrentar el mundo laboral, no tenemos con qué responder, porque no tenemos la práctica, no sabemos hacer una demanda, no sabemos hacer una contestación, son muy pocos y contados los profesores que nos proporcionan esa posibilidad de experimentar la práctica, creo que lo dejan a veces para el último semestre.

Nuevamente se aprecia el arraigo hacia la dogmática en el estudio teórico de conceptos y leyes, que se ve reflejado aún en el diseño de planes universitarios de derecho, la perspectiva de una educación tradicional que considera incapaz al estudiante de ser activo y participar en la práctica hasta que ya se encuentra egresando de la carrera.

Un tema relevante es que en muchas ocasiones no son solo los profesores, sino los mismos estudiantes quienes permiten que subsistan y no se renueven las prácticas de la formación tradicional. Un estudiante del posgrado en la UAEM referió “tuve la fortuna de tener muchas clases magistrales”. El sistema universitario de educación superior se inserta en un sistema educativo general, en el cual también la educación tradicional subsiste, y por ello también los estudiantes, acostumbrados a tener un rol pasivo en su formación, se resisten a las metodologías activas y se encuentran en una zona de confort con prácticas como una clase magistral.

De las entrevistas realizadas se puede afirmar que en todas las instituciones que participaron en el estudio subsisten, incluso son aun mayoritarias, las prácticas de educación tradicional en la formación jurídica así como una concepción formalista del Derecho, aun reconociendo que ambas perspectivas siempre estarán en la base del derecho y la formación, es necesario acelerar, afianzar y dar seguimiento a los procesos de renovación ya que, como se ha establecido estos modelos hoy resultan insuficientes para las demandas sociales hacia el profesionista del derecho.

Sobre la segunda pregunta: *¿Cuáles son los efectos de los modelos actuales de formación por competencias en el proceso de aprendizaje de los estudiantes?*, puede apreciarse la existencia de procesos de cambio y que en general estos tienden a provocar un efecto favorable en la formación de los estudiantes, aunque la inserción del paradigma del derecho entendido de forma integral y modelos de formación en competencias para la práctica jurídica constituyen, más bien, discursos oficiales y experiencias aisladas que una verdadera realidad cotidiana en las instituciones participantes.

Al preguntar a una profesora de la UAEM sobre el tema, puede apreciarse claramente la inserción de estos temas en el discurso formal y los documentos oficiales del sistema universitario:

Los planes de estudios se han actualizado; el plan de estudios 2004 es por competencias y es flexible, y ahora regresamos, en 2015, a un plan de estudios que es rígido y va por objetivos. Actualmente los programas van más enfocados a prácticas. Lo vemos en nuestras instalaciones: tenemos dos aulas de juicios orales donde los alumnos pueden llevar ciertas prácticas ya en vivo; ellos mismos pueden simular un juicio oral con sus maestros. Tenemos clases como la oratoria, que antes no existía, tampoco la de derechos humanos, materias muy importantes en la actualidad. La oratoria es la herramienta del abogado, y los alumnos ya tienen mayor oportunidad de llevar materias que combinan la teoría con la práctica.

Esta situación se observa en las instituciones estudiadas y en general a nivel nacional, principalmente empujada por diversos organismos rectores y de acreditación de la educación superior aspectos como reformas a los planes y programas de estudio, incorporación de nuevas experiencias educativas con un enfoque más abierto del derecho, modelos formativos por competencias en el currículo oficial, entre otros. Sin embargo, el problema es que la brecha entre el diseño y la práctica del currículo es aún amplia; como se explicó anteriormente, aún es mayoritaria la incidencia de los métodos tradicionales de clase.

Los estudiantes valoran favorablemente la actualización oportuna en los contenidos jurídicos y los modelos de enseñanza; por el contrario, se manifiestan defraudados cuando estos cambios no se dan y su formación queda descontextualizada de la realidad social del derecho. El estudio jurídico ya no debe verse solo desde la norma, sino también desde la realidad. Este contraste se aprecia en dos opiniones: la de un estudiante de posgrado de la UAEM *versus* la de una egresada de la Universidad Veracruzana. Mientras que el egresado de la UAEM comenta: "A mí me tocó el cambio de sistema en

juicios orales y, por lo tanto, lo del plan de estudios, cuando iba en los últimos semestres de la escuela inauguraron la sala de juicios orales, y practicar ahí me sirvió de sobremanera”, una estudiante egresada de Universidad Veracruzana consideró: “Todo lo que vimos ya no era vigente cuando salimos, entonces es importante que hubieran modificado oportunamente los planes de estudio”.

Cuando las innovaciones llegan a las aulas, son bien apreciadas por los estudiantes de derecho y valoradas con un efecto positivo en su formación como juristas; algunas de las prácticas innovadoras más mencionadas son las simulaciones, estudio de casos, aplicación de las tecnologías y observaciones de campo, tal como se refleja en el comentario de este estudiante de la UASLP: “Las simulaciones son muy importantes, y creo que también el aventarnos al ruedo es muy importante, porque normalmente las actividades son lecturas, teoría y normalmente ahí se queda, pero cuando se lleva a la práctica con simulaciones o fuimos a visitar instituciones, no solamente juzgados, eso nos da una mejor preparación para la práctica”.

Las simulaciones y vistas de campo son experiencias muy bien valoradas por los estudiantes, aunque escasas en su formación. Así narra su experiencia una estudiante de la UASLP respecto de las simulaciones:

Tuve un profesor que dio derecho procesal penal que a mí me gustó mucho como dio su clase porque nosotros ya tenemos toda la infraestructura de las salas de juicios orales, entonces yo me acuerdo que, por ejemplo, la primera clase pasó un video explicativo de lo que es el proceso penal acusatorio, que en su momento para nosotros pues era un cambio radical, porque a nosotros nos tocó la reforma, entonces nos pasaba el video explicativo y nos pasaba una grabación de una audiencia y terminaba la clase explicándonos como estaba la teoría y como tenía que ser. Para la siguiente clase elegía las personas para que participaran como las que habíamos visto en el video, entonces recuerdo que a mí me sirvió mucho porque al final del semestre fue mucho más fácil la práctica en esa materia.

Los profesores que implementan este tipo de estrategias también pueden percatarse de los efectos positivos en los estudiantes. Comenta un profesor de la UNAM: “para el alumno que está decidido a salir a postular le ayuda en demasía, siempre es necesario acudir a la realidad, a juzgados a foguearte en las audiencias, o por lo menos realizar esos ejercicios en las aulas aun cuando no se tenga toda la infraestructura de una sala de juicios orales, se pueden llevar a cabo simulaciones”.

Las simulaciones como ejercicio didáctico se aplican perfectamente en el contexto del modelo por competencias, ya que sitúan el aprendizaje en la resolución de una tarea práctica, permiten poner en marcha procesos de aprendizaje no solo de conocimientos, sino también de habilidades y actitudes, por lo cual el efecto es que los participantes se sienten mejor preparados para el ejercicio profesional conforme refieren los entrevistados. Sin embargo, en las facultades de Derecho visitadas no se trata aún de un ejercicio sistemático a lo largo de toda la carrera, sino únicamente actividades aisladas que frecuentemente se realizan en los últimos semestres.

También se mencionaron como experiencias favorables las relacionadas con la investigación y el estudio de casos, conforme la explica una estudiante de la Universidad Veracruzana: “Tuve un profesor de derecho constitucional que acababa de salir, tenía como tres años y estaba muy actualizado, tenía temas que no conocíamos, era un profesor que no te ponía nada más a leer, nos llevaba casos de materia internacional y nos ponía a cuestionarlos, ocupaba mucho la investigación, y eso nos ayudaba a querer saber más y seguir aprendiendo”.

Como se mencionó también en el apartado teórico, la implementación de nuevos modelos de enseñanza pasa también por la formación pedagógica de los profesores, tarea que se ha asumido en algunas universidades como la UASLP:

Estamos tratando de actualizar y capacitar a nuestros profesores a través de los procesos de enseñanza-aprendizaje. Sabemos que nuestro profesor quizá no está habituado a los procesos de enseñanza, no nace sabiendo enseñar, pero tiene que venir aquí y dar lo mejor con un alumnado para lograr en ellos los procesos de aprender a aprender, aprender a ser, aprender a saber, entonces lo que estamos haciendo es trabajo de actualización y capacitación, en estas experiencias de cómo el docente puede mejorar sus técnicas didácticas y pedagógicas para llevar a cabo el proceso didáctico de aprendizaje.

En la tabla 2 se presentan de manera sintética las posturas de los entrevistados.

**TABLA 2.** SÍNTESIS DE OPINIONES DE LOS ENTREVISTADOS

Institución\ Pregunta	Universidad Veracruzana	Universidad Autónoma del Estado de México	Universidad Nacional Autónoma de México	Universidad Autónoma de San Luis Potosí
<i>¿Se mantienen vigentes las prácticas del dogmatismo y la didáctica tradicional en la formación jurídica?</i>	Se mantienen vigentes y son mayoritarias; son pocos los profesores con técnicas activas.	Se mantienen vigentes y son mayoritarias, se estima en un 70 % de la formación de los estudiantes.	Se mantienen vigentes y son las más comunes.	Se mantienen vigentes y son mayoritarias.
<i>¿Cuáles son los efectos de los modelos actuales de formación por competencias en el proceso de aprendizaje de los estudiantes?</i>	Profesores de “nueva guardia” incorporan nuevas técnicas y temas, fomentan la investigación; ello estimula el interés de los estudiantes.	Se han incorporado cambios principalmente en materia de procesos orales. Las simulaciones en salas de juicio preparan mejor para la práctica profesional.	Se han incorporado visitas, prácticas y simulaciones, lo cual estimula el interés de los estudiantes.  Principalmente en los últimos semestres.	Se capacita a los profesores; aunque hay resistencia, quienes se actualizan han mejorado sus procesos de enseñanza.

**Fuente:** elaboración propia con base en entrevistas no estructuradas aplicadas para esta investigación.

Se puede observar en las diversas experiencias que un nuevo enfoque del derecho, empujado por las reformas en materia de derechos humanos y de proceso penal acusatorio, está permeando los modelos universitarios de formación jurídica, así mismo, estrategias de formación por competencias, aunque son esfuerzos aislados, y en algunas ocasiones tardíos, que conviven con la fuerte tradición arraigada en el derecho.

## V. CONCLUSIONES

La disputa entre tradición e innovación en la formación jurídica aún se desarrolla con ventaja para la tradición. Los nuevos modelos de formación representados por la educación en competencias y la visión tridimensional/integral del derecho, si bien permean aspectos oficiales de las facultades de Derecho integradas en este análisis, como lo es el diseño de sus planes y programas de estudio, aún no son la experiencia más recurrente en la realidad de los procesos didácticos que se dan en las aulas.

Por otro lado, los modelos de la didáctica tradicional y la dogmática jurídica mantienen su arraigo en la comunidad universitaria del derecho, se encuentran en el mismo origen del diseño de las facultades jurídicas en México, y ya sea por un tema generacional o de reproducción siguen representando la mayoría de las experiencias de formación hoy en día.

No obstante lo anterior, las experiencias educativas que se imparten conforme a modelos y técnicas innovadoras, aun cuando son casos aislados, tienden a ser bien apreciadas y valoradas por sus efectos favorables en la formación de quienes las cursan. El reclamo de una educación más integral, y principalmente más centrada en la práctica, que genere habilidades para el ejercicio del derecho, es recurrente en los estudiantes y egresados de las facultades estudiadas. Esto se realiza principalmente a través de técnicas como la simulación, estudio de casos, uso de la informática jurídica, la investigación para la resolución de problemas y las prácticas de campo.

Una herramienta fundamental para dar impulso a la innovación y actualización jurídico-educativa son los procesos de capacitación del profesorado, así como el reconocimiento y cultivo de la pedagogía jurídica como una disciplina fundamental para el cambio en el paradigma jurídico necesario en la actualidad.

## REFERENCIAS

- Campirán, A. (2017). *Habilidades de pensamiento crítico y creativo. Toma de decisiones y solución de problemas*. Universidad Veracruzana.
- Casillas, F. J. (2017). Teoría tridimensional del derecho. *Conexión de Derecho y Ciencias Sociales*, 11, 19-28.
- Comenio, J. (2018). *Didáctica magna*. México: Porrúa.

- Díaz, L., Torruco, U., Martínez, M., & Varela, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 7, 162-167.
- Dworking, R. (2014). *La filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández, C. C. (1997). El derecho en un periodo de transición entre dos épocas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 88, 119-142.
- Flores, I. (1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50, 1000-1032.
- García, J. Á. (2011). Modelo educativo basado en competencias: Importancia y necesidad. *Actualidades Investigativas en Educación*, 11(3), 1-24.
- García, T. (2015). La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. . *Una lectura Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, 143, 648-660.
- Hart, L. A. (2009). *El concepto de derecho*. ABELEDO PERROT.
- Himma, K. (2014). Positivismo jurídico incluyente. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, 353-430.
- Jurado, P. (2015). Evaluación en Educación Superior. Análisis centrado en las tareas del estudiante. En O. Leyva, F. Ganga, J. Tejada, & A. Hernández, *La formación por competencias en la educación superior: alcances y limitaciones desde referentes en México, España y Chile* (pp. 255-276). Tirant Humanidades.
- Kaufmann, A. (2002). *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado.
- Kelsen, H. (2000). *¿qué es la justicia?* El Aleph.
- Le Fur, L. & Radbruch, G. (1967). *Los fines del Derecho: Bien común, justicia y seguridad*. UNAM.
- Ormaza, L., García, D., Erazo, J., & Narváez, C. (2020). Docencia universitaria y metodologías activas: una propuesta para generar aprendizaje significativo. *Episteme Koinonia*, 3(6), 258-276. <http://dx.doi.org/10.35381/e.k.v3i6.829>
- Otzen, T. & Manterola, C. (2017). Técnicas de muestreo sobre una población a estudio. *International Journal of Morphology*, 35(1), 227-232.:<http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022017000100037>
- Pierella, M. P. (2019). La universidad interpelada por los discursos del presente. Hacia una crítica de las pedagogías optimizadoras. *Folios*, 3-17. doi: 10.17227/Folios.49-9387
- Ramírez, J. (2020). El enfoque por competencias y su relevancia en la actualidad: Consideraciones desde la orientación ocupacional en contextos educativos. *Revista Electrónica Educare*, 2(24), 1-15. <https://doi.org/10.15359/ree.24-2.23>
- Raz, J. (2011). *El concepto de sistema jurídico*. Ediciones coyoacán .
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del derecho: una visión* *Teoría tridimensional del derecho: una visión*. Tecnos.



