

EDITORIAL
uninorte

EDICIÓN
59

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 59, enero - junio de 2023
<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

Alberto Madero Rincón
DECANO DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Karen Cabrera Peña
EDITORA

Laura Pérez Arteta
ASISTENTE EDITORIAL

Rosa Ortega Ruiz
MONITORA DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

Marcela Palacio Puerta,
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, COLOMBIA

Yira López Castro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI, COLOMBIA

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, CHILE

Juan Pablo Sarmiento
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, COLOMBIA

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

Maria Castilla Barea
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, COLOMBIA

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto Cerda Silva
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

Carlos Pizarro
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, CHILE

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA

Andrea Montenegro
UNIVERSIDAD EL BOSQUE, COLOMBIA

Luis Eslava
UNIVERSITY OF KENT, INGLATERRA

Hans Lindahl
TILBURG UNIVERSITY, PAISES BAJOS

José Luis Valdes
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO

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

Está incluida en:

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

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

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/rderecho@uninorte.edu.co>
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>

EDITORIAL uninorte

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
Henry Stein
Iván Yunis

Revista *de* Derecho

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

Número 59, enero - junio de 2023
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

9.....**Sujeto colectivo y reparación en el marco del derecho
internacional de los derechos humanos**

Collective subject and reparation in the framework of international human rights law

Mary Cruz Ortega Hernández
Universidad de Cartagena, Colombia

38.....**Educación propia en marco de derechos
humanos cabildo Pastos gran Putumayo**

Own education within the framework of human rights cabildo Pastos gran Putumayo

Ausberto Rodrigo Fajardo
Corporación Universitaria Remington

53.....**La debida motivación de la prueba indiciaria, relacionada
con el principio de presunción de inocencia en Perú**

*The due motivation of the indiciary evidence, related to
the principle of presumption of innocence in Peru*

Gaby Odar Cortez
Abogada independiente, Perú
Xiomara Cabrera Cabrera
Universidad Señor de Sipán, Lambayeque, Perú.

80.....**Derechos a la seguridad social reconocidos en la
jurisprudencia a los hijos de crianza en Colombia**

Rights to Social Security Recognized in Jurisprudence for Foster Children in Colombia

Sara tobar salazar
Universidad EAFIT, Colombia
Lina marcela estrada jaramillo
Universidad de San Buenaventura, Colombia

100 **Proyectos de energía renovable en el territorio indígena wayuu. Una relación desconectada**

*Renewable energy projects in the wayuu indigenous territory.
A disconnected relationship*

Carlos Manuel Guerra López
Descendiente del pueblo indígena wayuu

119 **Condiciones normativas de procedencia excepcional de privación de libertad individual en Colombia**

*Regulatory Conditions of Exceptional Origin of
Deprivation of Individual Liberty in Colombia*

Diana Marcela Trujillo
Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, Colombia

John Fernando Restrepo
Universidad de Medellín, Colombia

140 **Claves del debilitamiento de la real función social del sindicato.**

Acercamiento a las barreras en la constitución de sindicatos de rama/industria y el ejercicio de huelgas de solidaridad en tres modelos laborales latinoamericanos

Keys to the weakening of the real social function of the union. Approach to the barriers to the formation of branch/industry unions and the exercise of solidarity strikes in three Latin American labor models

Jairo Enrique Lucero Pantoja
Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins, Chile

166 **COVID-19 como enfermedad laboral dentro del ordenamiento jurídico colombiano**

COVID-19 as an occupational disease within the colombian legal order

Gustavo Nixon Delacruz Giraldo
Universidad de Manizales, Colombia

Paola Andrea Zuluaga Suaza
Universidad Santiago de Cali, Colombia

188 **Business judgment rule en Colombia mirada desde el análisis económico del derecho**

*Business Judgment Rule in Colombia:
an Approach from Law & Economic*

Lina María López Gómez
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

1218 **Populism and Democracy: An Analysis of the Outcomes of Populism**

Populismo y democracia: Un análisis de los resultados del populismo

Claudio Balderacchiu
Universidad del Norte, Colombia





**Revista *de*
Derecho**

EDITORIAL

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.59.005.784>

40 años del programa de Derecho de la Universidad del Norte

*40 years of the Law program from
the Universidad del Norte*

K A R E N I S A B E L C A B R E R A P E Ñ A

Abogada de la Universidad del Norte y doctora en Derecho de la Universidad del Rosario.
Profesora asistente e investigadora de la división de Derecho, Ciencia Política y
Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.
cabrerak@uninorte.edu.co <https://dx.doi.org/10.14482/dere.57.228.601>

Con orgullo, el año pasado el programa de Derecho cumplió 40 años de haber abierto sus puertas a la comunidad para formar abogados y abogadas. Hace más de 4 décadas, la Universidad del Norte, ubicada en el Caribe colombiano, le apostó a formar profesionales del derecho para aportar con excelencia desde las ciencias jurídicas al desarrollo de la ciudad, el país y la región.

El programa de Derecho, que en 1982 abrió sus primeros cursos con aproximadamente cincuenta estudiantes, hoy tiene en su planta docente más de 80 profesores, entre catedráticos y de planta, los cuales, además de contar con altas calidades humanas, tienen amplia experiencia académica e investigativa en las diferentes áreas del saber jurídico. La mayoría de ellos tienen formación doctoral y hacen parte de las redes de ciencias jurídicas más importantes del país y del mundo.

Son más de cinco mil los y las estudiantes que han pasado por nuestras aulas para recibir educación superior a través de las diferentes especializaciones, maestrías y doctorado en derecho que ofrece nuestro programa. Particularmente, el pregrado en derecho ha recibido 4 veces la acreditación como programa de alta calidad otorgado por el Ministerio de Educación Nacional, lo cual evidencia el gran trabajo que vienen realizando administrativos, académicos e investigadores para brindar la mejor educación.

En este sentido, es importante mencionar que nuestro grupo de investigación GIDCEP (Grupo de investigación en derecho y ciencias políticas) se encuentra categorizado con la *más alta* distinción que puede obtener un grupo de este tipo según los estándares del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación del país. Lo anterior, debido a los aportes que brindan nuestros intelectuales en la generación y producción de investigaciones históricas, teóricas y/o aplicadas sobre derecho en temas internacionales, transnacionales, nacionales y regionales de manera interdisciplinar y diversa.

Adicionalmente, el programa dispone de una unidad de prácticas y servicios a la comunidad que procura generar beneficios y soluciones a problemas de las poblaciones más vulnerables de la región, a través de estrategias académicas y de proyectos que se ejecutan por medio de cuatro frentes: prácticas profesionales, consultorio jurídico, centro de conciliación y el grupo de litigio e interés público.

En cuanto a la *Revista de Derecho*, esta ha sido y seguirá siendo una de las grandes apuestas del programa, no solo por ser una puerta de acceso al conocimiento para nuestros estudiantes, egresados y comunidad académico y científica, sino por consolidarse como una red que fomenta y consolida la producción intelectual en derecho, ciencia política y ciencias afines a nivel nacional e internacional.

Actualmente estamos clasificados en Categoría B de Publindex, sistema de indexación de revistas especializadas de ciencia, tecnología e innovación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación del país; también estamos indexados en SciELO, REDIB, DOAJ, Latindex, entre otros desatcados sistemas. Asimismo, hacemos parte de bases bibliográficas de gran prestigio para la comunidad científica como Clase, Ebsco, LexBase, Rebid y Biblat, lo que nos posiciona como una de las mejores revistas científicas del país y con gran visión a nivel internacional.

Finalmente, ahora que se han cumplido más de 40 años de labores del programa de Derecho, además de unirnos a la celebración de este gran logro, reiteramos que sigue intacto nuestro compromiso para que los investigadores del Caribe, del país y de toda la región continúen contando con este espacio académico e investigativo de calidad y excelencia.

Igualmente, seguiremos reflexionando, no solo sobre los logros alcanzados, sino sobre los grandes desafíos que surgen en este mundo globalizado para seguir contribuyendo a la enseñanza del derecho y al desarrollo de las ciencias jurídicas y afines desde el pensamiento y conocimiento críticos. Continuaremos apoyando el programa de Derecho en la ardua labor de contribuir con más y mejores oportunidades que aporten efectiva y directamente al progreso desde y para el Caribe colombiano.

Sujeto colectivo y reparación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos*

*Collective subject and reparation in the framework
of international human rights law*

MARY CRUZ ORTEGA HERNÁNDEZ

Abogada de la Universidad de Cartagena (Colombia). Doctora en Ciudadanía y Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (España). Docente Investigadora del Departamento de Bioética de la Universidad El Bosque (Colombia). mcruzortegah@gmail.com

* Este artículo recoge parte de los resultados de la investigación desarrollada en la tesis doctoral de la autora, realizada gracias al apoyo de la beca “Bolívar Gana con Ciencia” de la Gobernación del Departamento de Bolívar.

Resumen

El reconocimiento de sujetos colectivos de Derechos Humanos implica tensiones y dificultades para la teoría jurídica tradicional. La evolución de los Derechos Humanos de tercera generación y la reparación a víctimas de violaciones colectivas y sistemáticas de Derechos Humanos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de presente la existencia de este tipo de sujetos. Este trabajo realiza una aproximación a el abordaje de los sujetos colectivos de Derechos Humanos como un cambio de paradigma de la tradición jurídica occidental sobre el sujeto y el sujeto de derechos, para lo cual se realiza un análisis crítico de fuentes bibliográficas, documentales, normativas y jurisprudenciales en la materia.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos de tercera generación, sujetos colectivos, reparaciones colectivas, Derecho Internacional de Derechos Humanos, víctimas.

Abstract

The recognition of collective subjects of Human Rights implies tensions and difficulties for the traditional legal theory. The evolution of third generation human rights and reparation to victims of collective and systematic violations of human rights. The International Law of Human Rights puts forward the existence of this type of Subjects. The present work makes an approach to the concept of collective subjects of human rights as a paradigm shift of the western legal tradition on the subject and the subject of rights. for which a bibliographic, documentary, normative and jurisprudential revision on the matter will be made.

KEYWORDS

Third-Generation Human Rights, collective subjects, collective reparations, International Human Rights Law, victims.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de reparación ha implicado tradicionalmente el resarcimiento por un injusto sufrido ya sea por el incumplimiento de un acuerdo o por un daño antijurídico generado. Al introducir este concepto en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDDHH), el Estado se convierte en el directo responsable por el resarcimiento de los daños. Las violaciones a los Derechos Humanos (en adelante DDHH) son entendidas como fallas por acción o por omisión de los deberes de garantía y protección que el Estado adquiere al vincularse al Sistema Universal y a los Sistemas Regionales de protección de DDHH. Esta idea no implica mayores dificultades hasta que se presentan violaciones que afectan a colectividades y no a sujetos individuales.

La tradición eurooccidental de los DDHH se ha nutrido de una de una corriente filosófica eminentemente antropocéntrica e individualista. Esta corriente reconoce al individuo humano como centro y fin de todo lo existente. Se deja de lado el reconocimiento de otras formas de vida que no se pueden entender sin la existencia de colectividades. Colectividades que cuentan con sus propias creencias, cosmovisiones y estilos de producción y reproducción de su propia singularidad, y que pueden verse afectadas con independencia de los daños producido a sus miembros individualmente considerados a casusa de violaciones sistemáticas y generalizadas de los DDHH.

El DIDDHH que se empieza a configurar en las postrimeras de la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de las luchas de los pueblos y colectivos por su reconocimiento, ha venido a introducir lenta pero progresivamente DDHH a sujetos colectivos y respuestas reparativas frente a la violación de sus derechos. El estudio de estos nuevos elementos merece un análisis de cara a la producción de nuevos conocimientos en esta materia; de allí que este trabajo tenga como objetivo realizar una aproximación a la evolución y alcance que han adquirido en el marco del DIDDHH las nociones de sujeto colectivo de DDHH y de reparación colectiva por violación de los DDHH.

Para el cumplimiento del objetivo propuesto este trabajo se divide en dos grandes partes. La primera hace referencia a los DDHH de tercera generación como instrumentos que introducen y desarrollan la noción de sujeto colectivo. Esta parte inicia con un breve acercamiento a la construcción del concepto de sujeto que se desarrolló en el pensamiento moderno eurooccidental, para posteriormente evidenciar como el avance de los DDHH de tercera generación podría representar una ruptura con esta tradición.

En la segunda parte se realiza un abordaje del tratamiento que en el interior del DIDDHH se da al concepto de reparación. Aquí se aprecia la evolución que ha tenido este concepto, que ha pasado de estar centrado en el Estado a constituirse en un derecho fundamental autónomo de las víctimas de violaciones de DDHH. Se revisa, asimismo, cómo la noción de víctima se ha ampliado hasta integrar a los sujetos colectivos. En este recorrido se presentan algunos de los instrumentos de DDHH más destacados y relevantes para el objeto de estudio, tanto del Sistema Universal como del Siste-

ma Interamericano de Protección de los DDHH, y cierra con una aproximación al caso colombiano. Finalmente se proponen algunas conclusiones.

2. DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN Y SUJETOS COLECTIVOS. EVOLUCIÓN Y ALCANCE

La pregunta por el sujeto es la pregunta central de la modernidad occidental. La noción de sujeto tal como la entendemos hoy es radicalmente diferente de la planteada en la época clásica y medieval eurooccidental. El término “sujeto” tiene su raíz etimológica en el latín *subjectum*, que a su vez corresponde a la traducción del griego *hypokéimenon*, en donde *hipo* hace referencia a lo que está “por debajo de”, en tanto que *Kéimenon* se traduce como “aquello que yace”. El contenido clásico de la noción de sujeto hace referencia pues a lo subyacente, a la sustancia de la cual se puede predicar algo. Esta sustancia puede hacer referencia a seres humanos, objetos o conceptos, así como a entidades individuales, colectivas, materiales o inmateriales.

Solo hasta siglo XVII se empieza a plantear la noción de sujeto como aquello opuesto al objeto y cuya centralidad se encuentra en el ser humano. Hasta este momento el ser humano es considerado *zoom* o *res*. El ser humano entendido como “animal” o “cosa” participa del mundo natural y objetivo como los demás seres, pero con características especiales. No existe una diferenciación entre su existencia y el mundo material, así como tampoco entre su dimensión individual y colectiva.

Con Descartes se inaugura una nueva época en el pensamiento eurooccidental: se pasa del realismo clásico al idealismo moderno. Este autor diferencia la *res cogitans* de la *res extensa*, separa la sustancia que piensa de aquello que puede llegar a ser pensado. Así, el sujeto como sustancia se convierte en una entidad radicalmente diferente del objeto como materia sin sustancia. Aquello que piensa, al estar dotado de voluntad y conciencia, no es otra cosa más que el ser humano. El ser humano es, por tanto, el sujeto de la modernidad en contraposición al objeto.

El acto de pensar, al ocurrir en el interior de la mente del sujeto que piensa (el ser humano), se convierte en una acción individual que ocurre con independencia de la realidad material en la que el sujeto existe. Con estas premisas se sientan las bases del antropocentrismo y el individualismo que permeará el pensamiento moderno hasta nuestros días. Esta corriente del pensamiento desconoce otras formas de existencia, como las de los pueblos indígenas y tribales de América y África, que no diferencian entre sujeto y objeto y existen como realidades colectivas. De igual forma, ha tenido resistencias en el proyecto de la modernidad, en el seno del pensamiento moderno, tales como el materialismo, el romanticismo, el existencialismo, entre otras. Sin embargo, al ser adoptado el planteamiento cartesiano por la tradición filosófica liberal de Hobbes y Locke, así como por la teoría económica capitalista de Adam Smith y Ricardo, entre otros, asume una posición hegemónica que permea todas las instituciones económicas, sociales y políticas de occidente.