- Rodríguez, J. (2013). Una mirada a la pedagogía tradicional y humanista. , 3, 5. *Presencia Universitaria*, 5, 36-46.
- Ross, A. (2014). *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara.
- Serna, J. M. (2004). Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37(111), 1047-1082.
- Tejeda, J. (2015). La docencia universitaria en el nuevo contexto enseñanza-aprendizaje por competencias. En O. Leyva, F. Ganga, J. Tejeda, & A. Hernández, *La formación por competencias en la educación superior: alcances y limitaciones desde referentes de México, España y Chile* (pp. 93-116). Tirant Humanidades.
- Velasco, M., Limaico, C., & Ortega, J. (2019). Análisis comparativo entre una metodología de aprendizaje tradicional y por competencias para alcanzar aprendizajes significativos en calculo diferencial en el primer semestre de agronomía en la ESPOCH. *Ciencia Digital*, 2(3), 735-750. <https://doi.org/10.33262/cienciadigital.v3i2.3.491>
- Velázquez, J. C. (2006). Orientaciones básicas acerca de la enseñanza del derecho internacional en ciencias políticas y sociales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 8, 839-860.
- Witker, J. (. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 122, 950-975.
- Yániz, C. (2004). Las competencias en el currículo universitario: implicaciones para la formación del profesorado. *Revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria*, 4(2), 31-39.

# **Regulatory framework, the US health system, and international health displacement**

*Marco normativo, sistema sanitario estadounidense,  
y el desplazamiento sanitario internacional*

**MARIO ALBERTO DE LA PUENTE PACHECO**

Ph.D. in International Economic Analysis. Professor of the Political Science and International Relations Department of Universidad Del Norte. Director of the International Trade Observatory (OBCI) of Universidad Del Norte. Address: Km 5 Vía Puerto Colombia. [mdelapuerta@uninorte.edu.co](mailto:mdelapuerta@uninorte.edu.co).

**DIANA CIFUENTES**

Ph.D. Candidate in Administration at Universidad Benito Juarez (Mexico). Expert in strategic analysis to promote the competitiveness of small and medium technology companies. Address: Calle 36 Nte. 1609, Cristóbal Colon, 72330 Puebla, Pue., México. [dianacif13@gmail.com](mailto:dianacif13@gmail.com).

**HEIDY RICO FONTALVO**

Master in Business Administration and Innovation. Research Professor at Corporación Universitaria Americana, Barranquilla (Colombia). Address: Esquina con 20 De Julio, Cl 72 ##41C-64, Barranquilla, Atlántico. [rico@coruniamericana.edu.co](mailto:rico@coruniamericana.edu.co).

**ALEXANDER MAURICIO CARABALLO PAYARES**

MBA and Ph.D. in Economics and Business (C). Universidad de Cartagena. Orcid: 0000-0002-7382-3783 [acarballop@unicartagena.edu.co](mailto:acarballop@unicartagena.edu.co)

## Abstract

This article studies the endogenous and exogenous causes of the high prices of US medical goods and services and their relationship with the international health displacement of their patients through the economic and normative analysis of the legal provisions of national medical care. It was found that the deregulation of health sector agents has caused an increase in direct and indirect costs with very detrimental effects on patients. This article contributes new knowledge since it identifies market concentration and federal deregulation as motivators for the displacement of patients to other destinations for medical purposes.

### KEYWORDS

Servicios médicos, Estados Unidos, caso de estudio, barreras internas.

## Resumen

Este artículo estudia las causas endógenas y exógenas de los altos precios de los bienes y servicios médicos estadounidenses, y su relación con el desplazamiento sanitario internacional de sus pacientes a través del análisis económico y normativo sobre las disposiciones legales de la atención médica nacional. Se encuentra que la desregulación de los agentes del sector salud ha provocado un aumento de los costes directos e indirectos con efectos muy perjudiciales para los pacientes. Este artículo contribuye al nuevo conocimiento ya que identifica a la concentración de mercado, y desregulación federal como motivantes del desplazamiento de pacientes a otros destinos con fines médicos.

### PALABRAS CLAVE

Servicios médicos, Estados Unidos, caso de estudio, barreras internas.

## I. INTRODUCTION: LEGISLATIVE AND PRICE DYNAMICS IN THE UNITED STATES

The United States government approved, in 1983, a subsidy to public hospitals for Medicare program patient bills (medical care for those over 65 years of age), based on a value determined by 467 medical associations (Cebul et al., 2008). Previously, the healthcare system was eminently public, with isolated actions from private organizations. Hospitals and medical organizations fulfilled a social function, and there was a strict regulation on the prices of medical procedures and drugs that required a prescription from specialists. Health insurance coverage only reached 25% of the population (Tomassi et al., 2019).

In 1976, capitation was applied, as a form of financing for the federal health system, which is a fixed payment per patient, transferring the risk of care to private entities or Health Maintenance Organizations (HMO) to health professionals (McGahan, 2019), which facilitated the operators of the system to increase the prices of procedures and drugs to promote competitiveness and health coverage. This deregulatory incentive fostered competition and growth in policyholder coverage to reach 74% (Morain et al., 2019).

Companies are the main source of national health insurance, covering more than 100 million individuals (Fuchs, 2018). The federal government covers 39.2 million individuals in special regimes such as veterans and Medicare, or health care for people in multidimensional poverty, (39 million) and Medicaid (41 million) (Anderson et al., 2019).

However, the increase in coverage does not mean an improvement in the quality of medical care. Since there is deregulation of prices in medical procedures and drugs, and due to the fact that patients are not sufficiently informed of the prices, they assume that procedures do not have comprehensive coverage. The individual cost of healthcare and medical products are high compared to other countries in the Organization for Economic Cooperation and Development (Tessema et al., 2020).

The cost of general medical insurance has increased in recent decades, surpassing other services (education, digital entertainment, among others). Between 1989 and 1996, the average amount an employee contributed to basic family health coverage increased from \$935 to \$1,778 (US dollars) (Mintzberg, 2018). In the 1990s, US companies went from spending \$177 billion on health benefits for workers and their dependents to \$252 billion in 1996 (Frandsen et al., 2019), meaning that price deregulation does not necessarily involve financial relief for patients.

The US healthcare system has a high cost, compared to OECD member countries. In 2016, the United States gross domestic product (GDP) was \$14.29 trillion, and health spending was \$2.38 trillion or 16.2%. From 1965 to 2016, health spending as a percentage of GDP increased from 5.9% to 16.2%, leaving a part of the population without coverage (Zohrabian et al., 2018).

## **II. LEGAL AND ECONOMIC FRAMEWORK: THE COST OF THE AMERICAN HEALTHCARE SYSTEM**

Healthcare in the United States is roughly twice as costly as in any other developed country (de la Puente, 2015a). The cost of this huge financial burden to each household due to higher premiums, taxes, and additional out-of-pocket expenditure is more than \$8,000 per capita (de la Puente, 2015b; Butowski, 2018; Hampson et al., 2018). The following are the reasons why this country has a high individual cost in its health system:

### **Administrative Costs**

The costs of medical attention are so high due to administrative expenses represented in the health system budget. An example is the case of Duke University Hospital, which has 1,300 employees and only has 900 beds (Vargas - Bustamante, 2019) but that have administrative staff whose function is to supervise compliance with insurance billing requirements, to avoid inappropriate resource management (Yabroff et al., 2019).

### **Medication Costs**

Another difference in healthcare costs between the US and all other developed nations is the cost of drugs. In most countries, the government negotiates drug prices with manufacturers, but when the US Congress created Medicare Part D, it denied Medicare the right to use its power to negotiate drug prices (Sharma et al., 2018). The Veterans Administration Office and Medicaid, which can negotiate drug prices, pay lower prices (Cassel, 2018). The Congressional Budget Office found that by giving low-income Medicare Part D beneficiaries the same discount as Medicaid beneficiaries, the federal government would save \$116 billion over ten years (Ott & Olsen, 2019).

### **Defensive Medicine**

Another great driver of the high cost of health goods and services is that because doctors fear being sued, they request several prior diagnostic tests before performing invasive procedures. Therefore, patients and policyholders pay more for their insurance premiums and copayments, as well as taxes that are used to pay for government healthcare programs (Hogan, 2018).

### **Various Treatments and Procedures that Increase Individual Spending**

American doctors also tend to use a more expensive combination of treatments. According to a 2019 report by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 17.1% of the GDP of the United States was spent on health, in 2018 (Eisemberg, 2018). Additionally, more patients in the US are treated by specialists, compared to other OECD countries, whose fees are higher than primary care physicians (Emanuel, 2018).

## Salaries and Labor Regulations

Salaries and staffing also increase costs in American healthcare. Specialists demand high reimbursements, and the overuse of specialists through the current referral decision-making process increases healthcare costs. The National Commission for the Reform of Medical Payments was the first step to solve this problem. A 2013 report stated that the entity adopted 12 recommendations to obtain control over physician payments (Sarpawari, 2018; de la Puente et al., 2019). The Commission has continued to work with Congress to find a way to implement some of these recommendations, although tangible policy results have yet to be followed (Kumar, 2011).

## Marketing and Advertising

The vendors who can command the highest prices are the ones who create a brand that everyone wants. "In some markets, prestigious medical institutions can set their price," says Allen (2018), from the Catalyst for Payment Reform program, a nonprofit organization that works with large employers to control healthcare costs (Allen, 2018).

The Affordable Care Act (ACA) has somewhat delayed the high costs created by brands in central Florida, for example, Florida Hospital is one of the better-known brands in the area (Blattner & Holtkamp, 2018; Kirkland et al., 2018), and in 2018, the ACA policies offered by Humana (an insurer) did not include the services provided by this brand.

Health systems in other countries do not have as many restrictions on specialist care, so the unit costs of care are lower than in the United States, due to a greater negotiation capacity between state entities compared to the United States for the setting of prices of medicines, medical equipment, and hospital services (Noone et al., 2019; Sasongko et al., 2019).

Little political action in favor of greater regulation towards private intermediaries of the healthcare system has maintained the high costs for end customers. The Affordable Care Act focused on ensuring access to healthcare but maintained the status quo to encourage competition between insurers and healthcare providers, which means that there will be multiple payers for services, and less control over prices by healthcare service providers (Okpala et al., 2019).

## High Prices for Hospital Care

The federal government estimates that health care spending per capita reached \$17,000 in 2021, and those costs will continue to grow more than 6.7 percent annually over the next decade (Blattner et al., 2018; Switzer et al., 2013).

It is projected that around \$1.9 billion will be spent on hospital care alone in 2022 (Callander et al., 2017; Crawford et al., 2009). Hospitals have a profit margin of 8 percent, a level higher than

the margins in the pharmaceutical industry, or in the insurance industry. In acute care hospitals, total revenues exceeded expenses by more than \$71 billion in 2018, according to an analysis by the Center for American Progress (Fayet-Moore et al., 2018).

It is estimated that commercial insurers pay about twice what Medicare does for hospital care. According to all payers, hospitals receive an average reimbursement of about 134 percent of what Medicare pays. High prices do not always indicate better quality; in fact, they often mask inefficiencies in the hospital business (Cainzos-Achirica et al., 2019).

Some notable trends in the hospital business have occurred alongside earnings growth. One of the most important is that hospitals have shifted their growth strategy to expanded outpatient services. Hospital care now accounts for just over half of total health care centers (Kim et al., 2019).

Additionally, with dozens of hospital mergers each year, competition continues to decline. The market for healthcare providers is becoming more established, resulting in higher prices for patients.

Kerr et al. (2019) found that a higher concentration in the hospital market leads to higher costs. Compared to regions served by four or more competing hospitals, regions with three hospitals have prices that are 7 percent higher; those with two hospitals have prices that are 9 percent higher, and those with only one hospital have prices that are 15 percent higher.

For example, North Carolina is among the markets dominated by a small number of powerful healthcare systems. For example, Sutter Health (hospital services company) has an expanding network comprising 24 hospitals, 35 outpatient centers, and 5,500 member physicians. This reflects the increase in prices in several states where there is little supply of highly complex hospitals.

### **III.DETERMINANTS OF THE PRICES OF MEDICAL SERVICES**

#### **Place of Residence**

Per capita, healthcare expenditures in the high-spending regions of the United States are approximately 40 percent higher than in the poorest regions (the Midwest and the Southeast). The variation in spending among Medicare beneficiaries is largely due to differences in use, rather than in price, because reimbursement rates are set by the federal government, with some adjustments for regional costs (Wangqin et al., 2018; Rea et al., 2019).

Among the privately insured population, prices play a much larger role in spending variance. Rea et al. (2019) found that the variation in spending in the commercial insurance market is mainly due to differences in provider prices, rather than differences in the use of healthcare services.

Pricing data for employer-sponsored plans shows wide geographic variation in what hospitals are paid for care. Health Care Cost Institute business claim analysis demonstrate the enormous range of the price of care, both within and across metropolitan areas. For example, the average price for a cesarean delivery ranged from a low of \$3,636 in the Greater Knoxville, Tennessee area, to a high of \$20,721 in the San Francisco area (Ouyang et al., 2018; Shortell et al., 2019).

Typically, insured patients pay only a fraction of their hospital bills out of pocket, in the form of copayments, and most patients may be unaware of their total hospital charges. Hospital markets with the least competition have health insurance market premiums that are 5 percent higher than average, according to a recent study by McCormick et al. (2018).

### **Type of Patient Coverage**

Although public and private reimbursement rates have diverged over the study period, the precise payment rates depend on how supplemental government payments to hospitals are counted. According to the Medicaid Access and Payment Commission (2018), Medicaid reimbursement levels are higher than Medicare's if supplemental payments are counted toward Medicaid payments.

Cited studies have documented that private payment rates are much higher than Medicare's. Researchers at the Congressional Budget Office estimated that the price of a hospital stay was on average 189 percent the Medicare rate in 2013 (de la Puente et al., 2019). More recently, a study by Weng et al. (2018) found that employer-sponsored plans pay hospitals 241 percent the Medicare levels on average, for inpatient and outpatient care, with some hospital systems receiving as little as 150 percent and up to 400 percent of Medicare fees. And a report on California hospitals found similar results, with private insurers paying 209 percent Medicare rates.

Another commonly cited measure of hospital profitability is the payment-cost ratio, which represents the average payment over the average cost per patient, representing both patient-specific clinical costs and fixed costs, such as equipment, buildings, or facilities. According to the American Hospital Association (Hunter, 2018), private insurance payments average 144.8 percent of the cost, while Medicaid and Medicare payments are 88.1 and 86.8 percent of the cost, respectively.

Several studies suggest that Medicare reimbursements are well above the incremental cost. The Medicare Payment Advisory Commission (MedPAC) notes, in its March 2019 report to Congress, that Medicare payments exceed the marginal cost of caring for Medicare patients by 8 percent (Ouyang et al., 2018; Shortell et al., 2019).

A persistent argument in the debate over hospital payment is that hospitals make cost changes, raising prices to private payers to compensate for the underpayment of public programs. There is little evidence that hospitals can change costs and much stronger empirical evidence that high prices for private payers result from the market power of hospitals.



An alternative explanation for the gap between public and private hospital fees is that the latter may demand high prices from private payers (either private or insured patients), enjoying a larger financial cushion and evading the pressure to reduce costs.

#### **IV. RESULTS: POLICIES TO REDUCE THE COST OF HOSPITAL CARE**

Several public policy options could reduce hospital costs, many of which have already been implemented at the federal or state level, lowering prices and slowing the growth of hospital expenses. Hospital payment rates could be lowered directly through rate settings for all payers, reference prices, or regulations to limit rates. Federal policies to improve competition in hospital markets, including stronger antitrust enforcement, fairer payment rules, and greater transparency, could also lower prices and control the growth of hospital costs in the US (Van Busekom, 2019).

##### **To End Abusive Hospital Billing Practices**

Surprise bills generally come from medical companies associated with the hospital network and can also arise from emergencies where patients cannot be expected to find an in-network provider.

##### **Reference Prices**

In the absence of broad-based government action on hospital fees, individual taxpayers can take steps to lower the cost of hospital care through reforms such as benchmark pricing. Based on the reference price, a payer sets the maximum they will pay for a service or set of services, which could be tied to a percentile in commercial claims or Medicare rates. Providers who refuse to accept the reference price are excluded from the payer's network, or patients who choose that provider are responsible for paying the difference out of pocket. The reference price incentivizes patients to visit lower-cost providers and puts pressure on providers to cut costs to maintain their business.

Various states have implemented benchmark pricing forms for public plans. The California Public Employees Retirement System was one of the first payers to adopt reference prices for a limited set of scheduled procedures (Makhele et al., 2019; De la Puente et al., 2015c).

##### **Rates Regulation**

By capping all payers' rates closer to cost, state or federal regulators could lower current hospital prices. For example, former Obama administration officials Robert Kocher and Donald M. Berwick suggest capping hospital prices to 120 percent of current Medicare rates (Branfield et al., 2019). Others have suggested 125 percent of Medicare fees as a starting point.

Even with rates set to reach the current average and allow efficient hospitals to make some profit, rate regulation could generate savings by simplifying hospital administration and eliminating the need for

rate negotiations between hospitals and payers. Alternatively, assuming hospitals can reduce costs by operating more efficiently, all payers' rates could be set below current levels to increase savings.

Using data from the AHA, Huang et al. (2018) calculated that reimbursing all hospital care at Medicare rates, as proposed in Senator Bernie Sanders' Medicare for All (I-VT) bill, would reduce total payments by 15.9 percent, or \$151 billion among hospitals across the country.

The overall budget can control overall hospital costs by limiting the total amount spent on services, rather than just the price at which care is provided. One of the most successful examples of state rate reform took place in Maryland, which has used rate setting for all payers to regulate cost growth since the 1970s, and, more recently, adopted global budgets for hospitals.

### **Transparency in Hospital Prices**

A popular response to the opacity and variation in hospital prices has been to request more public information on the rates of procedures. Pricing transparency can be more helpful to insurers and employers who want to steer patients toward lower-cost care. Patients cannot compare emergency room prices after a bicycle accident or switch to a lower-priced anesthesiologist in the middle of surgery. Furthermore, the most prominent price for patients is not the insurer's negotiated charge, but the out-of-pocket cost, which is a fixed amount.

In 2018, the Center for Medicare and Medicaid Services (CMS) began enforcing the provision of the Affordable Care Act that requires each hospital to post their list prices online (Shaik et al., 2018; Wang et al., 2018). Price lists typically name services using billing code jargon rather than simple English descriptions, and the information is not standardized or centralized, making parallel comparisons difficult. Another limitation of published pricing information is that charge managers only have a relaxed relationship with the negotiated rates that insurers pay. The Trump administration is considering forcing hospitals to disclose the rates they negotiate for providers, medical devices, and drugs - information providers generally consider proprietary.

### **More Application of Antitrust Actions in the Hospital Industry**

While mergers between nearby hospitals have the greatest effect on prices, economic research shows that mergers between markets can also lead to higher hospital prices by weakening the bargaining power of insurers. Given the large body of evidence that market power raises hospital costs without commensurate improvements in the quality of care, antitrust authorities should set a higher bar for hospital mergers and monitor anti-competitive behavior by healthcare systems.

Rising hospital prices, in turn, continue to increase premiums and cost-sharing for patients, hitting people who have commercial insurance the most. Serious efforts to control healthcare costs

will require addressing the largest sources of health spending in the US. Hospital payment reform is necessary to lower costs and improve equity among patients and payers.

## V. DISCUSSION: EFFECTS ON INTERNATIONAL HEALTH DISPLACEMENT

The localities with the greatest attraction of American patients in the curative and preventive segment are Costa Rica, Mexico, Panama, Thailand, Singapore, and China (McKinsey, 2014), while the most demanded services are radiotherapy, chemotherapy, pelvic floor reconstructive surgery, cardiovascular surgery with different purposes, and low complexity trauma treatments (De la Puente, 2015c). The patients' budgetary restrictions, specialists' scarcity and differences in prices of medical procedures between states encourage the projected medical displacement of patients by 25% per year, especially in the Eastern states of the country, where medical procedures are 35% more expensive in the Midwest (Dalen & Albert, 2019). Expenditure per patient is estimated to be \$3,800 to \$6,000 (cash), and the total spent per year is projected at \$45-\$72 billion. Medical supply is estimated at around 25% from specialized clinics to specialists in cardiology, cosmetic surgery, dentistry, and dermatology. American patients choose to travel to Mexico, Central America, and South America. The most treated conditions include dentistry, cosmetic surgery, and weight-loss surgeries.

According to McGahan (2019), in the 2012-2014 period, the number of companies with more than 300 employees that contracted with a medical insurance company services for the care of employees outside the United States increased from 9,620 to 64,211, which exposes an opportunity for growth in the face of the consolidation of reform (de la Puente et al., 2019). The generalities in medical insurance contracts range from the guarantee of care for patients abroad, through an international office in the clinics, where matters such as visa, dialogue between the doctor in the place of origin and destination, and diagnostic tests are attended. In case of absence in the place of origin, transportation service, accommodation, special meals, and access to both generic and commercial drugs, depending on the coverage of the insured. Under this scenario, the actions to be taken by the agents involved in the sector are diverse.

Hospitals in destination locations must direct differentiated advertising and marketing through insurance brokers or intermediaries to attract patients to their location. Investment in brand image at an international level is necessary through strategic alliances with US clinics to strengthen the external brand, as well as publication in specialized journals that increases the international reputation of the clinic of interest.

### Final Considerations

Oligopolistic actions and deregulation of the health system have led operators to condition access to medical services, generating very little room for maneuver for patients to access medical services that they can pay for. This situation has encouraged the medical tourism sector or the

movement of patients seeking access to quality procedures with lower costs. Although this situation generates access to new financial resources in developing countries like Colombia, the moral dilemma is so evident that there are already voices that advocate greater intervention in hospitals and medical practices that dignify patients.

## REFERENCES

- Allen, A. M., Van Houten, H. K., Sangaralingham, L. R., Talwalkar, J. A., & McCoy, R. G. (2018). Healthcare cost and utilization in nonalcoholic fatty liver disease: real-world data from a large US claims database. *Hepatology*, *68*(6), 2230-2238. DOI: 10.1002/hep.30094
- Anderson, G. F., Hussey, P., & Petrosyan, V. (2019). It's still the prices, stupid: Why the US spends so much on health care, and a tribute to Uwe Reinhardt. *Health Affairs*, *38*(1), 87-95. DOI: 10.1377/hlthaff.2018.05144
- Blattner, M., Price, J., & Holtkamp, M. D. (2018). Socioeconomic class and universal healthcare: Analysis of stroke cost and outcomes in US military healthcare. *Journal of the neurological sciences*, *386*, 64-68. DOI: 10.1016/j.jns.2018.01.018
- Branfield Day, L., Austin, P. C., & Shah, B. R. (2019). Universal drug coverage and income-related disparities in glycaemic control. *Diabetic Medicine*, *37*(5):822-827. DOI: 10.1111/dme.14051.
- Butowski, L. (Ed.). (2018). *Mobilities, Tourism and Travel Behavior: Contexts and Boundaries*. BoD-Books on Demand. DOI: 10.5772/intechopen.68212
- Cainzos-Achirica, M., Capdevila, C., Vela, E., Cleries, M., Bilal, U., Garcia-Altes, A., ... & Corbella, X. (2019). Individual income, mortality and healthcare resource use in patients with chronic heart failure living in a universal healthcare system: A population-based study in Catalonia, Spain. *International journal of cardiology*, *277*, 250-257. DOI: 10.1016/j.ijcard.2018.10.099
- Callander, E. J., Corscadden, L., & Levesque, J. F. (2017). Out-of-pocket healthcare expenditure and chronic disease—do Australians forgo care because of the cost?. *Australian Journal of Primary Health*, *23*(1), 15-22. DOI: 10.1071/PY16005
- Cassel, C. K. (2018). Can retail clinics transform health care?. *Jama*, *319*(18), 1855-1856. DOI: 10.1001/jama.2018.2172
- Cebul, R. D., Rebitzer, J. B., Taylor, L. J., & Votruba, M. E. (2008). Organizational fragmentation and care quality in the US healthcare system. *Journal of Economic Perspectives*, *22*(4), 93-113. DOI: 10.1257/jep.22.4.93
- Crawford, V. L., Dinsmore, J. G., Stout, R. W., Donnellan, C., O'Neill, D., & McGee, H. (2009). Stroke presentation and hospital management: comparison of neighboring healthcare systems with differing health policies. *Stroke*, *40*(6), 2143-2148. DOI: 10.1161/STROKEAHA.108.545376
- Dalen, J. E., & Alpert, J. S. (2019). Medical tourists: Incoming and outgoing. *The American journal of medicine*, *132*(1), 9-10. <https://doi.org/10.1016/j.amjmed.2018.06.022>

- de la Puente Pacheco, M. A., Guerra, D., de Oro Aguado, C. M., & Alexander McGarry, C. (2019). Undergraduate students' perceptions of Project-Based Learning (PBL) effectiveness: A case report in the Colombian Caribbean. *Cogent Education*, 6(1), 1616364. DOI: 10.1080/2331186X.2019.1616364
- de la Puente Pacheco, M. A. (2015a). Sector del turismo de salud: caso colombiano. *Economía del Caribe*, (16), 3.
- De La Puente, M. (2015b). Una aproximación descriptiva a la propiedad intelectual de bajo valor agregado y distorsión de la competencia: Caso Estados Unidos. *Iustitia*, (13), 311-330.
- De la Puente, M. (2015c). Dinámica del turismo de salud internacional: una aproximación cuantitativa. *Dimensión Empresarial*, 13(2), 167-184. DOI: 10.15665/rde.v13i2.534
- Eisenberg, R. S. (2018). Shifting institutional roles in biomedical innovation in a learning healthcare system. *Journal of Institutional Economics*, 14(6), 1139-1162. DOI: 10.1017/S1744137418000115
- Emanuel, E. J. (2018). The real cost of the US health care system. *Jama*, 319(10), 983-985. DOI: 10.1001/jama.2018.1151
- Fayet-Moore, F., George, A., Cassettari, T., Yulin, L., Tuck, K., & Pezzullo, L. (2018). Healthcare expenditure and productivity cost savings from reductions in cardiovascular disease and type 2 diabetes associated with increased intake of cereal fibre among Australian adults: A cost of illness analysis. *Nutrients*, 10(1), 34. DOI: 10.3390/nu10010034
- Frandsen, B., Powell, M., & Rebitzer, J. B. (2019). Sticking points: common-agency problems and contracting in the US healthcare system. *The RAND Journal of Economics*, 50(2), 251-285. DOI: 10.1111/1756-2171.12269
- Fuchs, V. R. (2018). Is single payer the answer for the US health care system?. *Jama*, 319(1), 15-16. DOI: 10.1001/jama.2017.18739
- Hampson, G., Towse, A., Pearson, S. D., Dreitlein, W. B., & Henshall, C. (2018). Gene therapy: evidence, value and affordability in the US health care system. *Journal of comparative effectiveness research*, 7(1), 15-28. DOI: 10.2217/cer-2017-0068
- Hogan, C., Tien, S., Pai, M., & Banaei, N. (2018). Higher positivity rate with 4th generation QuantiFERON-TB Gold Plus assay in low-risk US healthcare workers. *Journal of Clinical Microbiology*, JCM-01688. DOI: 10.1128/JCM.01688-18
- Huang, G., Fang, Y., Wang, X., Pei, Y., & Horn, B. (2018, October). A survey on the status of smart healthcare from the universal village perspective. In *2018 4th International Conference on Universal Village (UV)* (pp. 1-6). IEEE. DOI: 10.1109/uv.2018.8642125
- Hunter, C. L., Funderburk, J. S., Polaha, J., Bauman, D., Goodie, J. L., & Hunter, C. M. (2018). Primary care behavioral health (PCBH) model research: Current state of the science and a call to action. *Journal of Clinical Psychology in Medical Settings*, 25(2), 127-156. DOI: 10.1007/s10880-017-9512-0