Con esta hegemonía del pensamiento antropocéntrico e individualista, resulta herida de muerte la idea de lo común, de comunidad y, por tanto, la existencia colectiva de lo humano vinculado como unidad con su mundo material y natural. En adelante estos conceptos serán reemplazados por el de “sociedad civil”: la unión de los individuos para la satisfacción de sus intereses. Entre la sociedad civil y los individuos debe existir un mediador que será en adelante el Estado Nacional.

Es en esta tradición del pensamiento y como producto de la modernidad occidental surge el concepto de Derechos Humanos. Los DDHH se presentan entonces como una forma más compleja de la propuesta de derechos naturales que los teóricos del liberalismo utilizan para fundamentar sus tesis. De acuerdo con ellos, los derechos naturales han existido con anterioridad a la sociedad civil y, por tanto, son previos al Estado; su función es la de proteger los mínimos fundamentales del individuo frente a los posibles abusos del Estado. Los DDHH se originan, por tanto, en la sospecha hacia cualquier asomo de la preeminencia de la dimensión colectiva de la existencia representada en el Estado. El sujeto de los DDHH será entonces un sujeto individual y evidentemente humano.

El ser humano individualmente considerado será el titular de los DDHH, así queda claramente planteado en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de EE. UU. de 1787, instrumentos consideramos como el fundamento jurídico-político de esta tradición. Es de advertirse, sin embargo, que estos instrumentos de igual forma no contemplan a toda la humanidad como sus sujetos, pues el sujeto de los DDHH será, en principio, el hombre heterosexual, blanco y propietario de tierras y bienes, aunque progresivamente se va ampliando este espectro hasta la universalización de los Derechos para todos los individuos de la raza humana.

A mediados de siglo del siglo XX experimentamos un resurgimiento de los DDHH, Como consecuencia de la barbarie a que fue sometida la civilización occidental en las dos guerras mundiales del siglo pasado, se despierta un gran interés por la conservación de la paz y la garantía de la dignidad de los seres humanos. Son ahora los Estados los que se interesan en promulgar un estatuto jurídico de protección de estos derechos.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se inicia la construcción de una rama del Derecho Internacional público denominado DIDDHH, compuesto por un Sistema Universal y Sistemas Regionales de protección, con sus respectivas declaraciones, convenios, normas e instituciones. El DIDDHH es una rama del derecho que pese a su actual complejidad es de reciente tradición; no pasa lo mismo con los derechos que protege, pues como hemos visto, los DDHH son un producto propio de la modernidad y se presentan como conquistas históricas de los individuos frente a los Estados en busca de mayores ámbitos de libertad y dignidad.

En su avance progresivo, el DIDDHH ha integrado lo que se conoce como las tres generaciones de DDHH. La tercera generación, en contraposición a la primera y segunda, que tienen como sujeto de

protección al individuo y sus familias, plantea una novedad en la tradición occidental, establece como sujetos de DDHH a entidades colectivas, no ya individuales. Estos derechos tienen como sujeto de protección, no a un individuo, sino a grupos, colectividades y a la humanidad misma. Este hecho ha tenido no pocas dificultades, no solo en el campo teórico, abriéndose la discusión entre individualistas y comunitaristas, sino al momento de la aplicación práctica, dado que los sistemas jurídicos estaban diseñados para dar respuestas a reivindicaciones colectivas.

Se presentan así, de acuerdo con nuestro criterio, dos grandes dificultades al momento de la aplicación de mecanismos de protección de DDHH colectivos. La primera dificultad tiene que ver con la introducción de derechos diferenciados en esquemas jurídicos homogeneizadores. En el campo de los DDHH y del derecho en general se ha pretendido construir un sujeto universal al que sean aplicables normas universales, independientemente de sus particularidades y sus contextos geográficos y culturales. Esta ha sido la aspiración de los grandes tratados de DDHH y se puede identificar ya desde la Declaración francesa, con la idea del “Hombre y el Ciudadano” separado de sus propias singularidades, hasta la declaración universal de 1948. Sobre esta última Herrera Flores (2011) manifiesta con claridad:

En el proceso de su redacción, sus autores se empeñaron en plantear una definición “universal” de la naturaleza humana. Ante las múltiples dificultades que suponía esta tarea y las diferentes resistencias con que se encontraron, optaron, al modo occidental-liberal de pensamiento, por abstraer las circunstancias, las plurales y distintas circunstancias en las que se desarrolla las vidas de las personas. Esta fue la razón por la que se consensuó una visión “ideal”, por no decir metafísica, de la persona. Véanse el preámbulo y el artículo 1.1. De la Declaración para darse cuenta de que lo que se está hablando es de una persona no situada, definida la margen de sus contextos sociales y personales. (p. 89)

Esta herencia del pensamiento se ha mantenido hasta hoy y planeta serias dificultades y tensiones en el momento en que diferentes grupos reivindican para sí el derecho a conservar sus propias identidades sociales, políticas y culturales y a que se respeten sus diferencias, tales como los pueblos indígenas y tribales, entre otros colectivos, como las mujeres, la población LGBTI, etc.

La segunda dificultad con la que nos encontramos hace referencia a la introducción de sujetos colectivos en sistema de sujetos individuales. La protección de DDHH, como ya se ha estudiado, ha tenido tradicionalmente como sujeto de protección al ser humano individualmente considerado.

En un mundo profundamente individualista, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos. Domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa (...) Pues bien esta filosofía individualista sigue dominando en nuestro mundo y además sin alternativas tras el fracaso del socialismo real. Se sigue afirmando que lo único realmente existente y, por tanto, valioso, es el ser humano individual. En suma, nuestro tiempo no es, pues, un tiempo propicio para justificar derechos colectivos. (López Calera 2003, p. 18)

Al margen de la discusión sobre la existencia o no de sujetos colectivos, se pueden identificar fácilmente múltiples actores colectivos en la vida política, jurídica y social, tanto en el nivel nacional como en el internacional. En este último nos encontramos con los Estados como sujeto principal del Derecho Internacional Público y como sujeto colectivo por excelencia. A su lado se encuentran otras colectividades, tales como las organizaciones supranacionales, empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones de trabajadores. Por otra parte, en el nivel nacional figuran diferentes formas de personas jurídicas: las sociedades empresariales en sus diferentes modalidades, fundaciones, organizaciones colegiadas de representación política (tales como el Parlamento, asambleas etc.), municipios, entre otras, que funcionan como entes con intereses y voluntad propia diferentes de la de sus miembros y siempre expresándose a través de representantes.

Se aprecia entonces que la vida jurídica, política y social se desarrolla con la interacción de sujetos individuales y colectivos. La existencia de estos sujetos colectivos no se cuestiona, y al ser titulares tanto de derechos como de deberes, se le asigna responsabilidad por sus actos.

Las dificultades se presentan al momento de identificar un determinado tipo de sujetos colectivos como titulares de DDHH. En el ámbito del DIDDHH existe cada día mayor reconocimiento a estas realidades. El desarrollo de los DDHH de tercera generación, al proteger los derechos a la paz, el medio ambiente y el desarrollo, entre otros, no se dirige al espectro individual del ser humano, sino a su dimensión colectiva. Reconoce a los seres humanos como seres situados en interdependencia con otros seres y un espacio geográfico, ambiental y sociocultural que debe ser protegido. De allí que progresivamente el DIDDHH haya venido introduciendo nuevas herramientas en torno a esta generación de derechos, y de esta forma configurando una nueva existencia colectiva de los sujetos de derecho.

En este desarrollo es de gran relevancia el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales establecido en el Convenio 169 de la OIT. El artículo tercero de dicho convenio estipula: "Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los DDHH y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación". Se observa que los sujetos de protección son los "pueblos" como unidad y no sus miembros individualmente considerados. La existencia de estos pueblos en el territorio determinado de un Estado supone para dicho Estado obligaciones. Estas obligaciones hacen referencia, entre otras, a la protección de su existencia como pueblo, a la garantía de sus derechos y el respeto por su cosmovisión, así como a la obligación de la consulta previa como una herramienta para la participación de las comunidades indígenas en los asuntos que puedan afectar su comunidad y su territorio. En 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que reforzó este ámbito de los DDHH.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, por su parte, además de reconocer la integralidad de los derechos individuales y sociales hace referencia expresa (a diferencia del resto de convenciones regionales sobre los DDHH) a los derechos colectivos en el entendido de que los mismo hacen parte de la tradición y las raíces de la cultura africana, aunque se reconoce su universalidad.

Así, hace referencia expresa, entre los artículos 19 al 26 de los derechos de los pueblos, a la igualdad, la autodeterminación, la libre disposición de sus recursos y riquezas, al desarrollo y a la paz.

El derecho a la autodeterminación de los pueblos ya viene contemplado en la declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 21.3 establece: “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público (...)”. Así mismo, la carta de Naciones Unidas de 1945 en su artículo 74, al referirse a los Estados, impone la obligación de administrar sus territorios no autónomos, el deber de “asegurar con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece un reconocimiento más amplio de los derechos de los pueblos; en su artículo 1 declara:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Parte en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

El pueblo así entendido se nos presenta como el principal sujeto de DDHH colectivos reconocido en el DIDHH. Sin embargo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año podemos identificar otro sujeto colectivo de DDHH reconocido en el artículo 8: los sindicatos, que tienen el derecho, entre otros, a funcionar “sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”

El derecho a la paz, por su parte, constituye la causa por la cual se crea el DIDDHH. El espíritu de la Declaración de Naciones Unidas y todo su sistema es la conservación de la paz entre los pueblos. Sin embargo, hasta 1999 se elabora un instrumento sistemático sobre este derecho en la Declaración sobre la Cultura de Paz de la Unesco. En esta declaración se identifica la paz más allá de la ausencia de guerra como la armonía entre los diferentes componentes de la sociedad: “El progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz se logra por medio de valores, actitudes, compor-

tamientos y estilos de vida propicios para el fomento de la paz entre las personas, los grupos y las naciones” (art. 2), para lo cual la educación cobra un papel central.

El derecho al desarrollo se encuentra consagrado en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de Naciones Unidas de 1969. En su artículo 1 se lee: “Todos los pueblos y todos los seres humanos, sin distinción (...), tienen derecho a vivir con dignidad y a gozar libremente de los frutos del progreso social y, por su parte, deben contribuir a él”. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el respeto por la autodeterminación de los pueblos, se convierte en la garantía del derecho al desarrollo de acuerdo con esta declaración. La misma es ampliada y desarrollada en la Declaración sobre el derecho al desarrollo adoptada por Naciones Unidas en 1986, en la cual se observa con mayor claridad la dimensión colectiva de este derecho.

Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo. (Art. 2.2)

El desarrollo solo es posible en comunidad, por lo tanto, este derecho no anima al progreso individual sino a las condiciones materiales en las cuales todos los seres humanos como colectivo pueden potenciar sus capacidades. Por su parte, la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la UNESCO de 1972 protege tanto las construcciones humanas como las de la naturaleza que tienen un valor universal para la historia, el arte, la ciencia y la belleza. Imponiendo a los Estados la obligación de establecer territorios de especial protección que garanticen este derecho para toda la humanidad.

El Derecho al medio ambiente es reconocido, entre otros instrumentos, por la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. En esta declaración se reconoce el derecho al desarrollo sostenible. Este tipo de desarrollo tiene como uno de sus principales pilares la superación de la pobreza; en su artículo 1 decreta: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. El sujeto colectivo del derecho a un ambiente sano es entonces la humanidad misma; en este sentido, debemos resaltar lo contemplado en los artículos 24 y 25 de esta declaración. El artículo 24 determina que “La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible”, en tanto que el artículo 25 dice: “La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables”. Así mismo, debemos poner atención en lo contemplado en el artículo 22:

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conoci-

tos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

Se puede apreciar cómo a más de la interdependencia entre los diversos derechos colectivos de tercera generación sus sujetos son los que están llamados a defenderlos y disfrutarlos. No se trata ya solo de una prerrogativa frente al Estado, sino que se requiere de la participación de todos en su conservación, con un especial llamado a los pueblos y comunidades que no han perdido su dimensión colectiva con el trasegar de los siglos de predominancia individualista. Los DDHH de tercera generación constituyen entonces un cambio de paradigma en la civilización occidental, que sin embargo, y por esto mismo, supone dificultades para su realización.

3. EL CONCEPTO DE REPARACIÓN A SUJETOS COLECTIVOS DE DDHH EN EL MARCO DEL DIDDHH

Un ámbito en el que se puede observar la integración del reconocimiento de los Sujetos colectivos de DDHH es del concepto de reparación que integra el DIDDHH. La reparación tradicionalmente ha sido entendida en el marco del Derecho Internacional desde dos perspectivas: como un principio básico del mismo y como una obligación de carácter secundaria de los Estados¹ frente a las violaciones o el incumplimiento de los pactos que han suscrito. Esta perspectiva deriva principalmente de la cláusula de observancia de los tratados, establecida en el artículo 26 de la Convención de Viena, *Pacta sunt servanda*²: en este sentido se ha venido aplicando este concepto en tribunales y cortes Internacionales. El concepto de reparación desde esta perspectiva está contenido y tiene un claro desarrollo en las disposiciones y mecanismos de aplicación de los tratados internacionales.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial y con el desarrollo del DIDDHH se presenta una nueva perspectiva del concepto de reparación.

Antes de la proclamación de los Derechos Humanos internacionalmente protegidos, la opinión predominante en Derecho Internacional era que los actos ilícitos cometidos por un Estado contra sus propios nacionales eran esencialmente un asunto interno y que los actos ilícitos cometidos por un Estado contra los nacionales de otro Estado sólo podían dar lugar a reclamaciones por parte de ese otro Estado, al afirmar sus propios derechos.

Desde la Segunda Guerra Mundial, con la creación de las Naciones Unidas y la aceptación de la Carta de las Naciones Unidas como instrumento principal de Derecho Internacional, el marco jurídico internacional se transformó gradualmente pasando de ser un derecho de coexistencia a ser un derecho de cooperación. La internacionalización de los Derechos Humanos fue parte de ese proceso. Con

¹ La obligación principal es, naturalmente, el cumplimiento de los pactos y acuerdos en general.

² Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos internacionales de Derechos Humanos, se reconoció que estos derechos no eran ya una cuestión de jurisdicción exclusivamente interna y que pautas persistentes de violaciones manifiestas de los Derechos Humanos justificaban la intervención internacional. Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoció el derecho de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos a interponer sus reclamaciones de resarcimiento y reparación ante los mecanismos de justicia nacionales y, en caso necesario, ante los foros internacionales. (OACDH, 2006)

En la actualidad, para el caso de los Derechos Humanos, encontramos el reconocimiento del derecho a la reparación en instrumentos tanto universales como regionales. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto inaugura la obligación por parte de los Estados de reparar a los individuos bajo su jurisdicción por violaciones a los DDHH. La obligación de reparar se deriva directamente de los compromisos asumidos por los Estados frente a este tipo de Derechos, esto es, los deberes, de garantía, respeto y protección. Ante el incumplimiento de estos deberes los individuos objeto de protección quedan legitimados para interponer recursos y obtener reparaciones, tal como se expresa en el artículo segundo de dicho pacto.

Lo anterior significa que siempre que el Estado incumpla con su obligación primaria de garantía y respeto a los DDHH procederá un recurso por parte del afectado para obtener una reparación por el daño sufrido. Este pacto introduce un cambio de perspectiva frente al concepto de reparación tradicionalmente acogido en el Derecho Internacional. No se trata ahora de la relación jurídica tradicional entre sujetos del Derecho Internacional que se ven afectados por el incumplimiento de un pacto que han suscrito, sino que la relación se da entre el Estado y un individuo miembro de este. El sujeto de reparación es el sujeto de DDHH.