- Kerr, M., Barron, E., Chadwick, P., Evans, T., Kong, W. M., Rayman, G., ... & Jeffcoate, W. J. (2019). The cost of diabetic foot ulcers and amputations to the National Health Service in England. *Diabetic Medicine*, 36(8): 995-1002. DOI: 10.1111/dme.13973
- Kim, T. H., Ro, Y. S., Do Shin, S., Song, K. J., Hong, K. J., Park, J. H., & Kong, S. Y. (2019). Association of health insurance with post-resuscitation care and neurological outcomes after return of spontaneous circulation in out-of-hospital cardiac arrest patients in Korea. *Resuscitation*, 135, 176-182. DOI: 10.1016/j.resuscitation.2018.12.023
- Kirkland, E. B., Heincelman, M., Bishu, K. G., Schumann, S. O., Schreiner, A., Axon, R. N., ... & Moran, W. P. (2018). Trends in healthcare expenditures among US adults with hypertension: national estimates. *Journal of the American Heart Association*, 30;7(11):e008731. DOI: 10.1161/JAHA.118.008731
- Kumar, S., Ghildayal, N. S., & Shah, R. N. (2011). Examining quality and efficiency of the US healthcare system. *International journal of health care quality assurance*, 24(5), 366-388. DOI: 10.1108/09526861111139197
- McCormick, N., Marra, C. A., Sadatsafavi, M., & Aviña-Zubieta, J. A. (2018). Incremental direct medical costs of systemic lupus erythematosus patients in the years preceding diagnosis: A general population-based study. *Lupus*, 27(8), 1247-1258. DOI: 10.1177/0961203318768882
- McGahan, A. M. (2019). Inclusion and innovation in healthcare. In *Handbook of Inclusive Innovation*. Edward Elgar Publishing.
- Medicaid Access and Payment Commission (2018). Health Insurance Coverage in the United States. Sitio web consultado el 18 de September 2018.
- Mintzberg, H. (2018). Managing the myths of health care. In *The Myths of Health Care* (pp. 3-11). Springer, Cham. DOI: 10.1007/978-3-319-53600-2
- Morain, S., Kass, N. E., & Faden, R. R. (2019). The Learning Health Care System and Ethics: Challenges and Opportunities. *The Oxford Handbook of Public Health Ethics*, 159. DOI: 10.1007/978-3-319-53600-2
- Noone, D., Pedra, G., Asghar, S., O'Hara, J., Sawyer, E. K., & Li, N. (2019). Prophylactic Treatment in People with Severe Hemophilia B in the US: An Analysis of Real-World Healthcare System Costs and Clinical Outcomes. DOI: 10.1080/13696998.2021.1891088
- Okpala, P. (2018). Assessment of the influence of technology on the cost of healthcare service and patient's satisfaction. *International Journal Of Healthcare Management*, 11(4), 351-355. DOI:10.1080/20479700.2017.1337623
- Ott, M. J., & Olsen, G. H. (2019). Impact of quality assessment on clinical practice, Intermountain health-care. In *Quality Spine Care* (pp. 301-313). Springer, Cham. DOI: 10.1097/PCC.0000000000002683
- Ouyang, F., Wang, Y., Huang, W., Chen, Y., Zhao, Y., Dang, G., ... & Zeng, J. (2018). Association between socioeconomic status and post-stroke functional outcome in deprived rural southern China: a population-based study. *BMC neurology*, 18(1), 12. DOI: 10.1186/s12883-018-1017-4

- Rea, F., Micieli, G., Musicco, M., Cavallini, A., Santucci, C., Merlino, L., ... & Corrao, G. (2019). Adherence to recommendations and clinical outcomes of patients hospitalized for stroke: the role of the admission ward—a real-life investigation from Italy. *Neurological Sciences*, 1-10. DOI: 10.1007/s10072-017-3200-6
- Sarpatawari, A., Barenie, R., Curfman, G., Darrow, J. J., & Kesselheim, A. S. (2019). The US biosimilar market: stunted growth and possible reforms. *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, 105(1), 92-100. DOI: 10.1002/cpt.1285
- Sasongko, M. B., Wardhana, F. S., Febryanto, G. A., Agni, A. N., Supanji, S., Indrayanti, S. R., ... & Adriono, G. A. (2019). The estimated healthcare cost of diabetic retinopathy in Indonesia and its projection for 2025. *British Journal of Ophthalmology*, bjoophthmol-2019. DOI: 10.1002/cpt.1285
- Shaikh, M., Peters, S. A., Woodward, M., Norton, R., & Jha, V. (2018). Sex differences in utilisation of hospital care in a state-sponsored health insurance programme providing access to free services in South India. *BMJ global health*, 3(3), e000859. DOI: 10.1136/bmjgh-2018-000859
- Sharma, S., Chen, K., & Sheth, A. (2018). Toward practical privacy-preserving analytics for IoT and cloud-based healthcare systems. *IEEE Internet Computing*, 22(2), 42-51. DOI: 10.1109/MIC.2018.112102519
- Shortell, S. M., Scheffler, R. M., Anand, S., & Arnold, D. (2019). Sustaining Universal Coverage Through California's Integrated Care Delivery System.
- Switzer, J. A., Demaerschalk, B. M., Xie, J., Fan, L., Villa, K. F., & Wu, E. Q. (2013). Cost-effectiveness of hub-and-spoke telestroke networks for the management of acute ischemic stroke from the hospitals' perspectives. *Circulation: Cardiovascular Quality and Outcomes*, 6(1), 18-26. DOI: 10.1161/CIRCOUTCOMES.112.967125
- Tessema, F., Kesselheim, A. S., & Sinha, M. S. (2020). Generic But Expensive: Why Prices Can Remain High for Off-Patent Drugs. *Hastings Law Journal, Forthcoming*, 71(4), 3-4.
- Tomassi, M. J., Abbas, M. A., & Klaristenfeld, D. D. (2019). Expectant management surveillance for patients at risk for invasive squamous cell carcinoma of the anus: a large US healthcare system experience. *International journal of colorectal disease*, 34(1), 47-54. DOI: 10.1007/s00384-018-3167-7
- van Beusekom, I., Bakhshi-Raiez, F., de Keizer, N. F., van der Schaaf, M., Busschers, W. B., & Dongelmans, D. A. (2018). Healthcare costs of ICU survivors are higher before and after ICU admission compared to a population based control group: A descriptive study combining healthcare insurance data and data from a Dutch national quality registry. *Journal of critical care*, 44, 345-351. DOI: 10.1016/j.jcrc.2017.12.005
- Vargas Bustamante, A. (2019). US-Mexico cross-border health visitors: how Mexican border cities in the state of Baja California address unmet healthcare needs from US residents. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1-18. DOI:10.1080/1369183X.2019.1597473
- Wang, Z., Wu, Y., Gangoli, G., Anh, B., Gong, Q., Zhan, H., & Chen, W. (2018). Hospital Cost Savings Associated with Flowable Gelatin Hemostat for Anterior Cervical Spine Surgery in Chinese Patients: A

- Real-World Retrospective Cohort Study. *Value in Health*, 21, S70. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jval.2018.07.527>
- Wangqin, R., Laskowitz, D. T., Wang, Y., Li, Z., Wang, Y., Liu, L., ... & Bhatt, D. L. (2018). International Comparison of Patient Characteristics and Quality of Care for Ischemic Stroke: Analysis of the China National Stroke Registry and the American Heart Association Get With The Guidelines—Stroke Program. *Journal of the American Heart Association*, 7(20), e010623. DOI: 10.1161/JAHA.118.010623
- Weng, Y. M., Ng, C. J., Seak, C. J., Chien, C. Y., Chen, K. F., Lin, J. R., & Chang, C. J. (2018). One-year survival rate and healthcare costs after cardiac arrest in Taiwan, 2006–2012. *PloS one*, 13(5), e0196687. DOI: 10.1371/journal.pone.0196687
- Yabroff, K. R., Gansler, T., Wender, R. C., Cullen, K. J., & Brawley, O. W. (2019). Minimizing the burden of cancer in the United States: Goals for a high-performing health care system. *CA: a cancer journal for clinicians*, 69(3), 166-183. DOI: 10.3322/caac.21556
- Zohrabian, A., Kapp, J. M., & Simoes, E. J. (2018). The economic case for US hospitals to revise their approach to heart failure readmission reduction. *Annals of translational medicine*, 6(15). 3-5. DOI: 10.21037/atm.2018.07.30



## **El fuero sindical de los trabajadores particulares: una garantía restringida en Colombia\***

*Trade union immunity for private workers:  
a restricted guarantee in Colombia*

**FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFOND DE LEÓN**

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, especializado en Derecho Laboral y Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá); doctor en Derecho de las universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia; doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá). Docente investigador en asuntos del mundo del trabajo de la Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. [paco\\_syares@yahoo.es](mailto:paco_syares@yahoo.es); [frostau@ucatolica.edu.co](mailto:frostau@ucatolica.edu.co)  
[http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001174649](http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001174649)

**LEIDY ÁNGELA NIÑO CHAVARRO**

Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos laborales de la Universidad de Castilla de La Marcha. Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Docente Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá. [laninoc@ucatolica.edu.co](mailto:laninoc@ucatolica.edu.co)  
[http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001344308#experiencia](http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001344308#experiencia)

\*El proyecto dentro del cual se produce este artículo fue financiado por la Universidad Católica de Colombia, en la Facultad de Derecho. Este artículo es producto del proyecto de investigación "Derecho, Estado y Sociedad: transformaciones del derecho público fase 3" del grupo de investigación Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia.

## Resumen

Este resultado de investigación tiene como objetivo analizar el discurso jurisprudencial de las altas Cortes sobre la garantía del ejercicio del derecho de asociación sindical de los trabajadores particulares en Colombia, denominada fuero sindical. A partir de la sociología jurídica se estudian los criterios que se han desarrollado en torno a esta figura para la protección del derecho de asociación sindical. Dentro de los hallazgos obtenidos se encuentra que si bien la Constitución de 1991 y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consagra una protección de este derecho, los operadores judiciales se apartan de su aplicación, ampliando el margen de desprotección y restricción a los trabajadores que ejercen este derecho.

### PALABRAS CLAVE

Fuero sindical, derecho de asociación sindical, representantes de los trabajadores, Libertad sindical.

## Abstract

This research aims to analyze the jurisprudential discourse of the Courts on the guarantee of the exercise of the right of union association of private workers in Colombia, called union jurisdiction. Based on legal sociology, the criteria and effects that have been developed for the protection of the right of trade union association are studied. As a result, we find that although the 1991 Constitution and ILO conventions 87 and 98 determine the protection of this right, the judges deviate from its application, widening the margin of un protection for workers who exercise this right.

### KEYWORDS

Trade union jurisdiction, right of trade union association, workers' representatives, Freedom of association.

## INTRODUCCIÓN

El análisis del discurso de la jurisprudencia y la lectura que se ha dado a la garantía del fuero sindical de conformidad con la Constitución de 1991 será el punto de partida para abordar este mecanismo de protección de los trabajadores del sector particular. La garantía foral, de acuerdo con diversas decisiones judiciales, está supedita no solo a la existencia de la relación de trabajo, sino también a la modalidad contractual de índole laboral y sus particularidades.

En este artículo se abordará, desde el discurso jurisprudencial, la garantía del fuero sindical en los contratos de trabajo a término fijo, su cobertura en el periodo de prueba y en la declaratoria de cese de actividades. Así mismo, se estudiará lo relativo al fuero circunstancial, el fuero de fundadores, el caso de los trabajadores pensionados, los no subordinados y la cobertura del fuero sindical en el caso de la multifiliación. Finalmente, se explorará su alcance a los trabajadores actores y de los de plataformas digitales.

El interrogante que orientó la investigación fue ¿cuáles son los efectos de los criterios jurisprudenciales de las altas Cortes, en los últimos cinco años, en torno a la garantía foral para el ejercicio del derecho de asociación sindical en el sector privado?

## METODOLOGÍA

Con el empleo del análisis del discurso jurisprudencial de las altas Cortes en los últimos cinco años se abordaron desde los estándares internacionales contenidos en los convenios de la OIT, los preceptos constitucionales y el tratamiento que se le ha dado a la garantía del derecho de asociación sindical a través de la figura del fuero sindical. Desde de la sociología jurídica se plantea el estudio del escenario del proteccionismo del ejercicio del derecho de asociación sindical y su aplicación al mundo del trabajo en Colombia.

## RESULTADOS

### Precedentes jurídicos y situación actual del fuero sindical en Colombia

Los precedentes de la garantía del fuero sindical en Colombia provienen de la Ley 6ª de 1945 con cobertura a los miembros de la junta directiva nacionales, subdirectivas o comités seccionales, contemplados en los estatutos, en municipios diferentes del domicilio de las directivas principales. A partir de 1950, con el Código Sustantivo (en adelante C.S.T.), se definió en el artículo 405 el fuero sindical así: “Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo”. Modificado por el decreto 204 de 1957 al agregar: “...ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto” (Legis, 2021).

El artículo 406 del C.S.T. original amparaba a los fundadores de un sindicato desde el día de la notificación prevista en el artículo 363 hasta quince días después de la publicación en el *Diario Oficial* del reconocimiento de la personería jurídica del sindicato, sin pasar de tres meses. Ampliaba, además, esta protección a los trabajadores que ingresaban a él antes de la concesión de la personería jurídica en los mismos términos y condiciones de los fundadores.

Cuando el artículo 406 fue modificado por el Decreto 2351 de 1965, extendió el fuero sindical a dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos y amplió el término de tres a seis meses, tanto a los fundadores como a la junta directiva. El artículo 408 dispuso que el empleador pueda suspender provisionalmente al trabajador que gozaba del fuero sindical mientras el juez de trabajo resolvía la solicitud de despido definitivo depositando caución que garantizara el pago de salarios del tiempo de la suspensión. El Decreto 204 de 1957 en su artículo 7º modificó sustancialmente esta posibilidad de suspender provisionalmente al trabajador que gozaba de fuero al disponer que el empleador para despedir a un trabajador aforado debe solicitar permiso al juez laboral y demostrar las justas causas de terminación del contrato de trabajo (art. 410 C.S.T.); esta solicitud debía contener una relación pormenorizada de las pruebas que demuestran las justas causas.

En materia laboral, la palabra “fuero” se refiere a la protección especial otorgada a ciertas personas por razón del cargo o del estatus que ocupan dentro de una organización sindical. La Enciclopedia Omeba (1984) lo define como

La garantía que se otorga a determinados trabajadores, motivada en su condición representativa sindical para no ser despedidos, trasladados, ni modificadas sus condiciones de trabajo, sin causa. Por dicho fuero se otorga a ciertos trabajadores un derecho en virtud del cual el patrono o empresario no puede, durante el tiempo que indica la ley, o mientras esta garantía de protección subsiste, despedir libremente al trabajador o modificar sus condiciones laborales a no ser que medie la autorización correspondiente en la forma que la ley determine. (p.180 )

En la actualidad, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 405 define al fuero sindical como

la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto sin causa justa previamente calificada por el juez del trabajo.

El fuero sindical en Colombia es la garantía que gozan algunos trabajadores, producto del ejercicio del derecho de asociación sindical, de no ser despedidos, desmejorados, ni trasladados sin la previa autorización del juez de trabajo. De conformidad con los convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por Colombia, y que hacen parte de la Constitución Política, esta garantía cubre a todos los trabajadores, subordinados o no, que representen a los trabajadores en el marco de la autonomía sindical y a los fundadores de las organizaciones sindicales.

La figura del fuero sindical en el Código Sustantivo del Trabajo fue construida consecuentemente con el modelo de relación de trabajo individual que se estructuraba sobre el contrato a término indefinido y de carácter excepcional sobre los contratos a término fijo. Así, lo relacionado con términos de levantamiento y efectos de la acción de reintegro es de naturaleza propia de la relación laboral indefinida, razón por la cual en el articulado vigente, en los casos en que no se requiere autorización previa judicial, no se consagra el contrato de trabajo a término fijo.

Con la incorporación a nuestro ordenamiento interno, por mandato de la Constitución Política, de los convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por las leyes 26 y 27 de 1976, respectivamente, el ejercicio del derecho de asociación sindical alcanzó mayor cobertura para aquellos trabajadores con una vinculación jurídica diferente de la del contrato de trabajo, como lo son: los trabajadores no subordinados, autónomos, tercerizados, los de *outsourcing*, *free lancer*, etc.

De ahí que se puede afirmar que la garantía del fuero sindical opera para todos los trabajadores sin ningún tipo de distinción contractual, a pesar de la consagración legal que contiene el C.S.T. Esta contradicción aparente entre el ordenamiento legal y constitucional puede ser resuelta a partir de la lectura de las normas laborales bajo los criterios de la Constitución Política de 1991, convenios de OIT y los tratados sobre Derechos Humanos.

El fuero sindical, antes que una protección de la relación individual de trabajo, es la principal garantía del derecho de asociación sindical. El inciso 4º del artículo 39 de la Constitución Política reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para su gestión.

Para la Corte Constitucional (CC, Sentencia T-1331/01, Col), la esencia del fuero sindical consiste en que ningún trabajador amparado por esta garantía pueda ser despedido, ni desmejorado ni trasladado sin que previamente un juez de trabajo haya calificado la actuación; en caso contrario, conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de asociación, libertad sindical y fuero sindical, siendo procedente el amparo constitucional. En consecuencia, “la existencia de un mecanismo idóneo, expedito y de mayor o equivalente agilidad a la tutela impide también recurrir a la vía de la protección transitoria, pues la agilidad del proceso especial descarta la configuración del perjuicio irremediable” (CC, Sentencia T-046/09, Col), razón por la cual se considera improcedente la acción de tutela para solicitar la protección de la garantía del fuero sindical.

Las acciones procesales que se derivan de la garantía del fuero sindical tienen por finalidad la verificación de la ocurrencia de la causal alegada y la valoración de su legalidad. Para la procedencia de la garantía del fuero sindical se requiere:

1. Que el ejercicio del derecho de asociación sindical se dé en el marco de una relación de cualquier naturaleza, ya sea laboral, civil, administrativa o comercial.

2. Que el aforado (bajo los criterios anteriores) sea fundador del sindicato o miembro de la junta directiva o comisión de reclamos, miembro de la junta directiva de las federaciones o confederaciones o de la comisión de reclamos de estos. Ser miembro de la junta directiva de las seccionales sindicales o ser uno de los dos miembros de los comités sindicales.
3. Que la organización sindical haya elaborado el acta de fundación, cuando se trata del fuero sindical de fundadores.
4. Que la elección, o la designación de la comisión de reclamos, sea notificada al empleador, como lo exigen los artículos 363 y 371 del C. S. T.

De la lectura del artículo 406 del C.S.T. a la luz de lo establecido por la Constitución Política, los convenios de la OIT y los tratados sobre Derechos humanos se puede comprender que gozan de fuero sindical no solamente los trabajadores subordinados con contrato de trabajo, si no todos aquellos trabajadores afiliados a una organización sindical que sean fundadores o desempeñen cargos de dirección sindical.

En caso de los fundadores de la organización sindical, esta garantía comenzará a partir de la fecha de constitución del sindicato hasta por dos meses posteriores a la resolución de inscripción en el registro sindical por parte del Ministerio de Trabajo. En los casos de los miembros de juntas directivas o de la comisión de reclamos, la protección del fuero sindical será a partir de la comunicación que se hace al empleador de dicha elección hasta seis meses después de finalizar su periodo.

El artículo 407 del C.S.T. consagra que el amparo del fuero sindical solamente operará para los 10 miembros de junta directiva sindical, sin embargo, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución Política, que “reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”, no se impone algún límite de cobertura a un número de trabajadores. Por su parte, el Convenio 135 de la OIT, no ratificado por Colombia, tampoco hace alusión alguna a un número determinado de trabajadores que puedan gozar de esta garantía foral o de estabilidad, por lo tanto, esta protección está sujeta a la calidad de “representantes”, caso en el cual deberá primar la aplicación de la Constitución Política.

De conformidad con lo anterior, si una junta directiva de un sindicato está compuesta por más de diez trabajadores, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, todos los miembros de la junta, sin importar su número de composición, gozarían de fuero sindical bajo la aplicación del artículo 39 de la Constitución Política y del Convenio 135 de la OIT de manera directa.

## I. EL FUERO SINDICAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

El contrato a término fijo se caracteriza por que las partes establecen un periodo de vigencia limitado en el tiempo. Ante la voluntad de las partes en definir la temporalidad de la relación de trabajo, en el caso de un trabajador aforado, ¿deberá prorrogarse el contrato mientras dura la garantía del fuero sindical? o ¿prevalece el término de duración del contrato de trabajo?

De conformidad con el C.S.T., el contrato de trabajo está íntimamente relacionado con la estabilidad foral y, por lo tanto, al vencerse el tiempo del contrato, el empleador tiene la potestad, independientemente del fuero, de prorrogarlo o no. La terminación del contrato de trabajo por expiración del tiempo acordado no necesita ser calificado como justa causa por el juez laboral en los procesos de levantamiento del fuero sindical.

En el artículo 411 del C.S.T. se relacionan las causales en las que no se requerirá de la previa calificación judicial para terminar el contrato de trabajo de un trabajador aforado, el cual excluyó el contrato de trabajo a término fijo. De ahí que el fuero sindical no puede seguir la interpretación de la norma general de la terminación de los contratos de trabajo a término fijo en razón al cumplimiento del plazo pactado bajo la luz de la protección de la estabilidad foral.

Desde la lectura de lo consagrado en la Constitución Política, en el fuero como una garantía del derecho de asociación, debe prevalecer la representatividad sindical y su protección foral ante la terminación del contrato de trabajo. En estas circunstancias, aunque un trabajador aforado tenga contrato a término fijo, deberá prorrogarse su duración en la medida que el trabajador esté aforado.

No obstante, para los altos tribunales, en los contratos de trabajo a término fijo en los que el trabajador adquiere el fuero sindical prevalece el plazo pactado ante esta garantía. Así, la Corte Constitucional (Sentencia T-116/09) reiteró lo sostenido por tribunales y la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a que el reintegro en los contratos a término fijo en virtud de la garantía foral no es posible, “ya que éstos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley”, siendo reiterado por la Sentencia T - 1334 de 2001.

La Corte Suprema de Justicia (C.S.J. S.L. RAD. 34142/09, Col) estableció que la garantía del fuero sindical en el caso de los contratos de trabajo a término fijo no se transgrede cuando su finalización se produce por uno de los modos de terminación establecido en la ley, como lo es el cumplimiento del término establecido en el contrato de trabajo. De acuerdo con este pronunciamiento judicial, se debe dar prevalencia a la autonomía de las partes, dejando de lado la esencia de esta garantía, la cual es la protección del derecho de asociación sindical.

El fuero sindical en el C.S.T. fue construido sobre la base de la preexistencia de la relación de trabajo como requisito para el ejercicio del derecho de asociación sindical. El artículo 411, que reglamenta la terminación del contrato de trabajo sin previa calificación judicial, no contempla los contratos de trabajo a término fijo. Cuando la Ley 50 de 1990 modifica el modelo de relación de trabajo, hace prevalecer el contrato a término fijo sobre el de duración indefinida, lo que implicó una negación del ejercicio pleno del derecho de asociación sindical por estar supeditado (de acuerdo con el C.S.T.) a la existencia y duración de la relación de trabajo.

La Corte Constitucional en distintos pronunciamientos ha reflejado posiciones contrarias en cuanto a la garantía del fuero sindical y los contratos de trabajo a término fijo, por obra o labor contratada, ocasional o transitorio. En las sentencias T-029 de 2004 y T-1108 de 2005 se estableció la necesidad de agotar el procedimiento de levantamiento del fuero sindical de los trabajadores vinculados laboralmente por periodo determinado por considerar que este acto podría ser producto de una discriminación sindical.

La Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de este artículo (Sentencia C- 263 de 2019) se declara inhibida por razones de falta de certeza, especificidad y suficiencia de los cargos de inconstitucionalidad formulados, en tanto no era aplicable a otras formas de vinculación laboral como a los contratos de trabajo a término fijo. Esta situación resulta incomprensible al provenir de un órgano judicial cuya misión es velar por la constitucionalidad de las normas en el Estado de Derecho; más aún cuando con ella se desconoce la importancia para la garantía del ejercicio de asociación sindical de todos los trabajadores en aplicación de los convenios de derechos humanos en nuestro ordenamiento interno (art. 93 C.P.).

Si se tiene en cuenta que la terminación por vencimiento del plazo pactado en los contratos de trabajo a término fijo por sí misma no constituye una causal objetiva en consideración a que está sujeta a la voluntad o del empleador o del trabajador de no prorrogarlo (C.S.J. S.L.586-2020, Col), cuando se presenta la figura del fuero sindical, la causal objetiva que debe considerarse para la terminación del contrato de trabajo debe ser la desaparición de las causas que le dieron origen al contrato de trabajo; de lo contrario, si ellas subsisten, se deberá extender el término pactado en virtud de la garantía del fuero sindical.

El C.S.T. supedita el contrato de trabajo al fuero sindical, contradiciendo el contenido la Constitución nacional y el Convenio 87 de la OIT. El ejercicio del derecho de asociación sindical no puede estar sujeto a ninguna categoría de vinculación jurídica y la estabilidad que otorga la garantía del fuero sindical no puede ser analizada bajo otros presupuestos diferentes a los consagrados por la C.P. y los convenios de OIT.



## II. EL FUERO SINDICAL Y EL PERÍODO DE PRUEBA DE LOS TRABAJADORES PARTICULARES

En la redacción originaria del C.S.T., los trabajadores en período de prueba no podían formar parte de la directiva sindical y, por tanto, no gozaban del fuero sindical. La Ley 584 de 2000 al modificar el artículo 388 del C.S.T. estableció los requisitos para ser miembro de la junta directiva, siendo los estatutos los que determinen las condiciones de ingreso. Al suprimir la prohibición que recaía sobre los trabajadores que estaban en periodo de prueba de pertenecer a la junta directiva, hoy, estos trabajadores pueden gozar plenamente de la garantía foral del artículo 406 del C.S.T.