De acuerdo con el artículo segundo en mención, el titular del derecho a la reparación será “toda persona”: no se especifica el carácter de esta persona. La doctrina jurídica establece la existencia de personas naturales que corresponden con los seres humanos y personas jurídicas haciendo referencia a entidades colectivas creadas por el derecho, tales como, asociaciones, fundaciones, etc. Es de advertir que este punto ha sido aclarado en la observación general número 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 2004. En esta observación se identifica a los individuos como los beneficiarios del Pacto; aunque se reconoce que algunos derechos puedan disfrutarse colectivamente, este disfrute es siempre del sujeto individual, no de un sujeto colectivo diferente de él.

Los beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto son los individuos. Si bien, a excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto, como la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden ser disfrutados colectivamente (...). (Párrafo 9)

Al remitimos a la Convención Americana encontramos que su artículo 1.2. establece: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, por lo que se reafirma la idea de que solo los seres humanos individualmente considerados pueden ser sujetos de DDHH. De acuerdo con esta interpretación, se sustraerían de este radio no solo las personas jurídicas sino los sujetos colectivos de DDHH ya estudiados. La Convención Americana sobre DDHH establece el derecho a la reparación en el artículo 63.1, como sigue:

Cuando decida que hubo violación de un Derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su Derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos Derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (...)

Se establece en este artículo el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de DDHH en el marco del Sistema Interamericano de protección, por responsabilidad de los Estados parte de la Convención. Hasta este punto tenemos entonces un Derecho a la reparación por violaciones de DDHH en el contexto del Derecho Internacional con un carácter típicamente individualista que se fundamenta en dos presupuestos: el incumplimiento de los Pactos de Derechos Humanos por parte de los Estados y el deber de reparar de los Estados ante las violaciones de Derechos por medio de la disposición de recursos efectivos. El derecho a la reparación así entendido tiene como actor central al Estado, que es aquí tanto responsable de la violación como responsable de la reparación, en la medida en que la reparación se entiende como parte del derecho a un recurso efectivo en cabeza de los individuos. De allí que el derecho a la reparación, tal como se plantea hasta aquí, es heredero de la visión individualista y antropocéntrica de los DDHH que ha caracterizado la historia reciente de la humanidad.

En los últimos años, sin embargo, el concepto de reparación por violaciones de DDHH ha evolucionado hasta el punto de constituirse en un derecho autónomo que en sí mismo encierra muchos elementos y que progresivamente, aunque de forma muy tímida, ha ido abarcando la dimensión colectiva de los sujetos de reparación. Esto se puede constatar en los diversos instrumentos internacionales que se han elaborado para definir el concepto y su contenido. El antecedente más destacado de esta evolución lo encontramos en la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” adoptada por Naciones Unidas en 1985. Esta declaración define “víctima” como:

Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus Derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (Art. 1)

De acuerdo con esta definición existen dos elementos para que una persona sea entendida como víctima. El primero consiste en que hayan sufrido daños ya sean de tipo individual o de tipo colectivo. Si bien se parte del concepto de persona para identificar a la víctima se hace una referencia específica a la persona individual o colectiva. El segundo elemento hace referencia a que esos daños se hayan producido como consecuencia de acciones o de omisiones que violen la legislación penal de los Estados. Por tanto, esta declaración hace remisión expresa a las legislaciones internas de los Estados como referente para identificar las acciones u omisiones que constituyen violaciones de DDHH. Sin embargo, más adelante, al referirse a las víctimas de abuso del poder, lo hace en los siguientes términos:

Se entenderá por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus Derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los Derechos Humanos. (Art. 18)

Se aprecia cómo en términos generales el concepto de “víctima” es el mismo, pero se diferencia por el tipo de hecho y el delito que lo configura. En este artículo se hace referencia a hechos delictivos que se sustraen de la normatividad nacional pero que constituyen violaciones a normas internacionales de DDHH. Con respecto al derecho a la reparación, la Declaración estudiada dispone lo siguiente:

Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán Derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. (Art. 4)

El contenido y alcance del derecho a la reparación queda a discreción de los mecanismos nacionales existentes. Sin embargo, se establecen unos estándares mínimos en ese sentido. Así, las víctimas deberán disponer de los derechos de acceso a la justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia.

Un segundo instrumento específico en cuanto a las reparaciones por violaciones de DDHH lo encontramos en el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los DDHH mediante la lucha contra la impunidad” adoptados por Naciones Unidas en 2005. Este instrumento presenta una definición de impunidad en los siguientes términos:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y *la reparación de los*

perjuicios sufridos de garantizar el Derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones. (Punto I) (Cursivas nuestras)

La impunidad se entiende también, de acuerdo con estos principios, como la infracción de la obligación de los Estados a reparar a las víctimas por los perjuicios sufridos. No basta con la investigación de los hechos y el juzgamiento y sanción de los victimarios, sino que se requiere la existencia de recursos eficaces para las víctimas y que las mismas sean reparadas integralmente por los daños sufridos. El derecho a la reparación de las víctimas entonces hace parte integral del concepto de impunidad. Más adelante, en lo que se entiende por estos principios como “Derecho a saber”, se presenta un derecho y un deber colectivo que tiene como titular al pueblo en abstracto, dejando por un momento de lado la idea de víctima como sujeto individual.

Cada pueblo tiene el Derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado (...). (Principio 2).

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio (...). (Principio 3).

Surge aquí lo que entendemos por derecho a la verdad, que en esencia es un derecho de carácter colectivo que tiene como sujeto al pueblo. En cuanto al Derecho a la reparación, este conjunto de principios establece lo siguiente:

Toda violación de un Derecho humano da lugar a un Derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el Derecho de dirigirse contra el autor. (Principio 31)

Observamos entonces cómo el deber de reparar se encuentra en cabeza del Estado que puede luego dirigirse contra el autor directo. La noción de reparación como un derecho cuyo titular es la víctima trae otras obligaciones para el Estado, como son: la existencia e implementación de recursos accesibles rápidos y eficaces no solo en la vía penal sino también en las vías administrativa, civil y disciplinaria, pues la reparación no se agota en el resultado de los procesos judiciales, cualquiera sea la vía que se emplee para dichas reparaciones, sino que además se pueden proponer a través de medidas legislativas y administrativas, y no solo reparaciones de carácter individual sino también reparaciones de tipo colectivo.

Los Principios y Directrices básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de DDHH y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados en abril de 2005 por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ratificados en julio del mismo año por el Consejo Económico y Social. Son el resultado de casi dos décadas de trabajos en el interior de Naciones Unidas;

tal como lo menciona Gómez Isa (2006), estos principios vienen a consolidar el trabajo que se había venido desarrollando en el tema. Por lo cual traen una serie de disposiciones que han moldeado el contenido del Derecho a las reparaciones y definido en gran parte su evolución posterior. El principio 8 contiene la siguiente definición de víctima:

A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus Derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. (...)

Esta definición es similar a la consagrada en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, ya estudiada. De acuerdo con estos principios, se es víctima por las violaciones manifiestas de las normas Internacionales de DDHH y del DIH, sin hacer referencia a las legislaciones penales internas de los Estados. En este sentido, toda víctima tiene derecho a la “reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” (principio 11.B). La reparación debe cumplir por tanto ciertos requisitos, como son: ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional a los daños sufridos.

El contenido de este derecho engloba diferentes medidas, como son las de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Revisados estos elementos, encontramos que únicamente las garantías de no repetición tienen un contenido de alcance colectivo dentro de los principios analizados. El resto de las medidas no hace referencia alguna a víctimas colectivas, sino que se interesan exclusivamente por las víctimas individualizadas, su entorno familiar y en menor medida su entorno comunitario, pero como derivación de las afectaciones sufridas como seres concretos e individuales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por su parte, integra como sujeto de protección de los derechos en ella consagrados a entidades diferentes a la persona física, lo cual se desprende de la lectura del artículo 34 de dicho convenio. Este artículo establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá “conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”. El protocolo adicional número uno a este convenio consagra explícitamente el derecho a la propiedad tanto de las personas físicas como morales: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes” (art. 1). Vemos cómo en el marco de Sistema Europeo no solo las personas individuales pueden ser consideradas víctimas y acceder a la reparación por violación de los DDHH.

Los instrumentos del DIDDHH mencionados hasta aquí dan un sentido y definen el alcance del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de DDHH. La reparación se presenta como un

derecho autónomo que tiene en su centro a la víctima. El Estado se presenta no ya como el protagonista de la reparación, sino que la víctima y sus circunstancias se convierten en el fundamento de esta. La Reparación a víctimas de violaciones de DDHH es pasa a ser un derecho autónomo y no una responsabilidad secundaria del Estado; en palabras de Gómez Isa (2006), se da un vuelco a la teoría tradicional de justicia

Pasando de una concepción retributiva de la justicia a una justicia restauradora. En esta nueva aproximación, más que centrarse en el castigo al culpable, algo que evidentemente no se excluye, se pone al acento en situar al ofensor, a la víctima y a la comunidad en una relación de relativa simetría para así poder buscar la justicia, la reparación, y en ultimo termino, si es que es posible, la reconciliación. Desde esta nueva óptica, los Derechos de la víctima y el afrontamiento de su situación de victimización y sus consecuencias pasan a ocupar un lugar privilegiado. (pp. 24-25)

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por su parte, ha hecho importantes avances por integrar como sujeto de reparación de violaciones de DDHH a los sujetos colectivos. Así, en opinión consultiva OC-22/16 la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de los sujetos colectivos que son titulares de los derechos consagrados en dicha convención. Luego de aplicar los diferentes tipos de interpretación de los tratados que establece el Convenio de Ginebra, concluyó que el artículo en estudio se refería a los seres humanos individualmente considerados y no a las personas jurídicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que de la lectura literal del artículo 1.2 de la Convención se excluye a otros tipos de personas que no sean seres humanos de la protección brindada por dicho tratado. Lo anterior implica que las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en calidad de presuntas víctimas y haciendo valer Derechos Humanos como propios, ante el sistema interamericano. (...)

Como se indicó el objeto y fin de tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, lo cual demuestra que este fue creado con la intención de proteger exclusivamente a aquellos. De esta forma una interpretación teleológica de la norma sería conforme con la conclusión a la cual se arribó por medio de la interpretación literal, en el sentido que las personas jurídicas están excluidas de la protección otorgada por la Convención Americana. (...) (pp. 16 -17)

La Corte además marcó la expresa diferenciación que existe entre el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, ya revisado, y el artículo 44 de la Convención Americana, al afirmar que el primero reconoce a las personas jurídicas como víctimas de los derechos contenidos en dicho convenio, en tanto que el segundo establece únicamente la legitimación activa para la interposición de peticiones ante el Sistema Interamericano, pero en este último nunca la persona jurídica es entendida como víctima sino como simple peticionario, por tanto:

Las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano. (p. 27)

Sin embargo, en este mismo documento la CorteIDH reconoció como excepciones a esta regla dos casos. El caso de los pueblos indígenas y tribales y el caso de los sindicatos, federaciones y confederaciones, entidades que consideró sujetos de los derechos contemplados en la Convención. Sobre los primeros concluyó:

Por disponerlo varios instrumentos jurídicos internacionales, de los que son partes los Estados del sistema interamericano, y algunas de sus legislaciones nacionales, las comunidades indígenas y tribales, por encontrarse en una situación particular, deben ser consideradas como titulares de ciertos Derechos Humanos. (...) Por consiguiente, la Corte reitera que las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano. (p. 30)

Por su parte, en el caso de los sindicatos, federaciones y confederaciones dispuso:

Por consiguiente, teniendo presente lo expuesto en los párrafos precedentes, la Corte considera que una interpretación de buena fe del artículo 8.1.a implica concluir que éste otorga titularidad de los derechos establecidos en dicho artículo a las organizaciones sindicales. Esta interpretación implica además un mayor efecto útil del artículo 8.1.a, reforzando con ello la igual importancia que tiene para el sistema interamericano la vigencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. (p. 34)

(...) En virtud de lo anteriormente expuesto, la Corte ha concluido la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos. (p. 36)

Sobre el caso de los pueblos indígenas y comunidades tribales, el Sistema Interamericano ha tenido un amplio desarrollo en lo relacionado con la protección de sus territorios. De suerte que en 2009 esta Comisión publicó el informe “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, el cual unifica los criterios de protección de estos derechos de acuerdo con las normas y jurisprudencia de este Sistema. En este documento la Comisión indica cómo los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el marco del sistema interamericano se desprenden de una interpretación extensiva artículo 23 de la Declaración Americana de DDHH y el artículo 21 de la Convención Americana de DDHH. Estos dos artículos, que versan sobre el derecho a la propiedad privada son interpretados en armonía con el Convenio 169 de la OIT y la declaración de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, conformando así el *Corpus Iuris* con el que se integra al Sistema Interamericano el concepto de propiedad colectiva en cabeza de los Pueblos Indígenas

y Tribales. El derecho a la propiedad colectiva del territorio se convierte entonces en un derecho fundamental del sujeto colectivo “pueblo”.

En Colombia los derechos de tercera generación se encuentran consagrados explícitamente en la Constitución Política de 1991, y han tenido un amplio desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional, llegando incluso a convertirse en derechos fundamentales por conexidad.

Por otra parte, el concepto de sujetos colectivos se posiciona con la denominada justicia transicional, esto debido a que:

Después de violaciones masivas o sistemáticas, o de un conflicto más generalizado, ofrecer reparaciones de una manera significativa presenta un importante reto. Es posible que el número de víctimas sea enorme. El daño ocasionado puede ser devastador e irreversible: es posible que se sienta de manera tanto individual como colectiva y puede tener consecuencias al largo plazo, tanto para las víctimas individuales como para la sociedad en general. (Magarrell, 2008, p. 1)

La masividad de las afectaciones sufridas como consecuencia del conflicto armado implica la necesidad de dar respuestas reparativas tanto individuales como colectivas, es así como con la Ley 975 de 2005 se integra al ordenamiento jurídico colombiano las denominadas reparaciones colectivas. Esta ley establece la implementación de un programa institucional de reparación colectiva de acuerdo con las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones (CNRR). El artículo 8 de dicha norma contempla la definición de reparación colectiva en los siguientes términos:

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

La ley 1448 de 2011, por su parte, integra la dimensión colectiva desde el concepto mismo de víctima. De acuerdo con su artículo 3 se entiende por víctima:

Aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985 (...). En cuanto a la reparación el artículo 25 de dicha Ley indica: “La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. (...)”

Queda así consagrada dentro del ordenamiento jurídico nacional la existencia de los sujetos colectivos como víctimas de violaciones de DDHH y su consecuente derecho a la reparación efectiva.

La normativa de justicia transicional avanza aún más al reconocer como sujeto colectivo de reparación a una entidad no humana: el territorio. En el marco del proceso de reparación a comunidades

indígenas, establecido en el Decreto Ley 4633 de 2011, se indica que “Para los pueblos indígenas *el territorio es víctima*, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la madre tierra” (art. 3) (cursivas nuestras). Este mandato se convierte en un hito jurídico no solo a nivel nacional sino a nivel internacional con grandes repercusiones para el pensamiento occidental, del que hemos partido en este trabajo, al integrar como sujeto la dimensión no solo colectiva, sino también la dimensión objetiva de lo humano condensada en el concepto de territorio.