La autonomía sindical reconocida por el Convenio 87 de la OIT es la determinante de las condiciones para ser miembros de las juntas directivas de los sindicatos, razón por la cual es plausible que los trabajadores cuya vinculación esté sujeta a periodo de prueba puedan pertenecer a los órganos de dirección de un sindicato y, en consecuencia, gozar de fuero sindical, aún más cuando el artículo 406 del C.S.T. no establece ninguna diferenciación de los trabajadores para gozar de esta garantía foral. En este contexto, ¿se requiere de autorización judicial previa para dar por terminado un contrato de trabajo de un trabajador que goza de fuero sindical en periodo de prueba?

El periodo de prueba es un elemento del contrato de la relación de trabajo cuyo único objetivo es verificar si ese trabajador puede o no ejercer la labor para la cual está siendo contratado; sin embargo, si el trabajador ejerce el derecho de asociarse o fundar una organización sindical, no puede el empleador bajo el pretexto de que no cumple con las expectativas que se tenían dentro de la relación de trabajo; desvincularlo sin el respectivo levantamiento del fuero sindical, de lo contrario, sería cuestionable. La controversia en esta situación en particular surge en determinar si la desvinculación del trabajador realmente obedece al no cumplimiento de las expectativas para el empleo contratado o por motivos del ejercicio de la libertad sindical; controversia que deberá ser dirimida a instancias judiciales en aplicación del Convenio 98 de la OIT y la Constitución Política.

## III. EL FUERO SINDICAL Y LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DEL CESE COLECTIVO DE ACTIVIDADES

El artículo 450 del C.S.T. en su numeral 2º (art. 65 de la Ley 50 de 1990) dispone que no será necesaria la calificación judicial para despedir a un trabajador aforado sindicalmente cuando se trata de paros o suspensiones colectivas de trabajo declaradas ilegales. Conforme a la Ley 1210 de 2008, la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de actividades le corresponde en primera instancia a la sala laboral de los tribunales superiores de distrito, y en segunda, a la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Desde la lectura de la C.P. y los convenios de la OIT, la medida que contempla el artículo 450 del C.S.T. para el trabajador aforado que participó en el cese de actividades declarado ilegal de termi-

nar su contrato de trabajo sin requerir la autorización judicial previa, es contraria a los principios de la libertad sindical, por ser una medida que le perjudica por su acción sindical (OIT, 2018) y, por ende, un acto de discriminación antisindical.

Esta situación fue abordada por la Corte Constitucional (Sentencia SU-598/19, Col) al pronunciarse sobre la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades de ACDAC en la empresa Avianca, en la cual ordena el reintegro de los trabajadores despedidos a fin de garantizarles el derecho de asociación sindical y el debido proceso.

Respecto de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades y el despido de los trabajadores que participaron en ella, es necesario que se demuestre la participación del trabajador a través de un debido proceso que le garantice su derecho de defensa a fin de no ser contrario a los postulados del Comité de Libertad Sindical en aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT y en el ejercicio legítimo del derecho de huelga. Los trabajadores no pueden ser sancionados por la participación en las actividades que se derivan del ejercicio del derecho de asociación sindical.

Recientemente, en la SL1947-2021, la Corte Suprema de Justicia determinó que en el caso de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, como es lo correcto, cuando se habla del derecho de huelga, la desvinculación de los trabajadores por haber participado en dicha acción sindical solo sería procedente si dicha participación se produjo con hechos de violencia; por lo tanto, si un dirigente sindical con fuero sindical participó o dirigió una huelga en la que posteriormente fue declarada el cese de actividades ilegal, no podrá ser desvinculado si no se demuestra su participación en los actos de violencia que llevan a esta declaratoria.

#### **IV. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES PENSIONADOS**

El reconocimiento de la pensión como justa causa para la terminación del contrato de trabajo fue reglamentada por el Decreto 2245 de 2012, aplicable tanto al sector público como al privado, siendo una causal que en términos de la Corte Suprema de Justicia “otorga al empleador la posibilidad de usarla cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, es decir, en cualquier momento” (SL3108-2019), facultado por lo consagrado en el artículo 62 del C.S.T.

Entre las causales que consagra el artículo 410 del C.S.T. para que el juez autorice el despido de un trabajador con fuero sindical se encuentra, por un lado, la liquidación o clausura definitiva de la empresa, la suspensión total o parcial de actividades del empleador por más de 120 días y la configuración de las causales enumeradas en el artículo 62 del C.S.T., es decir, las justas causas para la terminación del contrato de trabajo.

El Código Procesal del Trabajo en su artículo 118 A establece que las acciones que emanan del fuero sindical (acción de levantamiento, acción de reintegro o de reinstalación) prescriben en dos meses, así: para el trabajador, contados a partir de la fecha de despido, traslado o desmejora, y para el empleador, desde la fecha que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa, o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario, según el caso. Así, esta norma no hace ningún tipo de excepción para la aplicación de las justas causas para la terminación del contrato de trabajo consagradas en el artículo 62 C.S.T.

El otorgamiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, contenida en el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T., es una causal a la que según la jurisprudencia constitucional no le es aplicable los términos de prescripción del artículo 118 A, *por lo que el empleador, “al tratarse de aquellas [causales] que se prolongan y cuyo fundamento no desaparece con el transcurso en el tiempo, es que la misma se pueda interponer en cualquier momento”* (CC, Sentencia T-606/17, Col).

Bajo estos presupuestos, para la Corte Constitucional, el reconocimiento de la pensión como causal de retiro, en tratándose de la garantía del fuero sindical, es imprescriptible, en razón de que el reconocimiento de la pensión de vejez no se trata de un incumplimiento de las obligaciones contractuales o de una conducta que tenga un impacto en el desempeño del trabajador, por consiguiente, puede configurarse como una circunstancia natural producto del paso del tiempo y en concurrencia de cierto requisito.

En este mismo sentido, para la Corte Suprema de Justicia (SL3108-2019, Col), la terminación del contrato de trabajo de un trabajador al que se le reconoce la pensión de vejez no le es aplicable el principio de inmediatez en cuanto a los términos prescriptivos por tratarse de una causal objetiva que no se relaciona con la conducta del trabajador, por lo que no es posible valorarla como ocurre con las demás casuales del artículo 62 del C.S.T.

En otras palabras, para la Corte, el reconociendo de la pensión como justa causa para solicitar el levantamiento del fuero sindical se extiende en el tiempo y su fundamento no desaparece por el transcurso del mismo. En razón de ello, no le son aplicables los términos de prescripción de las acciones que nacen del fuero sindical<sup>1</sup>. De ahí que el empleador en cualquier momento puede aplicar dicha causal para solicitar el levantamiento del fuero sindical sin importar el tiempo que haya concurrido.

---

<sup>1</sup> En Sentencia STL 6099 de 2021 del 26 de mayo, la Sala Laboral insiste en la no aplicabilidad de la prescripción en los casos del reconocimiento de la pensión de vejez.

Los anteriores criterios interpretativos de las altas Cortes desconocen no solo el derecho procesal, que es de orden público, sino también configura una flagrante violación a la garantía del derecho de asociación sindical en Colombia. Veamos:

Establecer que los elementos de prescripción de cualquier derecho o acciones que pueda ejercer el trabajador no serán aplicables so pretexto de su extensión en el tiempo y en que su fundamento no desaparece, es adecuar la unilateralidad de la vinculación laboral y supeditarla al buen comportamiento del dirigente sindical. Si el trabajador aforado pensionado desarrolla excelentes comportamientos acorde con los intereses de la empresa, no se le inicia el levantamiento del fuero sindical, sin embargo, si su actividad sindical no se ajusta a los intereses del empleador, en cualquier momento este podría solicitar la autorización de despido para finalizar el vínculo contractual.

Es pertinente insistir en que el artículo 62 del C.S.T. no hace ninguna clasificación de las causales para finalizar con justa causa el contrato de trabajo, todas son válidas y tienen igual valor en su aplicabilidad frente a la prescripción. Así las cosas, ¿será que la acción de prescripción para el trabajador cuando sea despedido sin el previo levantamiento del fuero sindical tampoco operará bajo la interpretación de la jurisprudencia?

La causal de terminación del contrato por el reconocimiento del derecho a la pensión de un trabajador aforado no puede tener un tratamiento diferenciado por tratarse del ejercicio del derecho asociación sindical. La representación que otorga el fuero sindical surge de la organización sindical como un derecho colectivo de los trabajadores. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical (OIT, 2018, nota 1109) ha señalado que la terminación de un vínculo laboral por jubilación obligatoria cuando se trata de actividades sindicales lícitas constituye un acto de discriminación por su actividad sindical, situación protegida por el Convenio 98 de la OIT.

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en su “interpretación racional” están confundiendo las características propias de una pensión con vocación de permanencia y la facultad que tiene el empleador para invocar dicha causal cuando lo estime conveniente. Si se aplicara esta misma línea argumentativa en las otras causales del artículo 62 del C.S.T, se encontraría, a modo de ejemplo, que la violencia por parte del trabajador hacia el empleador, o el engaño, son causales que también tienen elementos de permanencia, no obstante, aún mantienen los términos para la prescripción de la acción de levantamiento.

Argumentar que el reconocimiento de la pensión a un trabajador como causal para levantar el fuero sindical en cualquier tiempo “no va en detrimento del derecho de asociación sindical [por no operar] de manera automática sino que solo habilitaría al juez laboral para que luego del debate dentro del proceso de levantamiento del fuero sindical determine si se configure la justa causa” (C.S.J. S.L. SL3108-2019, Col), es desnaturalizar el derecho de defensa y el debido proceso en el levantamiento del fuero sindical frente a los términos de prescripción. ¿Cómo podría ejercerse una defensa en un proceso cuya finalidad está previamente determinada?

La necesidad de levantar el fuero sindical de los trabajadores aforados cuando se le reconoce la pensión se estructura en que el ejercicio del derecho de asociación sindical y su garantía no está sujeto a la existencia de una relación de trabajo. El concepto “trabajador” contenido en el Convenio 87 involucra a toda persona sin ninguna distinción, sin importar su vínculo jurídico, pues “todos los trabajadores deberían poder gozar del derecho a la libertad sindical con independencia del vínculo contractual, bajo el cual se hubiere formalizado la relación de trabajo” (OIT, 2018, nota 327); más aún cuando el fuero constituye la garantía de la organización sindical y no de los representantes de los trabajadores en términos del derecho de asociación, en virtud del Convenio 135 de la OIT.

La estabilidad laboral de la cual se deriva en el fuero sindical obedece a que el dirigente sindical actúa en nombre de los trabajadores y por su pertenencia a la organización. A un trabajador pensionado que goza de fuero no se le podrá aplicar la pensión como justa causa, toda vez que él actúa en nombre de la representación de los trabajadores y no de su relación individual de trabajo. En este orden, la causal aplicable para terminar la vinculación laboral de un trabajador pensionado, cuando aún subsistan las causas que le dieron origen a su vinculación, deberá ser, entonces, una causa disciplinaria, que provenga de la conducta del trabajador y no de su ejercicio sindical. Si no fuera así, la garantía del derecho de asociación sindical estaría en manos de la voluntad unilateral del empleador.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión a un trabajador por vejez se diferencia de lo consagrado originariamente en el artículo 62 del C.S.T. respecto de la jubilación. La causal de otorgamiento de jubilación se introdujo cuando era el empleador quien otorgaba la pensión y no una entidad externa que tiene en cuenta todas las semanas laborales con diferentes empleadores. De aquí que esta causal no hace referencia hoy a un solo empleador; por ello, cuando la jurisprudencia establece que para esta causal no opera el término de prescripción de la acción de levantamiento del fuero sindical, está desconociendo, primero, la ley que no consagra ninguna excepción y, segundo, desconoce el argumento histórico bajo el cual esta causal fue construida sobre la base de la relación estable con un solo empleador.

En este caso, es necesario que se interprete la causal de terminación del contrato de trabajo por adquirir la pensión, es decir, que el empleador quien tiene la facultad de solicitar el levantamiento de fuero sindical sea aquel bajo el cual el trabajador cotizó la totalidad de las semanas, bajo un mismo empleador, de acuerdo con lo establecido en el C.S.T.

La jurisprudencia que desconoce los términos de prescripción legal para el levantamiento del fuero sindical por parte del empleador en la causal del reconocimiento de pensión, se está apartando de lo consagrado en el artículo 230 de la C.N. y los criterios de interpretación de la ley laboral en aplicación del principio del *in dubio pro operario* frente al ejercicio del derecho de asociación sindical. Adicionalmente, se puede señalar:

1. El reconocimiento de la pensión de vejez debe obedecer al tiempo del servicio prestado por el trabajador a la empresa que pretenda levantar el fuero sindical y no a la pensión que es otorgada por una entidad que tan solo acumula semanas cotizadas indistintamente del empleador, por consiguiente, esta causal no sería procedente para la solicitud de levantamiento de fuero sindical.

2. Del análisis de la mayoría de las causales contempladas en el artículo 62 del C.S.T. en su literal a), estas obedecen a elementos de tiempo. Cuando se establece, por ejemplo, como justa causa todo vicio del trabajador que perturbe la indisciplina del establecimiento o el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales, son causales que se materializan en un determinado lapso tiempo; así, si una de estas causales se configuró dos meses atrás de la fecha en que se conoció, ¿será aplicable el fenómeno de la prescripción?

Lo que describe el artículo 62 del C.S.T. no hace diferencia alguna en cuanto a su configuración, por lo tanto, en tratándose del levantamiento del fuero sindical, cada una de las causales debe obedecer al término de prescripción contado desde su configuración. La jurisprudencia no es la llamada a modificar los términos procesales; de lo contrario, estaríamos en manos de los jueces, de acuerdo con el caso particular, lo que eventualmente podría desconocer el derecho de defensa, más aún si se modifica los preceptos legales.

Finalmente, la prescripción obedece a razones de seguridad jurídica que permite desarrollar el derecho de defensa y debe operar en términos de igualdad para las partes de la relación de trabajo. En consecuencia, si se sigue los parámetros de la Corte, no se podría plantear la imprescriptibilidad de una causal para la acción de reintegro o reinstalación por parte del trabajador. El término de dos meses para levantar el fuero sindical hace parte del derecho de defensa dentro del ejercicio del derecho de asociación sindical, ya que de conformidad con el Comité de Libertad sindical (OIT, 2018, nota 1104 y ss.), el despido de un trabajador por su afiliación sindical y su actividad viola los principios de la libertad sindical, como lo sería el caso de la jubilación.

## V. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES NO SUBORDINADOS

De conformidad con el Convenio 87 de la OIT, los trabajadores sin ninguna distinción pueden ejercer el derecho a libertad sindical. El término «sin ninguna distinción» significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase, es decir, el ejercicio de la libertad sindical no está sujeto a la naturaleza del contrato, como lo ha considerado el Comité de Libertad sindical (OIT, 2018, nota 315 y ss.). En estos términos, las personas que prestan un servicio a una empresa con una vinculación diferente a la laboral pueden ejercer el derecho de asociación sindical y también gozar de la protección del fuero sindical.

El artículo 5º del C.S.T. al establecer que las normas del proteccionismo laboral son aplicables a los trabajadores con contrato de trabajo o subordinados, materializa una discriminación frente a

los trabajadores no subordinados, en cuanto limita el derecho de asociación sindical en virtud de lo dispuesto en el artículo 353 del código laboral. La contradicción que se presenta entre el C.S.T. y los convenios de la OIT que hacen parte de nuestra legislación interna se resuelve aplicando los convenios de derechos humanos. De ahí es dable afirmar que en Colombia cualquier trabajador, sea este subordinado, no subordinado, autónomo, tercerizado, flexibilizado, cooperado, etc., puede ejercer el derecho de asociación sindical.

En este contexto, ¿los trabajadores no subordinados, autónomos o vinculados por cualquier otra figura distinta a la laboral, como la administrativa, civil o comercial, pueden gozar de fuero sindical? La respuesta a este interrogante nace de la lectura e interpretación del C.S.T. desde el contenido de la Constitución de 1991, por lo tanto, sí pueden ejercer el derecho de asociación sindical, gozar de la protección foral y de la estabilidad laboral en medio de su contrato o su situación jurídica.

En el caso de una persona vinculada por contrato de prestación de servicios, o a través de cualquier otra figura que no sea laboral, que forme parte de la junta directiva de un sindicato y cuyo contrato sea terminado por incumplimiento de las cláusulas contractuales, podría iniciar una acción de reintegro por fuero sindical, sobre la aplicación, si es del caso, del principio de primacía de la realidad a fin de lograr la aplicabilidad del C.S.T. frente a la garantía foral.

En el evento, de que esa vinculación contractual no oculte una verdadera relación de trabajo, el trabajador podría iniciar la correspondiente acción de reintegro sobre la base que el ejercicio del derecho de asociación sindical consagrado en la Constitución y el Convenio 87 de la OIT le reconoce la garantía foral, por su calidad de representante, por lo tanto, el contratante debió haber solicitado su desvinculación ante un juez laboral. Ahora bien, ¿bajo qué justas causas podría solicitarse el levantamiento del fuero sindical? Sobre el particular, el C.S.T. no fue construido para este tipo de contratos, lo cual no exime de la responsabilidad para la garantía foral; por ello, es necesario que se reglamente la protección del derecho de asociación sindical en Colombia más allá de la vinculación laboral.

## **VI. LA ESTABILIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES PARTICULARES Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL**

Se ha denominado fuero circunstancial a la estabilidad que consagra el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 10 del Decreto 1373 de 1966 para los trabajadores que presenten pliego de peticiones quienes no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada<sup>2</sup>. Esta protección,

---

<sup>2</sup> La Corte Suprema de Justicia por medio de la SL 415-2021 del 27 de enero de 2021, con ponencia del magistrado Iván Mauricio Lenis, reconoce de manera expresa que la multifiliación sindical no configura un abuso del derecho. En caso de presentarse pliego de peticiones procede la protección del derecho de la negociación y afiliación sindical a través del fuero circunstancial.

no es un fuero sindical propiamente dicho, sino una garantía para el ejercicio de la negociación colectiva que se reconoce a todos los trabajadores, sindicalizados o no, durante las etapas de negociación colectiva y hasta su solución de definitiva.

La Corte Suprema de Justicia en su sala laboral (C.S.J. S.L., radicado n.º 19758, Col) ha reconocido que la figura del fuero circunstancial es un mecanismo que protege durante el término de las etapas para el arreglo del conflicto colectivo de trabajo a los trabajadores que pertenecen a la organización sindical que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones. Posteriormente precisó que “si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones la negociación colectiva no otorga estabilidad laboral si existe justa causa comprobada” (C.S.J. S.L.317-2019, Col). Acorde con este pronunciamiento, se le estaría dando una interpretación diferente a la norma, pues el precepto legal no contiene una regla en cuanto a la ocurrencia de los hechos si son o no concurrentes con la negociación colectiva.

En efecto, la anterior interpretación jurisprudencial atenta contra el derecho de asociación sindical y negociación colectiva. Es de resaltar que la finalidad de esta garantía es proteger a los trabajadores con una estabilidad durante el proceso de negociación, y justificar una justa causa ocurrida antes del proceso de negociación como causal para la desvinculación de un trabajador materializaría un acto de discriminación sindical, de conformidad con el artículo 2º del Convenio 98 de la OIT. Si se configura la causal de terminación del contrato de trabajo, es deber del empleador, en virtud del principio de la inmediatez, proceder de conformidad con el tiempo en que esta se presentó y no esperar para que, en medio de negociación colectiva, se justifique la terminación de un contrato de trabajo bajo una causal que se extinguió en el tiempo.

De acuerdo con la Sentencia SL462-2021, para que exista el fuero circunstancial debe materializarse un conflicto colectivo de trabajo, y este se presenta cuando la organización sindical presenta un pliego de peticiones, aunque el empleador se niegue a negociar y posteriormente adelante la negociación.

La aplicación del fuero circunstancial o el mecanismo de estabilidad relativa para proteger a los trabajadores durante la negociación colectiva solo para los miembros del sindicato negociador se aleja del sentido del legislador plasmado en el artículo 25 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que otorga esta garantía a “todos los trabajadores” que hubieren presentado un pliego de peticiones. En consecuencia, no es dable reducir la protección para la negociación colectiva a los afiliados al sindicato negociador; caso contrario sería excluir de esta garantía de estabilidad laboral a aquellos trabajadores no sindicalizados y que por ley podrían acogerse a la convención colectiva o a quienes se beneficiarían de la aplicación automática (artículos 470 y 471 del C.S.T.).



Así, de conformidad con los criterios del Comité de Libertad Sindical, las organizaciones sindicales no solamente representan a sus afiliados sino también a los trabajadores no afiliados a una empresa (OIT Trabajo, 2018)<sup>3</sup>, la protección de estabilidad debe ser interpretada a favor de todos los trabajadores a quienes se les aplique la convención colectiva y no tener como limitación la afiliación sindical.

En definitiva, la estabilidad en la negociación colectiva cobija a todos “los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones”, comprendiendo este concepto a los afiliados al sindicato o a los no sindicalizados. Así mismo, esta protección opera desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo de trabajo, ya sea mediante la firma y depósito de la convención o quede ejecutoriado y depositado el laudo arbitral, si fuere pertinente o en aquellos casos en los que se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo.

La finalidad de esta protección es amparar a los trabajadores para no ser despedidos sin justa causa, desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo. Por no consagrar la ley un trámite especial, si el empleador va a terminar la relación de trabajo de un trabajador que va a ser beneficiario de la negociación colectiva, debe solicitar autorización ante el juez de trabajo a través de un proceso ordinario.

Otro de los aspectos relevantes de esta garantía es lo relacionado con su temporalidad. De conformidad con la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 14066-2016, su aplicación no puede operar cuando el proceso de negociación se haya estancado por “un periodo prolongado”. ¿Qué se entiende por un periodo prolongado? Esta interpretación es contraria a lo que expresamente consagra la normatividad laboral al respecto. El artículo 25 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 claramente establece el término durante el cual se puede gozar de la protección durante la negociación colectiva, es decir, este debe ser aplicable desde la fecha del pliego de peticiones hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.

Finalmente, en cuanto a la garantía circunstancial de los trabajadores no sindicalizados que ejercen la negociación colectiva firmando un pacto colectivo, habría que resaltar lo siguiente:

---

<sup>3</sup> “**Nota 944.** La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

De acuerdo con los criterios del Comité de Libertad Sindical (OIT, 2018, nota 1342) y la comisión de expertos de la OIT, si en una empresa hay organización sindical, sea este mayoritario o minoritario, no puede haber negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados.

En caso que no exista una organización sindical en la empresa, es posible que los trabajadores presenten un pliego de peticiones en virtud de lo consagrado en el artículo 481 del C.S.T., no obstante, es necesario recordar que si bien el código laboral pretende equiparar la negociación colectiva de un sindicato con un grupo de trabajadores no sindicalizados, esta negociación es individual, en consecuencia, no sería aplicable el fuero circunstancial, consagrado en el Decreto 1072 de 2015, al pacto colectivo por ser una garantía propia de la negociación colectiva de las organizaciones sindicales.

## VII. EL FUERO SINDICAL Y LA FUNDACIÓN DE LOS SINDICATOS (FUERO DE FUNDADORES)

La normatividad laboral establece que una vez se realice la asamblea de constitución de una organización sindical, esta debe comunicarse al empleador y al inspector de trabajo (art. 363 del C.S.T.). La comunicación al empleador es considerada por la Corte Constitucional como el mecanismo que le permite la oponibilidad, es decir, el conocimiento que debe tener el empleador sobre la fundación y el nombre de los integrantes de la organización para efectos del fuero sindical de fundadores.

(...) la Sala observa que (i) si el sindicato le notificó por escrito al inspector de trabajo y al empleador, el fuero sindical es oponible a este último desde la fecha de la primera comunicación, según lo dispone la sentencia C-465 de 2008. A su vez, (ii) si el sindicato le notificó al inspector de trabajo y no al empleador, el fuero sindical solo será oponible a este último, cuando conozca efectivamente de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o miembros de Junta Directiva, mediante la notificación realizada por el Ministerio de Trabajo o por información proveniente directamente de la organización sindical. En el caso (iii) de que el sindicato no comunique ni al Ministerio ni al empleador, la protección foral no puede activarse. (CC, Sentencia T-303/18, Col)

La falta de comunicación por parte de la organización sindical al empleador, según el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, impide que el empleador no pueda oponerse al reconocimiento del fuero sindical, en este caso, del fuero de fundadores. Esta premisa jurisprudencial desconoce los principios de la garantía foral, toda vez que la comunicación es un elemento de cortesía y formalismo, en razón a que el artículo 406 del C.S.T. establece que el fuero sindical de fundadores empieza de regir desde la fecha de la asamblea constitutiva (acta de fundación –art. 364 CST–) y no desde su comunicación.

Es suficiente dar lectura al artículo 363 del C.S.T. para establecer que el acto de la comunicación no otorga el fuero sindical de fundadores. Situación distinta para el caso del fuero sindical de junta directiva, en el que se requiere de la comunicación para que pueda nacer la garantía foral de junta

directiva. En consecuencia, establecer jurisprudencialmente la oponibilidad como requisito para gozar del fuero sindical de fundadores, so pretexto de que el empleador debe conocer el nombre de los trabajadores, para no desvincularlos, constituye una intolerancia en contra del Convenio 98 de la OIT. Por ello, es imposible que un empleador con todo el control de información que tiene en la empresa coincida con que la terminación de los vínculos laborales sea a los trabajadores fundadores de un sindicato.

Así como está desarrollado por la jurisprudencia, el criterio de la oponibilidad, más bien parece un elemento restrictivo de la garantía foral. La no comunicación al empleador de la fundación del sindicato no implica la inexistencia del fuero sindical conforme a lo anteriormente expuesto.

## VIII. EL FUERO SINDICAL Y LA MULTIAFILIACIÓN SINDICAL

Cuando la Corte Constitucional mediante las sentencias C - 567 del 2000 y C - 063 de 2008 declara inexecutable el artículo 357 del C.S.T. que establecía la prohibición de coexistencia en una empresa de más de un sindicato de base, y se extrae del ordenamiento el artículo 360 *ibídem* mediante su declaratoria de inexecutable a través de la Sentencia C - 797 del 2000, que prohibía ser miembro a la vez de varios sindicatos, se dio prevalencia al Convenio 87 de la OIT, que reconoce el derecho de asociación sindical positivo, es decir, que los trabajadores y los empleadores sobre la base de la libertad de asociación tienen la capacidad de fundar o afiliarse a las organizaciones sindicales que estimen pertinentes.

En consecuencia, un trabajador puede fundar o afiliarse a un sindicato según su propia voluntad. La decisión del monopolio sindical o del pluralismo sindical está en cabeza de la voluntad de los trabajadores, por lo tanto, un trabajador podría estar afiliado a varios sindicatos y ser miembro de varias juntas directivas sindicales, toda vez que su afiliación le da el derecho de elegir y ser elegido. En este contexto, si el trabajador pertenece a varias juntas ¿directivas, tiene derecho a varios fueros sindicales? La respuesta es compleja.

Si el trabajador se encuentra afiliado a varios sindicatos de una misma empresa, bastará con levantar el fuero sindical de una de las organizaciones sindicales a la que pertenece. El ejercicio del derecho de asociación sindical es uno solo, que se puede manifestar en varias afiliaciones sindicales según el interés que pueda tener el trabajador. La multiafiliación sindical, siendo miembro de junta directiva de esos sindicatos, por ejemplo, le otorgará al trabajador el fuero sindical de todas las juntas directivas, no obstante, habrá una unidad del fuero sindical frente a la garantía para el ejercicio del derecho de asociación sindical.