Pese a que en la actualidad no existe dentro de los procesos judiciales en el marco de la justicia transicional el expreso reconocimiento al territorio como víctima, en la jurisprudencia ordinaria se han presentado grandes avances. La Corte Constitucional ha reconocido a el río Atrato como sujeto de derechos (Sentencia T- 622 de 2016). Por su parte, la Amazonia colombiana en su integridad adquiere este mismo carácter en sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC4360-2018. Esta última corporación en sentencia AHC4806-2017 había reconocido como sujetos de derecho los animales y concedió la acción de *habeas corpus* al oso de anteojos de nombre “Chucho”, sin embargo, en segunda instancia fue revocada esta decisión (CSJ, STL12651-2017). Se integra así a la normativa colombiana los denominados derechos bioculturales, que tal como lo estableció la Corte Constitucional, son:

Derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente. (Sentencia T- 622 de 2016)

No es posible detenernos en el análisis de la efectividad en la aplicación de la normatividad nacional, internacional y la jurisprudencia aquí presentada, pero sí es vital señalar la importancia y trascendencia de los reconocimientos contenidos en ellas como un horizonte de construcción de una teoría jurídica que integre las nociones olvidadas por el proyecto de modernidad imperante.

4. CONCLUSIONES

Los DDHH de tercera generación surgen como resultado de las luchas de los pueblos y comunidades por el reconocimiento de derechos colectivos denominados “de tercera generación”, que tienen como sujeto colectivo de Derechos Humanos entidades diferentes de los seres humanos, que lo integran. Al presentarse una violación o ataque a los Derechos Humanos de estos colectivos se activarían los mecanismos de reparación colectiva estudiados.

Pese a la preeminencia histórica que han tenido la tradición antropocéntrica e individualista del pensamiento eurooccidental. Las realidades de un planeta que se encuentra en riesgo debido al abuso y la explotación del mundo natural que quedó reducido a la condición de objeto y las luchas por el reconocimiento de la existencia de otras cosmovisiones y formas de pensamiento han impulsado el desarrollo de un campo de los DDHH que, aunque avanza tímidamente representa un gran logro para la humanidad. Con el desarrollo conceptual de los Derechos Humanos colectivos o de tercera generación se crea un nuevo sujeto de Derechos Humanos que viene a poner en cuestión la tradición individualista que se formó en la modernidad occidental: el sujeto colectivo de Derechos Humanos. Este nuevo sujeto, al ser víctima de violaciones a sus derechos, deberá ser reparado también colectivamente.

Los Derechos Humanos de tercera generación, junto con el respectivo correlato del derecho a la reparación, han generado una ampliación de la teoría jurídica en la protección de derechos humanos más allá del ser humano individual. La dimensión colectiva de lo humano y la integración de la realidad objetiva como sujetos de derechos que merecen especial protección tienden al cierre de las brechas impuestas entre el objeto y el sujeto y, por ende, a la construcción de realidades diversas y la posibilidad de otras formas de despliegue y existencia de humano, y con ello a un nuevo paradigma en la teoría de los sujetos jurídicos.

REFERENCIAS

- Comisión Colombiana de Juristas (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad. Distr. General E/Cn.4/2005/102/Add.18 de febrero de 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.
- Congreso de Colombia(25 de julio de 2005). Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y paz). DO: 45.980.
- Congreso de Colombia (10 de junio de 2011). Ley1448 de 2011 (Ley de reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno). DO: 48.096.
- Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950.
- Consejo de Europa. Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (París, 20 de marzo de 1952).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

- Corte Constitucional (10 de noviembre de 2016). Sentencia T- 622 de 2016. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (5 de abril de 2018). Sentencia STC4360-2018 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (26 de julio de 2017). Sentencia AHC4806-2017 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (16 de agosto de 2017). Sentencia STL12651-2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena).
- Gómez Isa, F. (2006). *El derecho a la memoria*. Bilbao: Alberdania, S.L.
- Herrera Flores, J. (2011). *La reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- López Calera, N. (2000). ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. Madrid: Ariel.
- López Calera, N. (2003). *Sobre los derechos colectivos*. en *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson.
- Magarrell, L. (2008). *Las reparaciones en la teoría y la práctica*. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. New York: Naciones Unidas.
- Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.
- Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Resolución 61/295. Adoptada en la 107a sesión plenaria del 13 de septiembre de 2017.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Aprobada del 3 al 14 de septiembre de 1992.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración sobre el derecho al desarrollo. Adoptada en Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

- Organización de Naciones Unidas. Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. Proclamada Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
- Organización de Naciones Unidas. Declaración sobre una Cultura de Paz. Aprobada el 6 de octubre de 1999.
- Organización de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.
- Organización de Naciones Unidas. Principios y Directrices básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Adoptada el 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991). Adopción: Ginebra, 76ª reunión CIT (27 de junio de 1989).
- Organización para la Unidad Africana (OUA). Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. “Carta de Banjul”. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.
- Presidencia de la República de Colombia (9 de diciembre de 2011). Decreto-Ley 4633 de 2011 (Derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas). DO: 48.278.

Educación propia en marco de derechos humanos cabildo Pastos Gran Putumayo*

*Own education within the framework of human
rights cabildo Pastos Gran Putumaya*

A U S B E R T O R O D R I G O F A J A R D O

Tecnólogo en Administración y Contabilidad Sistematizada por el Instituto Tecnológico del Putumayo, Administrador de Empresas y Negocios Internacionales por la Corporación Universitaria Remington, Especialista en Gestión para el Desarrollo Empresarial por la Universidad Santo Tomás, magíster en Derechos Humanos y Cultura de Paz por la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor e investigador del Instituto Tecnológico del Putumayo (ITP).
Calle 6- 3B #19, Mocoa, Colombia. rofa0976@hotmail.com

A D R I A N A I B A R R A C A S T I L L O

Administradora de Empresas por la Universidad Nacional a Distancia UNAD, Tecnóloga en Administración Financiera por la Universidad CESMAG, Maestría en Educación con Énfasis en el medio Rural por Universidad Católica de Oriente, docente tiempo completo, directora grupo de investigación la Tulpa del Instituto Tecnológico del Putumayo, par académico del Ministerio de Educación de Colombia, Sede Aire Libre Br. Luis Carlos Galán, Calle 17- Carrera 17, Mocoa, Colombia. Adriana.ibarra@itp.edu.co

* Artículo resultado del trabajo de Investigación “Educación propia en marco de Derechos Humanos y Cultura de Paz Cabildo Pastos Gran Putumayo”. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana.

Resumen

La comunidad indígena del Cabildo Pastos Gran Putumayo, ubicada en la vereda Villa Rosa 2 del municipio de Mocoa (Putumayo), ha visto amenazada su identidad cultural por la vulneración de sus derechos, lo cual ha afectado de manera directa la autonomía del territorio, como espacio generador y transmisor de conocimiento, viendo coartado el desarrollo y las prácticas culturales, que permiten el reconocimiento y desarrollo propio para la prolongación de la vida, o sea, la autodeterminación como pueblo. Para la comunidad indígena es importante el rescate de su territorio, porque desde allí ejerce la Autoridad y la Espiritualidad, considerados ejes fundamentales en el fortalecimiento de la Identidad.

La función de los Derechos Humanos es proteger la identidad de los pueblos indígenas, es reconocer la diversidad cultural junto con sus diferencias, sus intereses y sus necesidades, propendiendo así el respeto sobre los usos y las costumbres de todo un territorio.

En vista de la falta de garantías y protección por parte del Estado, y ejerciendo una cultura de paz, el Cabildo se ha comprometido, mediante sus prácticas culturales, a reorientarlas hacia la recuperación, el fortalecimiento y la protección de sus derechos, en ejercicio de su autonomía y supervivencia de la identidad.

PALABRAS CLAVE

Comunidad Indígena Pastos Gran Putumayo, identidad cultural, territorio, Derechos Humanos, autonomía.

Abstract

The indigenous community of the Cabildo Pastos Gran Putumayo, located in Villa Rosa 2 in the municipality of Mocoa (Putumayo), has seen its cultural identity threatened, as a result of human rights violations. These violations directly affect the autonomy of its territory, which acts as an epicenter for generating and disseminating knowledge. With cultural development and practices being curtailed, this allows recognition and self-development for the prolongation of life; that is, self-determination as an indigenous People. It is important to rescue their territory and allow the indigenous community to exercise their authority and their spirituality, considered fundamental axes in the strengthening of their identity.

The task of human rights is to protect the identity of indigenous People, to recognize cultural diversity along with their differences, their interests and their needs, thus promoting respect for the uses and customs of an entire territory.

In view of the lack of promises and protection on the part of the State and exercising a culture of peace, the indigenous community have committed themselves via their cultural practices, linking them to the recovery, strengthening and protection of their rights, in the exercise of their autonomy and maintaining their identity.

KEYWORDS

Pastos Gran Putumayo Indigenous Community, cultural identity, territory, Human Rights, autonomy.

1. INTRODUCCIÓN

La fundamentación de los derechos humanos de los pueblos indígenas ha evolucionado conforme al derecho internacional vigente, incluidos los tratados de derechos humanos, en función de las circunstancias en que se encontraban estos pueblos y de sus prioridades. Sin embargo, es menester señalar que aún muchos pueblos indígenas siguen teniendo problemas relacionados con la presión de que son objeto sus tierras, el territorio y los recursos, como consecuencia de actividades relacionadas con el desarrollo. Cuando los pueblos indígenas ven amenazada su cultura e identidad, la protección y la promoción de sus derechos, realizan ejercicios reflexivos en los que identifican cómo pueden aplicar los derechos para fortalecer sus comunidades. Este es el caso del Cabildo Pastos Gran Putumayo, que integra en su cosmovisión los derechos humanos y los aplica a su manera en aras del “vivir bonito”.

Ante esta condición y teniendo en cuenta la magnitud del fenómeno que afecta los procesos organizativos, sociales y culturales de las comunidades indígenas, tomó especial relevancia abordar como trabajo de investigación de corte cualitativa para indagar *¿Cómo las prácticas culturales realizadas en la colectividad de los comuneros del Cabildo Pastos Gran Putumayo, de la vereda Villa Rosa 2 del municipio de Mocoa (Putumayo), se relacionan con los temas de protección de derechos humanos y cultura de paz, en el ejercicio de fortalecer su identidad cultural?*

Como resultado del trabajo se logró mediante un diseño de acción participante identificar con la comunidad la forma de fortalecer su tejido social y comunitario, gracias al desarrollo de prácticas propias que contribuyen a la convivencia y a mantener la identidad cultural del sujeto colectivo, quienes, en su derecho propio, han desarrollado procesos de cultura de paz y promoción de los derechos humanos, en aras de su propio desarrollo.

El propósito de este artículo es dar a conocer elementos para comprender las diferentes situaciones que ponen en riesgo la identidad cultural del colectivo objeto de estudio del Cabildo Indígena Pastos Gran Putumayo, teniendo en cuenta las categorías de derechos humanos y cultura de paz.

2. INTERROGANTE Y JUSTIFICACIÓN

Según la cosmovisión de la comunidad indígena del Cabildo Pastos Gran Putumayo, la identidad cultural es el reconocimiento de hacer parte de un pueblo, es compartir una historia, una cultura y un territorio común. Por lo tanto, la necesidad de ser reconocidos como pueblo indígena se constituye en una de las más grandes tareas que cohesiona, fortalece y dinamiza el ejercicio de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus prácticas ancestrales y su identidad cultural en consecuencia de los derechos desde el concepto de la cultura de paz, de acuerdo con sus propios patrones culturales

Ante lo expuesto anteriormente, se formula la pregunta que orientó la investigación y que está relacionada en reconocer *¿Cómo las prácticas culturales realizadas en la colectividad de los comuneros del Cabildo Pastos Gran Putumayo, de la vereda Villa Rosa 2 del municipio de Mocoa (Putumayo), se relacionan con los temas de protección de derechos humanos y cultura de paz, en el ejercicio de fortalecer su identidad cultural?*

Las prácticas culturales que realizan los comuneros del Cabildo Pastos Gran Putumayo es una forma de identificar, de mantener y proteger la identidad, teniendo en cuenta las situaciones que tienen que afrontar como comunidad indígena en el marco de un conflicto por la escasa extensión de tierra; situación que genera discordias y malestares en el colectivo y vulnera sus derechos y la práctica de una cultura de paz. En este sentido, para la comunidad objeto de estudio es vital el reconocimiento de su territorio, con el propósito de poner fin al condicionamiento desde la vulneración de los derechos, que puede llevar a la pérdida de identidad cultural, considerada como una estrategia de supervivencia.

Es menester que la comunidad tenga claridad en la pertinencia de los derechos humanos y las características de una Cultura de Paz, teniendo en cuenta que son dos conceptos aplicables y consonantes en las diferentes prácticas culturales destacadas en el colectivo, como es el caso de las mingas de pensamiento (escenario donde se toman decisiones), se evitan los conflictos, se crea un espacio de discusión, de conciliación, y se respeta a quien piensa diferente. Evitándose actos y comportamientos negativos que llevan a la pérdida de valores y perjudican a la comunidad, juicio que se hace desde el actuar como comunero con la investidura de investigador.

En el trabajo que la comunidad ha desarrollado cumpliendo con algunas actividades determinadas en el Plan de Vida se vinculan a los niños y jóvenes quienes son el futuro de la comunidad y encargados de la pervivencia de su cultura en el tiempo.

También es importante señalar la Cultura de Paz, en el proceso de fortalecimiento de la identidad cultural, como un esfuerzo para transformar conflictos, un proceso de diálogo con la comunidad para llegar a un consenso. Básicamente, la cultura de paz se enfoca en la transformación de las relaciones de todo el colectivo, fundado en el respeto a la vida, en la promoción de valores culturales que favorecen la resolución de los conflictos de forma pacífica

3. METODOLOGÍA

Este artículo es resultado de un trabajo de investigación para valorar los procesos que definen las vías de la educación propia en el marco de la protección de los derechos humanos y la cultura de paz, la cual se orientó a partir del enfoque cualitativo. Que de acuerdo con Barrantes (2000), busca analizar cómo las prácticas culturales realizadas en la colectividad de los comuneros del Cabildo

Pastos Gran Putumayo se relacionan con los temas de protección de derechos humanos y cultura de paz en el ejercicio de fortalecer su identidad cultural.

De igual forma, Gurdián-Fernández, (2007) se refiere al paradigma naturalista como el que propone que el mundo sea estudiado en su “estado natural”, sin manipulaciones ni por parte de la investigadora ni del investigador” (p.159); le permite al investigador entender que la realidad del contexto presenta dinámicas que se encuentran estrechamente relacionadas con sus cosmogonías, puesto que este tiene en cuenta los significados de la vida por medio de los diferentes comportamientos humanos en la sociedad.

De esta manera, desde la perspectiva interpretativa se comprende el mundo personal del colectivo, evidenciando el resultado de las vivencias en la interacción con el contexto donde se desarrollan las diferentes prácticas ancestrales.

En el apartado anterior se indicó que el desarrollo del proyecto se fundamenta desde el enfoque cualitativo de investigación, que según Taylor y Bogdan “es un modo de encarar el mundo empírico, de una forma inductiva, por lo que los estudios cualitativos se rigen por un diseño de la investigación flexible, donde se recoge la información que se considera pertinente en ambientes naturales” (como se cita en Melero, 2011, p. 4). Es decir, le permite al investigador intervenir en las actividades que se realicen con la comunidad, es quien amplía su visión de mundo desde lo vivido. En este caso particular, para el desarrollo de este artículo, enmarcado en la investigación cualitativa, se fortalece la identidad cultural desde las prácticas culturales, garantizando la protección de sus Derechos Humanos y Cultura de Paz, con relación con el Plan de Vida de la colectividad de los comuneros del cabildo Pastos Gran Putumayo.

Dicho de otra forma, este tipo de “investigación brinda diferentes posibilidades que permiten interactuar con los sujetos” (como se cita en Vasilachis, 2006), como es el caso de los sujetos de la colectividad de los comuneros del Cabildo Pastos Gran Putumayo, que hacen parte de la experiencia de práctica y del ejercicio investigativo a través de: experiencias personales, vivencias, entrevistas, observaciones, cosmogonías (relación hombre-naturaleza), aprendizajes motivados a partir de la experiencia vivida en el Cabildo, con relación al Plan de Vida.

Se tiene en cuenta el diseño fenomenológico para explicitar la esencia de las experiencias de los actores; es decir, busca conocer cómo es el papel del colectivo en el rescate del territorio como parte fundamental de su identidad; como también identificar las prácticas que realiza el colectivo de los comuneros para la promoción y protección de los derechos humanos y cultura de paz.

La fenomenología descansa en cuatro conceptos claves: la temporalidad (el tiempo vivido), la especialidad (el espacio vivido), la corporalidad (el cuerpo vivido), la relacionalidad o la comunalidad (la relación humana vivida) (Álvarez y Gayou, 2003, p. 85). Así mismo el propósito de la

fenomenología es “describir el significado de la experiencia desde la perspectiva de quienes la han vivido” (Latorre et al., 1996, p. 221).

No obstante, en la práctica el trabajo con la comunidad dio lugar a desarrollar este artículo con base en una investigación de tipo acción participativa en la que se involucra al Cabildo con el objeto de estudiar su realidad y promover en ellos el desarrollo de sus prácticas culturales en aras de lograr el fortalecimiento de su identidad cultural.

Jara (2012) reconoce tres componentes claves en la investigación acción participativa:

a. La investigación consiste en un procedimiento reflexivo, sistemático, controlado y crítico que tiene como finalidad estudiar algún aspecto de la realidad con una expresa finalidad práctica. b. La acción no solo es la finalidad última de la investigación, sino que ella misma representa una fuente de conocimiento, al tiempo que la propia realización del estudio es en sí misma una forma de intervención. c. La participación significa que en el proceso están involucrados no solo los investigadores profesionales, sino la comunidad destinataria del proyecto, que no son considerados como simples objetos de investigación, sino como sujetos activos que contribuyen a conocer y transformar su propia realidad (p. 62).

De igual manera, el hecho de que el investigador pertenezca a la misma comunidad hace que él mismo experimente las realidades de la comunidad que antes no alcanzaba a percibir que estaban pasando como es la pérdida de la identidad.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que el Cabildo está conformado por sesenta y ocho familias y trescientos comuneros, se organizan líderes de grupos focales de la población de este estudio, que corresponde a: quince miembros de la colectividad, distribuidos según su área; tres mujeres líderes en seguridad alimentaria (chagra), dos mujeres líderes de medicina tradicional, dos representantes de los derechos humanos y ocho miembros de la corporación del Cabildo. Además, se tiene en cuenta la edad y los años de participación en la colectividad, las cuales están entre el rango de treinta a sesenta años de edad. Investigación que se llevó a cabo en campo desde el segundo semestre de 2017; en noviembre se aplican las respectivas encuestas.

4. RESULTADOS

En general, los resultados dan cuenta que la cosmovisión de la comunidad de los Pastos permite visualizar la forma en la que ellos entienden el mundo, su modo de actuar y pensar; por lo tanto, tienen una buena percepción sobre derechos humanos, y durante sus actividades ancestrales construyen e instruyen al colectivo bajo una cultura de paz.

Con respeto al territorio, la comunidad Pastos Gran Putumayo tiene una fortaleza en su identidad, la cual está ligada a la tierra como símbolo de vida; la tierra es la madre, la “pacha mama”, de ella proviene el sustento material y espiritual de la comunidad. En la interacción con ella se identifican beneficios y potencialidades de la naturaleza, se obtienen saberes propios que son transmitidos de generación en generación a través de diferentes prácticas culturales.

Una de estas prácticas culturales catalogada bastante importante por los miembros de la comunidad es la *chagra* o cultivo, espacio en el que no solo se producen los alimentos necesarios para el sustento de la comunidad, sino en el que también se transmiten saberes ancestrales relacionados con el cultivo de plantas medicinales, formas de actuar y creencias.

Para la comunidad Pastos Gran Putumayo, la *chagra* genera espacios de reflexión que le permiten al miembro de la comunidad adquirir conocimientos sobre su cultura, fortaleciendo, de esta manera, su identidad y contribuir a la pervivencia de su pueblo; de igual manera, este espacio contribuye a fortalecer la comunidad, al consolidar las relaciones familiares mediante representaciones simbólicas. Por eso, la importancia de contar con un espacio físico adecuado para fortalecer práctica cultural dentro de su territorio.

Como lo expone Valenzuela (2015), la *chagra* no solo es el lugar de producir alimentos, sino es considerada (...) el laboratorio de ciencia propia, estos espacios fueron las primeras escuelas, porque allí están las matemáticas, la química, el español, mediante la tradición oral, allí aprendimos y nos formamos en valores (p. 22).

Además, en la *chagra*, como espacio físico, se realizan los encuentros de saberes o mingas de pensamiento, realizando actividades de siembra, utilizando el calendario lunar y solar, fortalecen el saber ancestral a través de la reproducción de saberes que contribuyen al saber propio de la comunidad.

Respecto a las características de la *chagra*, su ubicación, tamaño y composición varía de acuerdo con las características del territorio con el que cuenta la comunidad; el tipo de cultivo es determinado por la comunidad según sus tradiciones y necesidades. De acuerdo con estas orientaciones, la comunidad de los Pastos Gran Putumayo precisa el cuidado de la “pacha mama” como un principio rector; por lo tanto, antes de iniciar la siembra realizan el proceso de curación del terreno, teniendo en cuenta la puesta de los astros, mecanismo que garantiza la armonía con la naturaleza y que determina el tiempo y cuidado de la cosecha.

Ahora bien, dada la importancia del territorio para la comunidad de los Pastos, ellos identifican como un gran problema la escasez de este, ya que lo consideran un elemento esencial para vivir y reproducir sus prácticas culturales. Actualmente el Cabildo cuenta con una extensión de tierra bastante reducida para la cantidad de comuneros y/o familias que lo conforman lo ideal sería contar con un espacio amplio donde la comunidad pueda libremente llevar a cabo su Plan de Vida, ejercer

sus prácticas culturales y costumbres, desarrollar la Etnoeducación y la medicina tradicional, como medios para fortalecer su identidad cultural.

De acuerdo con la comunera Elizabeth Nupan, líder en seguridad alimentaria (Chagra) y líder del Programa de las Madres Cabeza de Hogar Familias en Acción, las tierras que poseen no son productivas ni seguras para vivir “Tenemos una extensión de ocho hectáreas, las cuales son quebradizas, no son aptas para el cultivo solo una parte mínima, porque la tierra es infértil, es insegura no apta para vivienda” (testimonio, noviembre de 2017). Además, en ocasiones la comunidad de los Pastos se ha visto afectada por la explotación de recursos naturales realizada por terceros, que no tienen en cuenta que es un territorio ancestral y generan implicaciones negativas para la comunidad.

De manera general se puede señalar que la falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales está relacionada directamente con las situaciones de pobreza que sufren las comunidades indígenas, lo cual genera en muchas ocasiones violaciones de los derechos humanos de estas comunidades. En este sentido, la comunidad Pastos Gran Putumayo tiene la titulación de las ocho hectáreas que tienen habitadas; su lucha está encaminada a la expansión del territorio y que igual tenga el reconocimiento por parte del Ministerio del Interior.

Todas estas actuaciones impulsan a los comuneros a luchar constantemente para que el Gobierno a través del Ministerio del Interior y su Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, les otorgue la ampliación y titulación de tierras.

De acuerdo con la comunera Concepción Mojana, quien se desempeña dentro del cabildo como médica tradicional, el proceso de compra y titulación de las tierras, entendiéndose como procesos necesarios para la legalización de la tierra, según su percepción “es necesario porque como comuneros necesitamos tener nuestra tierra para cultivar nuestra medicina tradicional” (testimonio, noviembre de 2017).

La falta de garantías del Estado para el cumplimiento y respeto de los derechos que tienen las comunidades indígenas, como disfrutar de su territorio ancestral, puede implicar la violación de sus derechos. De acuerdo con los comuneros, las visitas que ha realizado el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Minorías y ROM se han limitado a la realización de estudios socioeconómicos y actualización de información del censo (verificación número de familias), pero no se ha trabajado para dar solución al tema de adquisición de tierras, que es realmente la lucha constante del colectivo.

Para lograr el cumplimiento de su derecho al territorio, la comunidad apela a la Constitución Política de Colombia, en la que se ordena al Estado fortalecer el concepto de libertad y paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. Por lo tanto, el Estado debe ser el garante de los derechos de las diferentes etnias, consagrados constitucionalmente; además, de ser el encargado de asegurar la convivencia pacífica en un Estado pluriétnico y multicultural.

Ante esta situación, la mayoría de los comuneros manifiestan inconformismo frente al papel que juega el Estado respecto al cumplimiento de sus derechos como minoría; para ellos, el Estado ha tenido una actuación limitada para solucionar el problema de expansión de territorio que afecta a la comunidad, y de alguna forma la situación limita las actividades consideradas elementos esenciales en la pervivencia de la identidad, siendo este una vulneración de sus derechos. En palabras de los comuneros asistentes a los grupos focales, “no hemos tenido derecho a tener un territorio, que el Estado nos ha garantizado. Por lo tanto, se nos ha vulnerado el derecho cómo indígena” (testimonio, noviembre de 2017).

Además, la situación presentada, los representantes de esta comunidad consideran que otro de los derechos no está cumpliendo el Estado es garantizar la vida de sus miembros, ya que los están privando de sus medios de subsistencia tradicional, están afectando sus formas de vida, su buen vivir o *vivir bonito*, como manifiesta la comunidad de los Pastos, obligándolos durante años a sobrevivir en condiciones no deseadas. Esta situación es una clara violación al artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1, que señala que se deben adoptar “las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de una comunidad indígena” (CIDH, 2005). Razón por la cual para la comunidad Pastos Gran Putumayo el reconocimiento de su identidad como pueblo indígena implica la protección y garantía de los derechos humanos en el ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales

De igual forma y en respuesta al incumplimiento del Estado, la comunidad ha aunado esfuerzos para mantener y fortalecer su identidad cultural, a través de la reproducción de diferentes prácticas culturales, que permiten la pervivencia de sus creencias y tradiciones en el tiempo. Esta respuesta lleva implícita el reconocimiento de la responsabilidad que se tiene ante el futuro de la etnia. Dicha respuesta está vinculada a la defensa de la libertad de expresión y de la diversidad cultural como parte esencial de los seres humanos; la cual tiene como intencionalidad expresar la manera del “vivir bonito” en comunidad, realizando prácticas ancestrales como las fiestas tradicionales, las mingas de pensamiento y trabajo, la *chagra* y los rituales, que permiten reflexionar sobre los compromisos que debe asumir la comunidad para convertir o consolidar sus espacios en oportunidades para fomentar una cultura de paz, entendida como el reconocimiento de las diferencias y la diversidad cultural.

Las comunidades indígenas afirman su identidad mediante prácticas culturales, las cuales tienen en cuenta elementos geográficos, históricos, étnicos, lingüísticos e ideológicos, que buscan expresarse en la vida cotidiana, en las imágenes y representaciones sociales que se heredan y que se transmiten a las nuevas generaciones. Dicha identidad entendida como el sentido de pertenencia, construida y transmitida a través de la socialización y fundamentada en el origen del territorio, cosmovisión y lengua, como procesos históricos que permiten una posición como individuo, como colectivo social para relacionarse con los otros, generalidades que deben ser tenidas en cuentas para el fortalecimiento de su identidad como pueblo indígena.

De esta forma, la comunidad de los Pastos ha buscado fortalecer las prácticas culturales como las fiestas tradicionales, las mingas de pensamiento, las mingas de trabajo, los rituales y la *chagra*, siendo esta última práctica un espacio importante en el que no solo se producen los alimentos necesarios para el sustento de la comunidad, sino en el que también se transmiten saberes ancestrales, que para la comunidad es un elemento valioso en la transmisión de conocimiento.

Teniendo en cuenta la posición del colectivo en defensa de sus costumbres y tradiciones, le deja una gran responsabilidad al Estado como garante del cumplimiento de sus derechos como pueblo indígena, es decir que su responsabilidad radica en que las comunidades indígenas deben contar con recursos necesarios para su desarrollo y reproducción de sus prácticas culturales propias. Si bien las comunidades indígenas son autónomas en la forma de organizarse y de dirigir su comunidad, es necesario que el Estado establezca o asigne un recurso para el fortalecimiento de las tradiciones culturales de las comunidades.

No obstante, como señalan los participantes de las mingas de pensamiento, es importante además que la comunidad conozca de primera mano temas relacionados con los Derechos Humanos, que reconozca sus derechos como pueblo indígena. “Para empoderar a nuestros guaguas y chiquillos las costumbres y lo que realmente somos como indígenas... es importante que se brinden espacios de 10 a 15 minutos en las mingas de pensamiento para reflexionar y conocernos más; esto ayudaría a no dejarnos vulnerar nuestros derechos como indígenas” (testimonios de los comuneros, noviembre de 2017).

Para lograr este propósito, en cada una de las prácticas culturales de la comunidad Pastos Gran Putumayo se puede incluir el tema de los derechos, de manera que se contribuya al fortalecimiento de la identidad cultural.

En primer lugar, como parte de la investigación se pueden implementar en las mingas de pensamiento espacios en los que se aborden temas relacionados con los derechos humanos, lo que aporta al fortalecimiento de sus valores, creencias y tradiciones, lo que les permite identificarse como diferentes y respetar las diferencias de los otros, avanzando en su propósito de ser un cabildo equilibrado, justo y que busca “vivir bonito”. Estos espacios permitirán que los miembros de la comunidad reflexionen sobre sus actuaciones, logrando una mejora en sus comportamientos y transmitiendo con su ejemplo a los niños (guambras) y jóvenes (chiquillos), lo que significa ser miembro de la comunidad Pastos.

En segundo lugar, se busca fortalecer la práctica de la *chagra*, ya que en ella participa toda la familia y se transmiten los saberes propios de la comunidad, lo que le brinda a las participantes herramientas para afrontar los diferentes procesos de la vida, les enseña a protegerse y hacer valer sus derechos como indígenas, como personas que aportan a la construcción de sociedades diversas y equitativas.

5. DISCUSIÓN

De acuerdo con los resultados encontrados en la investigación que tuvo como objetivo el análisis desde la educación propia, la identidad cultural como eje articulador en la que se refleje la garantía de sus Derechos Humanos y cultura de paz en las prácticas relacionadas con el Plan de Vida en la colectividad de los comuneros del Cabildo Pastos Gran Putumayo, la discusión se centra en aquellos aspectos relevantes que se han extraído de los resultados obtenidos.

El trabajo con el Cabildo Pastos Gran Putumayo permitió conocer que la preocupación para la comunidad de Pastos Gran Putumayo es la tenencia de la tierra, su titulación y la ampliación de su territorio, tres factores que influyen directamente en el desarrollo de sus prácticas y tradiciones ancestrales, debido a que la comunidad se ha multiplicado y el espacio que cuentan actualmente es insuficiente para el desarrollo de las mismas.

Identidad cultural

Como comunidad afirman que para el desarrollo de sus prácticas culturales, como elemento esencial de la identidad cultural, es necesario tener en cuenta aspectos socioculturales, geográficos, históricos, étnicos, lingüísticos e ideológicos, que buscan expresar y transmitir a las nuevas generaciones mediante imágenes y representaciones sociales que son heredadas de los ancestros (mayores o sabedores).

Desde esta perspectiva, los resultados permitieron conocer que los valores, tradiciones y comportamientos son heredados desde de ancestros y fortalecidos en el Plan de Vida, con el propósito de que sean transmitidos a las nuevas generaciones a través de socializaciones, dibujos y otras actividades que logran que la identidad cultural sea entendida como mecanismo con el cual se fundamenta el origen del territorio, la cosmovisión y la lengua que hacen parte del proceso histórico que permiten una posición del colectivo social para identificar y relacionarse con otras comunidades.