Si el trabajador está afiliado a varios sindicatos, como de empresa, gremial o industrial, pero que tienen su actividad sindical en una misma empresa, la respuesta sería igual con la anterior. Será suficiente levantar el fuero sindical de algunas de las asociaciones para que cesen los otros fueros sindicales.

En el caso de que el trabajador esté afiliado a varias organizaciones sindicales diferentes a la de la empresa, como lo sería estar afiliado a un sindicato de industria o gremial que no actúa dentro de la empresa, la protección del fuero sindical estará relacionada con la afiliación del sindicato de empresa. En consecuencia, basta que se levante el fuero sindical del sindicato de empresa para que los otros dejen de existir.

Si el trabajador es miembro de junta directiva de un sindicato de primer grado, de segundo grado o de tercer grado, deberá levantarse el fuero sindical del sindicato de primer grado, porque es allí donde opera la relación laboral y la representación sindical. En el evento en que el trabajador no goce del fuero sindical de primer grado, pero pertenezca a la junta directiva de una federación o confederación sindical, gozará de este fuero y deberá ser levantado por la empresa en la cual tiene la relación de trabajo.

En el caso en que la multiafiliación se deba a que está afiliado a varios sindicatos como consecuencia de varias relaciones de trabajo, el fuero sindical actuará en cada una de esas relaciones de trabajo individualizadas.

## IX. EL FUERO SINDICAL DE LOS ACTORES

La Ley 1775 de 2019, por la cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, establece que esta categoría de trabajadores (inscritos o no inscritos, con título o sin título, profesionales o “amateurs” o espontáneos) tienen el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva a niveles de empresa, grupo económico, industria o rama de actividad económica.

La organización sindical de actores y actrices tiene el derecho de participar en la elaboración, implementación y evaluación de las políticas públicas culturales y laborales, incluida la formación profesional de los actores y actrices, así como en la determinación de sus condiciones de trabajo, debiendo garantizar el Estado la organización, promoción y capacitación de organizaciones sindicales.

En cuanto a sus vinculaciones laborales, el artículo noveno establece que esta puede ser una vinculación dependiente, subordinada o independiente, de forma individual o asociada. En el primer caso, se aplicará el C.S.T., y en ambos casos se aplicará la normatividad de seguridad social integral, así como de salud y seguridad en el trabajo. En cuanto a jornadas de trabajo se aplicará la Ley 1775 de 2019, siempre y cuando sea más favorable al trabajador.

La remuneración de esta categoría de trabajadores puede surgir, de conformidad con la ley, de una negociación colectiva de las organizaciones gremiales o de las organizaciones sindicales en virtud del derecho que gozan de asociarse sindicalmente.

Las organizaciones sindicales de actores y actrices igualmente podrán adoptar y publicar tarifas o precios de la referencia mínima para la remuneración de sus actividades que sirvan de orientación para el medio actoral y la industria en general. Si bien la Ley 1975 de 2019 reconoce el derecho de asociación sindical y a la negociación colectiva ¿Los actores y actrices, subordinadas o no subordinadas, dependientes o no dependientes, gozan de la garantía del derecho del fuero sindical?

La respuesta al anterior interrogante es afirmativa, tanto los actores como actrices gozan de esta garantía indistintamente de si su vinculación es subordinada o no. Es indiscutible que esta categoría de trabajadores tiene el derecho a asociarse sindicalmente y a negociar colectivamente, en consecuencia, también gozan de la garantía del fuero sindical.

## **X. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES**

De acuerdo con el informe de la OIT sobre las plataformas digitales y el futuro del trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2019), dentro de esta categoría de trabajadores se encuentran los no subordinados que estén afiliados a una plataforma que no funge como empleador. Esta modalidad representa una figura de intermediación laboral en la cual hacen desaparecer la relación de trabajo mediante un contrato o una vinculación jurídica distinta con el argumento de que las plataformas actúan como intermediarios entre el consumidor y el trabajador que se dedica a prestar un servicio, por el ejemplo, el servicio de mensajería.

En 2006 la OIT aprobó la recomendación 198 sobre la relación de trabajo, teniendo como fundamento el Convenio 95 sobre la protección de salarios. Estas normas consagran el principio de la realidad y la presunción de la relación de trabajo. En virtud de ello y en lo preceptuado por los convenios 87 y 98 de la OIT, los trabajadores de plataformas, sin importar su vinculación jurídica, pueden ejercer el derecho de asociación sindical y negociación colectiva y, en consecuencia, gozan también de la garantía del fuero sindical.

## **CONCLUSIONES**

La figura de la protección del derecho de asociación sindical en el caso colombiano fue construida en el marco de la estabilidad laboral de los trabajadores subordinados, es decir, sobre la preexistencia de la relación de trabajo. No obstante, a partir de la Constitución de 1991, la garantía que brinda el fuero sindical surge de la interpretación de los artículos 4º, 39, 53 y 93, así como de los convenios 87, 98 y 135 de la OIT. A modo de reflexión final, desde la perspectiva de la sociología jurídica, sobre la garantía foral se puede señalar:

1. La jurisprudencia del fuero sindical en Colombia ha venido deslegitimando y debilitando el ejercicio de derecho de asociación sindical, en cuanto no aplica los tratados internacionales en

materia de libertad sindical para adaptar la garantía foral a las nuevas realidades del mundo del trabajo, como lo es, a modo de ejemplo, la garantía para aquellos trabajadores no subordinados o de los trabajadores pensionados.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la figura del fuero sindical en el mismo nivel de los fueros de salud, de maternidad, de acoso laboral, y prepensionado, sin embargo, la figura del fuero sindical no puede ser comparada con ninguna de las garantías antes mencionadas, en cuanto es producto del ejercicio de un derecho colectivo y no individual. La garantía del fuero sindical se desprende de la pertenencia a una organización sindical y recae sobre los representantes de los trabajadores.

3. No es dable confundir el derecho colectivo del trabajo con los derechos individuales. La visión, análisis e interpretación son totalmente diferentes de los derechos individuales de los trabajadores. Su lectura debe partir de lo consagrado en las cartas sociales de derechos humanos y en los convenios 87 y 98 de la OIT. Llama la atención cómo algunos operadores judiciales citan tratados internacionales de derechos humanos y criterios de aplicabilidad de los órganos de control de la OIT para sustentar sus decisiones judiciales, pero la parte resolutoria se estructura sobre el derecho individual, siendo incoherente con el contenido desarrollado, evidenciando que se utiliza un fundamento de normatividad internacional como una mera referencia que adorna la decisión judicial.

4. El Código Sustantivo del Trabajo construyó una garantía denominada fuero sindical, limitando a un número de diez trabajadores para junta directiva y dos más para la comisión de reclamos. No obstante, es necesario insistir que tanto el artículo 39 de la Constitución y los convenios 87 y 135 de la OIT no establecen límites al número de trabajadores que deben gozar de esta protección. Al contrario, señalan que serán los representantes de los trabajadores elegidos por ellos mismos quienes gozarán de la mencionada protección.

5. El fuero sindical es la garantía del ejercicio de un derecho fundamental (derecho de asociación sindical), de manera real y efectiva, a través de la convocatoria y participación en una asamblea general, presentación de pliegos y negociación colectiva, reuniones, pago de cuotas sindicales, etc., y no del ejercicio de papel o de firma. Este derecho fundamental involucra dos aspectos: individual como derecho positivo y colectivo en el marco de la autonomía y en la negociación colectiva. De aquí que el no ejercicio del derecho de asociación sindical conlleva la no garantía del fuero sindical. En otras palabras, un trabajador que no ejerza el derecho de asociación sindical de manera real y efectiva no podrá gozar de la garantía que establece el fuero sindical y el fuero circunstancial.

6. La cobertura de la garantía del fuero sindical, consagrada en el artículo 405 del C.S.T, debe ser interpretada de acuerdo con la lectura del artículo segundo del convenio 87 de la OIT y la Constitución Nacional. Así, se puede afirmar que, en Colombia goza de fuero sindical todo el mundo

del trabajo que ejerza el derecho de asociación sindical, llámense trabajadores subordinados, no subordinados, autónomos, independientes, etc.

7. Analizar el discurso jurisprudencial de las altas Cortes sobre la protección que se deriva del fuero sindical o lo que el convenio 135 de la (OIT), no ratificado por Colombia, reconoce como garantía a los dirigentes sindicales, parte de lo establecido en la Constitución de 1991 en sus artículos 4, 53 y 93 y de lo preceptuado por el artículo 39 en su inciso 4º, que lo eleva a rango derecho fundamental.

No obstante, la Sala Laboral en decisiones como SL5146-2020, en la que se solicitó la protección del Convenio 135 en cuanto a la representación de los trabajadores en el Comité de convivencia laboral de una empresa, desconoció que el artículo 39 de la Constitución Política establece la garantía foral para todos los trabajadores “representantes”, y no como lo manifiesta la Corte, solamente a quienes se describen en el artículo 406 como representantes sindicales. En este caso, si bien el Convenio 135 no ha sido ratificado por Colombia, cuando se analiza el artículo 39 de la Constitución, se consagra el derecho fundamental de la protección de los trabajadores sin ninguna distinción por su condición de representante y no contempla un número límite para su aplicación.

8. La garantía del fuero sindical nace del ejercicio del derecho de asociación sindical y negociación colectiva; en consecuencia, debe prevalecer la estabilidad laboral que de ella se desprende sobre el modo de terminación de la relación de trabajo, particularmente en aquellas relaciones de trabajo a término fijo.

9. El Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1971, si bien no ha sido ratificado por Colombia, ha sido utilizado en algunas oportunidades por la Corte Constitucional como fuente directa para garantizar la prohibición de discriminación en razón de la calidad de representante de los trabajadores (CC, Sentencia C-063/08, Col) así como los criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En efecto, para el Comité de Libertad Sindical, la protección contenida en el Convenio 135 surge al momento de la contratación, esto es, desde el proceso de selección, durante el empleo y al término del empleo (OIT, 2018, nota 799). De allí que las legislaciones internas deberían contener sanciones disuasivas para garantizar el ejercicio del derecho de asociación sindical, ya sea como sistema preventivo y de reparación. La compensación no es considerada como un elemento suficiente, toda vez que además de ello debe ordenarse el reintegro de los trabajadores.

La Recomendación 143, por su parte, establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, en los cuales se incluye el despido por razón de su condición de representantes, por las actividades que adelantan en su condición, su afiliación o participación en la actividad sindical.

10. Teniendo en cuenta el interrogante planteado como punto de partida de esta investigación, se puede señalar que la jurisprudencia de los últimos años de las altas Cortes cuando versa sobre la garantía del fuero sindical ha sido restrictiva del ejercicio del derecho de asociación sindical ante la ausencia de aplicación efectiva de los convenios internacionales en materia de libertad sindical. Los operadores judiciales no han tenido en cuenta la modificación constitucional de las fuentes del derecho constitucional y sus efectos en la garantía del fuero sindical, que fue construida para otros momentos del ejercicio del derecho de asociación sindical en Colombia.

Es a partir de la Constitución de 1991 cuando se puede construir un concepto integral de la garantía del ejercicio del derecho de asociación sindical en aplicación directa de los tratados de la OIT en materia de libertad sindical. Los criterios jurisprudenciales de las altas Cortes en los últimos cinco años en torno a la garantía foral han generado efectos negativos que restringen de manera absoluta el ejercicio del derecho a la libertad sindical; más aún cuando sus decisiones en torno a la protección del derecho de asociación sindical se estructuran sobre los elementos legales y minimalista del C.S.T. alejados de los criterios constitucionales que ampliamente garantizan la representatividad de los trabajadores que ejercen el derecho de asociación sindical en Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional. Sentencia T-1334/01 [Col], 10 de diciembre de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-598/19 [Col], 11 de diciembre de 2019, M.P.: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional. Sentencia C-567/00 [Col], 17 de mayo de 2000, M.P.: Alejandro Linares Castillo. Corte Constitucional. Sentencia T-606/17 [Col], 2 de octubre de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional. Sentencia T-116/09 [Col], 26 de febrero de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional. Sentencia T-303/18 [Col], 26 de julio de 2018, M.P.: Alejandro Linares Castillo. Corte Constitucional. Sentencia T-046/09 [Col], 29 de enero de 2009, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Sentencia C-797/00 [Col], 29 de junio de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional. Sentencia C-063/08 [Col], 30 de enero de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional. Sentencia C-063/08 [Col], 30 de enero de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Suprema de Justicia. SL3317-2019 [Col], 6 de agosto de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. SL5146-2020 [Col], 7 de octubre de 2020, M.P.: Iván Mauricio Lenis Gómez. Corte Suprema de Justicia. Quevedo SL462-2021 [Col], 10 de febrero de 2021, M.P.: Clara Cecilia Dueñas. Corte Suprema de Justicia. Rn°, 11 de marzo de 2003 M.P.: Carlos Eduardo López Villegas.
- Corte Suprema de Justicia. SL2586-2020 [Col], 15 de julio de 2020, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. SL1947-2021 [Col], 19 de febrero de 2021, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. , 25 de marzo de 2009, M.P.: Camilo Tarquino Gallego.
- Corte Suprema de Justicia. SL3108-2019 [Col], 31 de julio de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *Enciclopedia jurídica OMEBA* (1984). DRISKILL.



Legis (2021). *Régimen laboral colombiano*. LEGIS.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2018). *Recopilación decisiones Comité de Libertad Sindical*. Oficina Internacional del Trabajo.

Oficina Internacional del Trabajo [OIT] (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Oficina Internacional del Trabajo.