De acuerdo con los hallazgos de los grupos focales y los referentes teóricos que conceptualizan las categorías centrales de la investigación, referidas a la identidad cultural y prácticas culturales, se evidencia que para el Cabildo Pastos Gran Putumayo la identidad cultural es un factor importante para el buen vivir de los comuneros, determinados por el buen desarrollo y participación activa en las diferentes prácticas, y estas, a su vez, contribuyen al fortalecimiento de valores que identifican a cada uno de los pueblos indígenas. Siendo así, y de acuerdo con lo manifestado por Díaz (2001) respecto a la importancia del desenvolvimiento de una comunidad o pueblo en un medio que les permita realizar sus expresiones culturales. Expresión importante para los comuneros. La defensa de su territorio es esencial, porque no se puede concebir una comunidad indígena sin territorio, además que su Plan de Vida este guiado por la ley de origen y la madre tierra.

No obstante, dados los hallazgos de los grupos focales y teniendo en cuenta la voz de la comunidad, en la investigación se defenderá que para la comunidad Pastos su identidad está ligada a la

“pacha mama” y en la interacción con ella se obtienen saberes propios que son transmitidos de generación en generación a través de diferentes prácticas culturales. Por ende, para la comunidad Pastos Gran Putumayo, la escasez de un territorio es un gran problema, en la medida que no pueden reproducir sus creencias y prácticas culturales, lo que impacta de manera negativa en la pervivencia en el tiempo de esta cultura. Consecuentemente, para la comunidad es menester que el Estado los reconozca como resguardo indígena, garantizándoles la propiedad de su territorio y la facultad para organizarlo y administrarlo autónomamente.

Según los análisis presentados y la discusión de los mismos, se puede determinar que para el Colectivo Pastos Gran Putumayo es importante mantener su identidad cultural, aunque reconocen que aún existen debilidades en los diferentes procesos que se desarrollan con el propósito de fortalecerla; por eso, la importancia de transmitirla de generación en generación los lleva a la lucha por la ampliación de territorio.

Si bien es cierto en el estudio se pudo encontrar que hay ausencia del Estado central como tal, se pudo constatar que sus autoridades locales participan de las diferentes actividades del Cabildo, y de igual forma, brindan apoyo económico para el desarrollo de sus prácticas culturales, como las fiestas tradicionales, que para la comunidad es una oportunidad para establecer un acercamiento y lograr que mejoren las relaciones entre el Estado y comunidad indígena.

Otro de los aspectos relevantes y objeto de la investigación es reconocer cómo los derechos humanos, al considerar la diversidad cultural, garantizan el reconocimiento del otro y el respeto de sus diferencias, sus intereses y sus necesidades, porque el desconocimiento de las diferencias desvirtúa un proceso de democratización en el que todos los miembros de un territorio son importantes, independiente de sus creencias y tradiciones. Por lo anterior, la comunidad Pastos Gran Putumayo lucha diariamente por lograr un mayor alcance en la garantía de sus derechos. Y una de esas garantías que permea la identidad cultural de los pueblos indígenas es contar con la ampliación del territorio. En el caso de la comunidad Pastos es tener un espacio donde la comunidad pueda desarrollar sus prácticas, las cuales son transmitidas en aras de preservar y salvaguardar su conocimiento ancestral, inculca a los niños (guambras) y jóvenes (chiquillos) sus valores, principios y tradiciones y realiza mingas de pensamiento en las que se transmite el sentido de pertenencia por la tierra, sus usos y costumbres, considerado un cumplimiento desde los derechos humanos de la comunidad

Comprensión para adopción temas de derechos humanos y cultura de Paz en el Plan de Vida (Lecciones Aprendidas)

El pensamiento del Pueblo Pastos recorre los espacios del pasado, presente y futuro regidos por los principios de Identidad, Autoridad, Autonomía y Territorio, identificados como organización propia que tiene sus tradiciones y costumbres, en la cual realizan sus prácticas espirituales, socio-culturales, políticas y de pensamiento.

En su recorrido desde la creación del Cabildo en 1998 y desde la formulación del Plan de Vida Pastos, identificaron algunas dificultades y fortalezas que les ha ayudado a mantenerse como colectivo y que como cultura de pueblo indígena deben reconstruir, para luego complementarlo con el pensamiento de otras culturas para la prolongación de la vida y un mundo realmente mejor.

Lo anterior, y en el desarrollo de la investigación, pone de manifiesto la necesidad de fortalecer el conocimiento de la comunidad Pastos Gran Putumayo en temas del respeto, tolerancia, solidaridad, cooperación, diálogo, reconciliación relacionados con el derecho de vivir en armonía que tienen las personas, que en el caso de Pastos fortalecen sus prácticas e identidad cultural, logrando la consolidación de una cultura de paz.

De acuerdo con Ararteko (2000), la cultura de paz hace referencia a una cultura que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales:

En su programa Cultura de Paz, la Unesco define a esta como un cuerpo creciente de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida compartidos, basados en la no violencia y el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la comprensión, la tolerancia y la solidaridad, en la coparticipación y la libre circulación de la información, así como en la plena participación y fortalecimiento de las mujeres (p. 21).

En aras de lograr el establecimiento de una cultura de paz, la Unesco en su programa de acción requiere fortalecer el respeto a la diversidad cultural y promover la tolerancia, la solidaridad, la cooperación, el diálogo y la reconciliación, con el propósito de mejorar las relaciones Estado-comunidad. De esta manera, la comunidad Pastos Gran Putumayo ha apropiado este direccionamiento con el objetivo de implementar buenas prácticas de una educación basada en una cultura de paz desde su cosmovisión.

Por otro lado, como parte de la investigación se buscó, en aras de la consolidación de una cultura de paz, contribuir a la recuperación y fortalecimiento de prácticas culturales propias de la comunidad Pastos Gran Putumayo; información que fue recolectada en las diferentes actividades durante el desarrollo de la investigación, a través de las diferentes estrategias utilizadas en los grupos focales, entrevistas semiestructuradas, recorridos de observación y exploración, y participación en mingas de pensamiento; se indagaron y se conocieron las necesidades de la comunidad respecto al tema de los derechos humanos.

Como resultado de las estrategias implementadas, se identifican las siguientes necesidades para la comunidad; siendo una prioridad el rescate de la chagra (ofreciendo todo lo necesario para el cumplimiento de este objetivo) y la inclusión del tema de los derechos humanos en las mingas de pensamiento y la ampliación de territorio.

Respecto al rescate de la chagra, esta práctica es importante en la medida en que en ella se ponen en práctica los conocimientos de la comunidad relacionados con la “pacha mama”; en este espacio los mayores transmiten a los miembros más jóvenes sus conocimientos y saberes ancestrales relacionados con el territorio. En palabras de uno de los sabedores participantes de una de las mingas de pensamiento: “La tierra como madre y fuente que nutre toda cultura, es el eje de la vida económica, social, política y espiritual de los pueblos. Desde la cosmovisión indígena supone el deber y el derecho de cuidarla, defenderla, protegerla, conocerla, trabajarla y establecer dialogo con ella” (testimonio, Elizabeth Nupan, íder seguridad alimentaria comunidad Los Pastos, noviembre de 2017).

Para el fortalecimiento de la chagra, como es lo tradicional, se realiza una actividad en la que participen las familias, se hace limpieza de la tierra y se siembran hortalizas y plantas medicinales. Este espacio permitió a los participantes reencontrarse consigo mismo, ser conscientes del quehacer propio de los comuneros, identificar las dificultades y las fortalezas de su comunidad, en aras de reconocer acciones y prácticas que permitan la pervivencia de su pueblo y cultura, fortalecer el tejido social y comunitario de su pueblo. De igual manera, este ejercicio les permitió distinguir el pensamiento de otras culturas, con el objetivo de validar dicho conocimiento y revisar la pertinencia de complementar su propio conocimiento con estos elementos, con el propósito de lograr la prolongación de la vida y un mundo realmente mejor, en el que las diferentes culturas convivan en armonía.

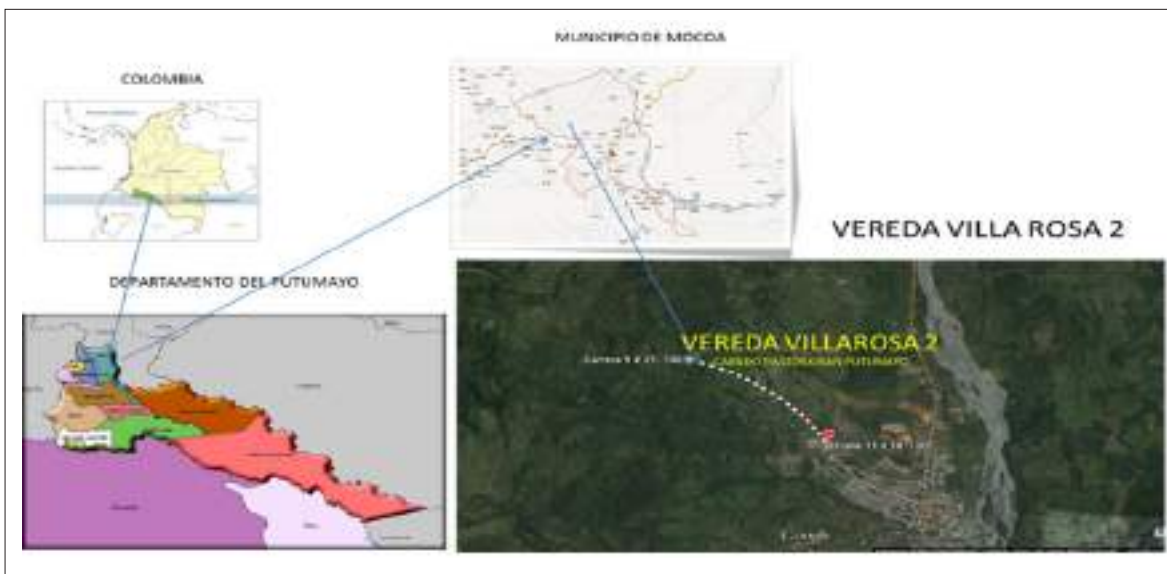


Foto 1. LOCALIZACIÓN CABILDO. TOMADA DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 0372- PASTOS GRAN PUTUMAYO- CORPOAMAZONÍA 2015



FOTO 2. CHAGRA EN PÉRDIDA PARCIAL. TOMADA EN LA VISITA DE CAMPO AL CABILDO PASTOS GRAN PUTUMAYO



FOTO 3. REACTIVACIÓN DE LA CHAGRA CON LAS FAMILIAS. TOMADA EN LA VISITA DE CAMPO AL CABILDO PASTOS GRAN PUTUMAYO.

Por otro lado, en las mingas de pensamiento, mediante expresiones gráficas y dramatizadas, la comunidad identificó la necesidad de profundizar en el conocimiento de su cultura y tradiciones, para fortalecer las prácticas culturales y avanzar en la defensa de los derechos humanos y la consolidación de una cultura de paz.



Foto 4. MINGA DE PENSAMIENTO. GRUPO FOCAL TRATANDO TEMAS DE LOS DH.



Foto 5. MINGA DE PENSAMIENTO. DRAMATIZACIÓN IMPORTANCIA DE LOS DH. CABILDO PASTOS GRAN PUTUMAYO

Este punto es fundamental, teniendo en cuenta que la comunidad los Pastos Gran Putumayo tiene como objetivo ser reconocida como resguardo para gozar de los beneficios que ofrece el Estado,

consecuentemente se puede señalar que para la comunidad es vital la educación en temas de derechos humanos y cultura de paz.

En aras de avanzar en este propósito, las personas que conforman la Corporación manifestaron que de ahora en adelante iban a dejar un tiempo de 10 a 15 minutos en las mingas de pensamiento para abordar temas relacionados con los derechos humanos y la cultura de paz.

Ahora bien, en las mingas realizadas como parte de la investigación se desarrollaron actividades que afianzaron el conocimiento de los participantes respecto a sus raíces ancestrales; por ejemplo, una de las actividades realizadas fue la construcción del árbol genealógico por parte de una madre comunera, quien lo socializó a los niños (guambras) y jóvenes (chiquillos) de la comunidad para que conocieron sus orígenes.



FOTO 6. MINGA DE PENSAMIENTO. CONSTRUCCIÓN DEL ÁRBOL GENEALÓGICO POR PARTE DE UNA COMUNERA DIRIGIDA A LOS NIÑOS (GUAMBRAS) Y JÓVENES (CHIQUILLOS). CABILDO PASTOS GRAN PUTUMAYO

Importante tener en cuenta también los rituales, los cuales son prácticas mediante las cuales con las plantas medicinales que se cultivan en la chagra, la médica tradicional realiza “limpias”, que consisten en limpiar o armonizar con hierbas o plantas a los comuneros. Este ritual se realiza al inicio de las mingas de pensamiento, en la posesión de la nueva corporación y cuando se van a bendecir los alimentos en las fiestas tradicionales.



Foto 7. MINGA DE PENSAMIENTO. RITUAL DE LA “LIMPIA” NUEVA CORPORACIÓN (ELEGIDA EN DICIEMBRE DE 2020) CABILDO PASTOS GRAN PUTUMAYO

Las prácticas culturales anteriormente señaladas ponen de manifiesto la cosmovisión y formas de abordar el mundo de la comunidad Pastos Gran Putumayo, debido a que estas mismas prácticas llevan implícitas las formas tradicionales de gobierno, sobre las cuales opera la autoridad tradicional, quien es la encargada de velar por el cumplimiento de las acciones como pueblo indígena y la aplicación de los saberes ancestrales.

Por otro lado, se tuvo en cuenta el concepto de cultura de paz, que en defensa de los derechos humanos implica además un conjunto de prácticas conductuales con las que se busca la resolución de conflictos de una manera no violenta, como escuchar al otro en su diferencia, respetar su punto de vista, gestionar la solución de los conflictos sin agresiones físicas y verbales, principios ancestrales de la comunidad.

6. CONCLUSIONES

El análisis presentado en este artículo permite identificar que la identidad cultural de los pueblos indígenas depende del reconocimiento de las tierras y territorios ancestrales, desde las diferentes prácticas que realizan, como la aplicación de temas relacionados con derechos humanos y cultura de paz, que hacen que aspectos importantes como el desarrollo de su propia convivencia, la solución de conflictos internos pueda considerarse de gran importancia en el fortalecimiento de la convivencia y a mantener su identidad cultural, como pueblo de paz.

La falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas a la tierra y los recursos naturales, para su

subsistencia y cultivo de la chagra como practica tradicional, vincula directamente al atropello de los derechos humanos y a estropear la identidad del pueblo Pastos

El trabajo en comunidad bajo la autoridad indígena debe luchar por mantener su identidad cultural, aunando esfuerzos para mantener un territorio con todas las garantías y condiciones para llevar a cabo sus prácticas culturales, mientras se logra legalizar las tierras.

La organización de los grupos focales para realizar los diferentes encuentros facilitó la dinámica y comprensión de los temas tratados. La presencia de uno o más líderes que conocían o lideraban las prácticas tradicionales o ancestrales permitió indagar sobre sus conocimientos tanto de conceptos actuales como de tradiciones culturales.

En el devenir de los tiempos se han debilitado los principios culturales en todos nuestros territorios indígenas. El análisis realizado permitió identificar una ruta donde la comunidad Pastos no solo pretende fortalecer, sino que se identificó los puntos álgidos sobre su identidad, su cultura y la autonomía como pueblo. Además, reconocer y poner en práctica temas de derechos humanos y cultura de paz para contribuir al fortalecimiento de las autoridades tradicionales, de políticas y procedimientos de la comunidad los Pastos Gran Putumayo y demás pueblos indígenas.

REFERENCIAS

- Álvarez, J. y Gayou, J. (2003). *Como hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología* (pp.1-222). Mexico: Paidós.
- Ararteko (2000). *Una cultura de paz: Cimiento para los derechos humanos*. http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_207_1.pdf
- Barrantes Echavarría, R. (2000). *Investigación: Un camino al conocimiento: Un enfoque cualitativo y cuantitativo* (pp.1-290). San José de Costa Rica: Ed. Universidad Estatal a Distancia EUNED.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2005). Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. *Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Paraguay.
- Díaz Suarez, R. (2001). Disertaciones filosoficas en el debate de la indetidad. *Revista Honda*, 27-35.
- Gurdián-Fernández, A. (2007). *El paradigma cualitativo en la investigación socio-educativa* (p.159). San Jose de Costa Rica: CECC_AECI.
- Jara, O. (2012). Sistematización de experiencias, investigación y evaluación: aproximaciones desde tres ángulos. *Revista Internacional sobre investigación en educación global y para el desarrollo* (56-70). <http://educacionglobalresearch.net/wp-content/.../02A-Jara-Catellano.pdf>.
- Latorre, A., Arnal, J. y del Rincón, D. (1996). *Bases metodológicas de la investigación educativa*. Barcelona: GR92.

Melero Aguilar, N. (2011). El Paradigma crítico y los aportes de la investigación acción participativa en la transformación de la realidad social: un análisis desde las Ciencias Sociales. *Cuestiones Pedagógicas*, 21, 339-355.

Unesco (2008). *Convivencia democrática, inclusión y cultura de paz: Lecciones desde la práctica educativa innovadora en América Latina*. Santiago de Chile: Salesianos Impresores S.A.

Valenzuela, P. J. (2015). Saberes propios de los cumbales . *Manuscrito inédito-Cumbal*.

La debida motivación de la prueba indiciaria, relacionada con el principio de presunción de inocencia en Perú

*The due motivation of the indiciary evidence, related
to the principle of presumption of innocence in Peru*

G A B Y O D A R C O R T E Z

Abogada, magíster en Derecho Penal y Procesal Penal.
Código Orcid <https://Orcid.org/0000-0002-8366-3322>. gabyodar@yahoo.es

X I O M A R A C A B R E R A C A B R E R A

Dra. Ciencias Pedagógicas y Jurídicas; investigadora RENACYT. Docente de Investigación
de la Escuela de Postgrado, Universidad Señor de Sipán, Lambayeque, Perú.
Código Orcid <https://Orcid.org/0000-0002-4783-0277>. xiomarcabreraca@crece.uss.edu.pe

Resumen

Esta investigación aborda la incorrecta valoración y motivación de las resoluciones judiciales, vulnerándose el principio de presunción de inocencia. Planteando como problema científico que, la indebida motivación de la prueba indiciaría para la condena, limita la protección del principio de presunción de inocencia en el proceso penal peruano, y como objetivo, una modificación a la Ley N° 29277 de la carrera judicial para proteger la presunción de inocencia en el proceso penal. Se utilizaron métodos científicos jurídicos y estudios de documentos doctrinarios y jurisprudenciales, así como se aplicó una encuesta con cuestionario. Del análisis realizado se corroboran los defectos en la motivación de la prueba indiciaria por el juez en la sentencia, lo cual afecta la presunción de inocencia de los imputados, para lo cual se interesa incorporar como falta disciplinaria, el juez que incumpla con esta exigencia en el proceso penal en la normativa, Ley N° 29277 de la Carrera Judicial. I, Capítulo V: Régimen Disciplinario, artículo 47°: Faltas Graves.

PALABRAS CLAVE

Debida motivación, prueba Indirecta o indiciaria, presunción de inocencia, reglas de lógica, prueba directa.

Abstract

The investigation addresses the incorrect assessment and motivation of judicial decisions, violating the principle of presumption of innocence. Posing as a scientific problem, that the improper motivation of the evidence would lead to conviction, limits the protection of the principle of presumption of innocence in the Peruvian criminal process and as an objective, a modification to Law No. 29277 of the judicial career to protect presumption of innocence in criminal proceedings. Scientific legal methods and studies of doctrinal and jurisprudential documents were used, as well as a survey with a questionnaire. From the analysis carried out, the defects in the motivation of the circumstantial evidence by the judge in the sentence are corroborated, affecting the presumption of innocence of the accused, for which it is of interest to incorporate as a disciplinary fault of the Judge who fails to comply with this requirement in the criminal process. in the Regulations, Law N°. 29277 of the Judicial Career. I, Chapter V: Disciplinary Regime, article 47: Serious Offenses

KEYWORDS

Due motivation, indirect or circumstantial evidence, presumption of innocence, rules of logic, direct evidence.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio es parte de los resultados de una tesis de maestría en Derecho Penal y Procesal Penal; para ello se realiza análisis de la prueba indiciaria y su debida motivación por el juez juzgador para lograr sentencia condenatoria, y evitar se vulneren principios tan elementales como la presunción de inocencia del imputado.

Esta problemática se plantea en la ley actual peruana. Hay muchos puntos de coincidencia en la discusión doctrinal a nivel nacional e internacional, apoyada en el estudio en derecho comparado.

Por lo que desde la realidad problemática se observan las siguientes manifestaciones que apuntan al problema:

- ▶ Escasa aplicación por los jueces de criterios doctrinales y de jurisprudencia contenidos en Acuerdos Plenarios y Casaciones sobre la prueba indiciaria.
- ▶ Dificultades en aplicación de la prueba indiciaria, lo cual afecta la presunción de inocencia.
- ▶ Falta de motivación en el razonamiento judicial en la aplicación de la prueba indiciaria al no razonar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia en su sana crítica.
- ▶ Escaso nivel de aplicación de la prueba indiciaria, al no ser motivada ni valorada en las sentencias condenatorias.

Fundamentación legal y doctrinal de la prueba indiciaria

Se parte del estudio de la Constitución Política peruana, la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria en una relación directa con el principio constitucional de presunción de inocencia, así como del Código Procesal Penal vigente (Decreto Legislativo N° 957), que regula la valoración de la prueba y las garantías constitucionales que el juez debe tener en cuenta al sustentar su sentencia legal, debiendo acreditar con raciocinio lógico y jurídico su veredicto, tomando en cuenta el derecho de presunción de inocencia (*In dubio pro reo*) y defensa de todo inculpado mientras no se dicte fallo condenatorio.

San Martín Castro (1999) hizo referencia a la prueba indiciaria y plantea que es aquella que trata de probar la convicción de los indicios; en tal sentido, se considera que se dirige a mostrar la evidencia de hechos que se constituyen en indicios, a través del razonamiento lógico y el nexo causal entre los que se tratan de probar y los hechos probados.

Por ello, el estudio ha tenido en cuenta lo referido por varios autores, tales como Gómez caña (2017), quién señala que las pruebas son elementos técnicos jurídicos que sirven para dar convicción al juez en su dictado condenatorio, sin embargo, refiere que las pruebas indirectas o circunstanciales; ponen

en peligro la apreciación del juez cuando no son bien razonadas o circunstanciadas, de ser así, se puede infringir el derecho de presunción de inocencia del victimario o sentenciado.

Otros como Castro (2018), apuntan que una investigación preparatoria desleal, vinculada con la corrupción existente, afecta las garantías procesales constitucionales, y con ello la prueba indiciaria, resultando en ocasiones difícil fundamentar la prueba sólida en indicios por sí solo, pudiendo estar en presencia de una prueba ilícita, que puede estar viciada por el juez cuando no hay una correcta valoración de esos indicios acopiados.

También Vidaurre (2018) sostiene que la prueba indiciaria, denominada también conjetural o circunstancial, tiene relevancia en el marco de la teoría general de las pruebas, busca una resolución judicial condenatoria o absolutoria de acuerdo con la ley, señalando limitaciones en ocasiones de parte de los jueces al ser muy pobres los razonamientos circunstanciales en el uso de esta prueba.

Otros como, Zavaleta (2018), hacen referencia a la validez de los indicios intrínsecamente del razonamiento probatorio, definiendo la noción de indicio, su relevancia internamente, valorando su beneficio a la luz de los criterios de la sana crítica del juez. Señalan también que las pruebas directas e indirectas darán como resultado una prueba indiciaria sólida para resolver un hecho, sin perjuicio de ir en contra de la presunción de inocencia del imputado, lo que posibilita facultar al juez para apreciar libremente la prueba, respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Así, Ruiz (2019) sostiene que es forzoso cumplir con un análisis doctrinal y jurisprudencial para la valoración adecuada y ponderada de la prueba indiciaria o indirecta; así en ocasiones, las partes procesales intervinientes en el proceso penal presentan al juez hechos que no cumplen con los requisitos de prueba de indicio, resultando casi imposible hacer un razonamiento de hechos en la sentencia ajustada a derecho.

Por su parte, Palacios (2019) refiere y sostiene que preexiste un sistema original de la prueba aplicada en los diferentes sistemas procesales, existiendo una diferencia de la prueba indiciaria en los diferentes procesos en los que el Estado interviene, donde se valoran criterios de la presunción de los actos de quienes lo ejecutan. En tal sentido, explica que existe una resolución condenatoria cuando se valora la prueba indiciaria atendiendo a la verdad de los hechos probados; es así que el razonamiento que atiende a estos valores debe realizarse sin vicios, ni error; contrario se vulnera la presunción de inocencia del imputado.

Kujat Flores (2019) hace referencia al razonamiento del juez basado en pruebas debidamente acreditadas, y explica que si son evaluadas objetivamente en su sana crítica, no se causa inseguridad jurídica, prevaleciendo el principio constitucional de presunción de inocencia.

Ruiz Falconi, O. V. (2019), hace referencia a la prueba indiciaria y la presunción judicial en el Código Orgánico General de Procesos en Ecuador, señala que la redacción del artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos, no es preciso, posibilitando justificar la utilización de prueba indiciaria en la resolución de los procesos regulados por la referida norma; lo que se conoce en doctrina como presunción judicial, debiendo aclararse para lograr la seguridad jurídica en los procesos judiciales.

Es por ello que la prueba indiciaria se va cimentando sobre la base de una inferencia lógica de los hechos ocurridos, en la que intervienen determinados hechos indirectos que se dan por probados y se van entrelazando a una conclusión unívoca y necesariamente relacionada con el objeto material del proceso penal; es así que la debida motivación de la prueba indiciaria está estrechamente relacionada con el principio de presunción de inocencia en el proceso penal.

2. MATERIAL Y MÉTODOS

Esta indagación es aplicada, “No experimental Descriptiva”, dado que los hechos acontecieron anteriormente, los cuales se examinarán, no implicando manipulación de las variables objeto de estudio, porque ya acaecieron los hechos, al igual que sus resultados. Por lo que la investigación parte de la realidad problemática observacional desde el contexto de estudio para su análisis de la prueba indiciaria en relación con el principio de presunción de inocencia.

Para Hernández Sampieri et al. (2014) son aquellas que se ejecutan sin maniobrar intencionalmente las variables. Esto va acorde con una investigación en la que no se varíe adrede las variables independientes. En esta investigación no experimental el fin es examinar anómalos tal y como se desarrollan en su trama oriundo, para luego estudiarlos.

Por lo que se ha considerado la solución al problema desde la búsqueda y fortalecimiento del conocimiento en su aplicación e interpretación doctrinaria y jurisprudencial para el enriquecimiento científico de la prueba indiciaria y su debida motivación, relacionada con el principio de presunción de inocencia.

Sabino (2015), señala la investigación es de prototipo representativa la cual labora sobre situaciones de hechos, y su peculiaridad esencial es la de mostrar un entendimiento correcto, teniendo en cuenta razonamientos y métodos científicos que permitan alcanzar las informaciones que identifiquen a la situación estudiada desde su contexto observacional (p. 51).

Villabella Armengol, C. M. (2015), plantea sobre el enfoque de investigación mixto, que recopila, analiza e integra elementos, tanto, cualitativa como cuantitativa, su propósito es abordar el objeto de estudio a través de sus propiedades y manifestaciones desde la realidad problemática o contextual para explicar el problema científico, casi imposible utilizarlo separadamente, de ahí

su carácter holístico científico. Por lo tanto, se concluye que este tipo de investigación mixta corresponde a una combinación de métodos para un mismo estudio, no experimental en el que, el histórico-jurídico y jurídico comparado son métodos empleados.

El diseño *Descriptivo-Explicativo*, tiene por finalidad de investigar los sucesos de las diferentes peculiaridades o características de una o más variables, por lo tanto, atañe a un estudio exhaustivo sobre diferentes hechos o fenómenos en correlación con las variables de estudio, para solucionar las dificultades esenciales y crear un discernimiento científico. Este diseño de investigación labora entre situaciones de sucesos y su peculiaridad esencial es dar respuesta a una definición de comentarios de los hechos en un argumento explícito, puede contener: encuestas, estudios de casos, guías de observación (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 156).

Se emplearon métodos jurídicos como: histórico-jurídico, relacionado con los antecedentes previos del problema. Este método hizo posible acceder al análisis e interpretación de la constitución, código procesal penal, acuerdos plenarios y otros, de acuerdo con el estudio de la investigación planteada.

También otros como Clavijo, D. et al. (2014), señalan que el método hermenéutico está referido al análisis de contextos, corrientes afines a las doctrinas de la época, y etapas de vida, recapitulación sociocultural, rasgos étnicos, entre otros. Método exegético: se utilizó para la interpretación a los diferentes textos legales que se tomaron en cuenta para esta investigación.

Estos autores (Giraldo Ángel, Giraldo López, 2012), señalan que no existe controversia jurídica que no pueda resolver acudiendo a los textos legales, surgiendo una solución siempre justa. De ahí que el juez debe someterse siempre a los textos legales, y su función sea concebida como mera aplicación de la ley (p. 146).

El método hipotético-deductivo por emplear la hipótesis científica con sus dos variables, dependiente e independiente: si se aplica una modificación legislativa de incorporación en la Ley N° 29277 de la carrera judicial, capítulo v régimen disciplinario, artículo 47° faltas graves, entonces se estará protegiendo el principio de presunción de inocencia en el proceso penal.

3. RESULTADOS

Para comprobar los elementos expuestos en la realidad problemática se aplicó una encuesta con un cuestionario, utilizando un muestreo no probabilístico intencional por conveniencia de 30 abogados de la región de Lambayeque, utilizándose como criterios de inclusión: se tomó en cuenta abogados penalistas, especialistas en la materia. Criterios de exclusión: abogados no especialista en materia penal.

Se definieron a partir de estos criterios la cantidad de abogados encuestados y los resultados en relación con las cuestiones planteadas.

TABLA 1. ENCUESTADOS

| Descripción | Cantidad | % |
|---------------------|----------|-----|
| Abogados penalistas | 30 | 100 |
| Total | 30 | 100 |

TABLA 2. SOBRE RELACIÓN DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO

| Premisas | Frecuencia | Porcentaje |
|----------------|------------|------------|
| En Desacuerdo | 1 | 3.33% |
| De Acuerdo | 25 | 83.33% |
| Muy de acuerdo | 4 | 13.33% |
| Total | 30 | 100.00% |

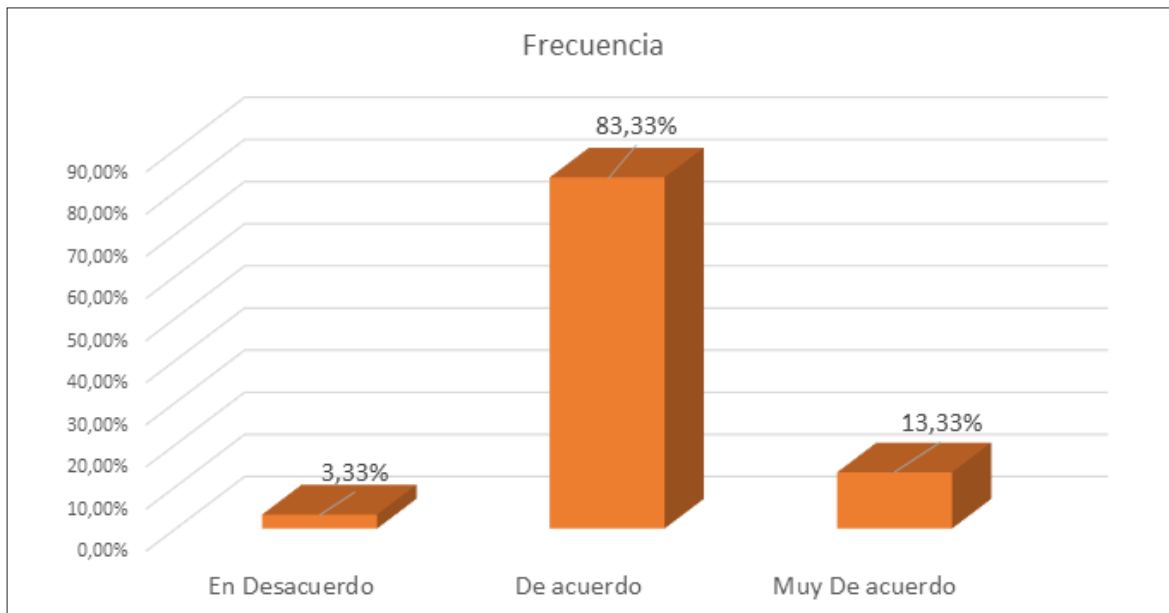


GRÁFICO 1. ¿CONSIDERA USTED QUE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES ES PARTE DE UN DEBIDO PROCESO?

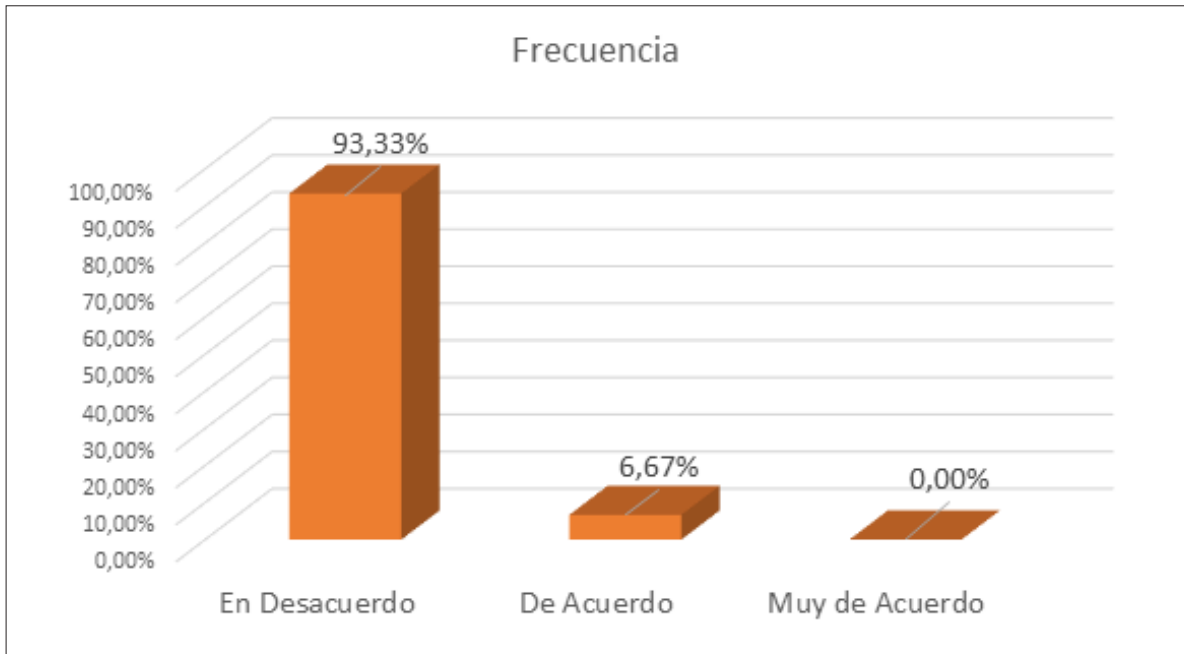


GRÁFICO 2. ¿CONSIDERA QUE LA PRUEBA POR INDICIOS ES SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA INTERVENCIÓN DE UN IMPUTADO EN EL DELITO?

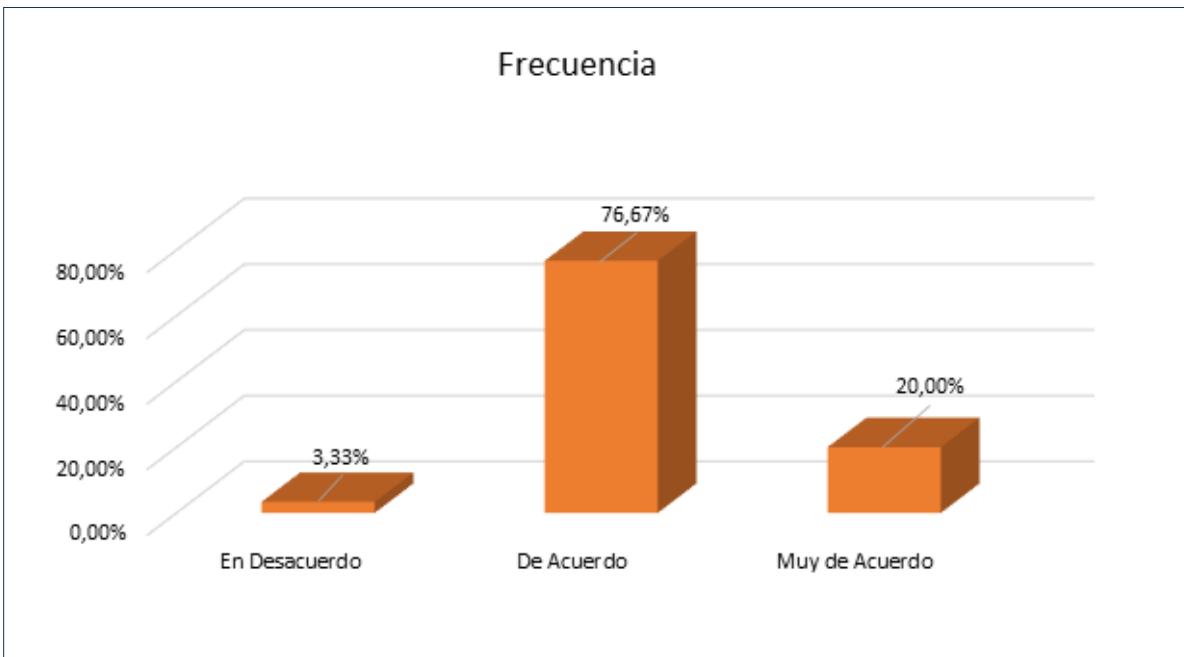


GRÁFICO 3. ¿CREE USTED QUE LA CONDENA CON PRUEBA INDICIARIA AFECTA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO?

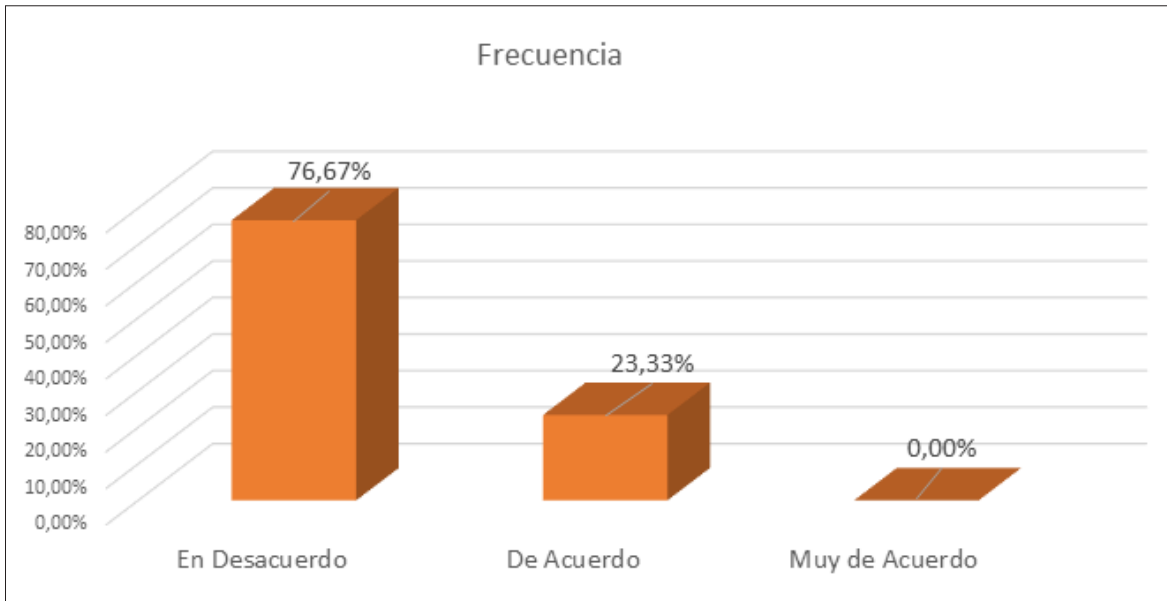


GRÁFICO 4. ¿CREE USTED, QUE LOS JUECES EMITEN SENTENCIAS JUSTAS AL VALORAR INDEPENDIENTEMENTE LOS INDICIOS?

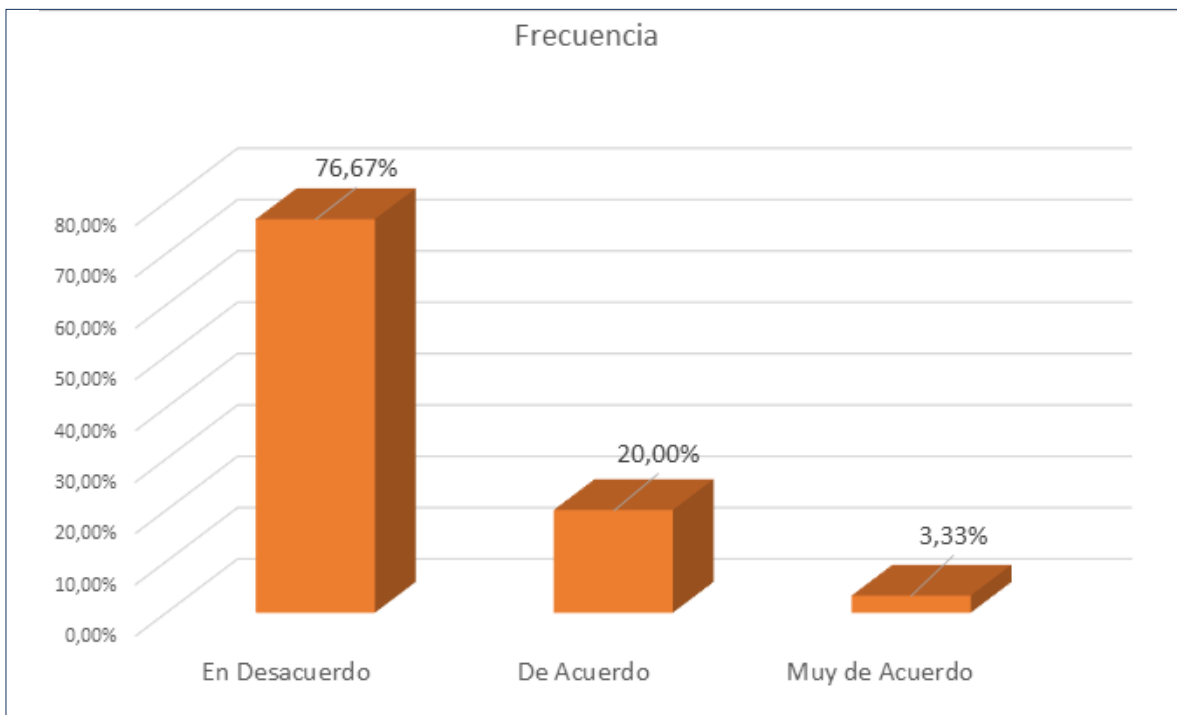


GRÁFICO 5. ¿CREE USTED QUE EN LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SE ENCUENTRAN ACREDITADOS LOS INDICIOS?

De los resultados en tablas y figuras se interpreta:

Que en relación con la primera pregunta que se realizó, el 83.3 % de los abogados considera que la debida motivación de las resoluciones judiciales es parte de un Debido Proceso y que se pudiera está afectando el principio de presunción de inocencia del imputado, mientras que el 13,33 % está muy de acuerdo, lo que explica que más del 90 % coincide en la necesidad de la motivación o razonamiento de las pruebas para una sentencia ajustada a derecho.

La prueba por indicios será suficiente para justificar la intervención de un imputado en el delito, coincidiendo un 93.33 % de abogados que no siempre los indicios son suficientes para justificar la intervención del imputado en el delito y destruir la presunción de inocencia, lo que indica que esta prueba indiciaria es una operación lógica que toma lugar en la mente y conciencia del juez de conjunto con otras pruebas. Por lo que la prueba indiciaria se construye sobre la base de una inferencia lógica que se va acopiando, en la que determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión relacionada con otras pruebas directas y necesarias en el proceso penal para que el juez en su sana crítica pueda hacer uso de ellas.

En cuanto a la casi totalidad del 76.67 % de encuestados, están de acuerdo en que la condena con prueba indiciaria afecta el derecho fundamental a la defensa del imputado cuando esta no es motivada. Aquí se evidencia que los abogados tienen una posición mayoritaria y clara de que la prueba indiciaria afecta la defensa del procesado cuando no se ha motivado como corresponde por el juez.

Sobre el gráfico 4: en cuanto a que los jueces emiten sentencias justas al valorar independientemente los indicios, un 76,67 % sostiene que los jueces no emiten una sentencia justa cuando se valora los indicios por separados. Esto es importante porque de acuerdo con la experiencia de los encuestados, habría casos en los que se observa estos criterios de los jueces, lo que perjudica a los procesados. Se acredita en el gráfico 5 consideraciones sobre los indicios en los que no siempre se tiene en cuenta, en muchos casos no se acreditan por el juez; así, un 3.33 % considera que no es necesario su acreditación, lo que corrobora su importancia y justa valoración.

En tal sentido, se corrobora la falta de acreditación de los indicios como uno de los aspectos más recurrentes en el cual no siempre los jueces hacen correcto uso, omitiéndose la motivación, a pesar de estar establecida en la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema, lo que repercute en la presunción de inocencia.

Asimismo, la limitada explicación y razonamiento circunstanciado en las resoluciones judiciales de cómo opera la prueba indiciaria, principalmente en relación con la forma como se infieren las conclusiones, afecta la debida motivación de las resoluciones.

Se realizaron análisis jurisprudencial con Recursos de Nulidad sobre sentencia que se pronuncian sobre la prueba indiciaria en el proceso y su debida valoración de los indicios, así como Acuerdos Plenarios del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, donde se sustenta que la prueba indiciaria adquiere la responsabilidad penal cuando en ella intervienen indicios, antecedentes, posteriores o subsiguientes, que sean suficientes para establecer la responsabilidad del inculpado en la mente o conciencia del juez en su libre arbitrio, que consiste en deducir un hecho desconocido que sea relevante para la investigación partiendo de un hecho conocido debidamente acreditado y razonado en su sana y lógica crítica.

Por lo que de estos resultados se realizó una propuesta de modificación legislativa que dentro de su EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, reconoce antecedentes, como la Constitución Política vigente en Perú, y establece que los jueces deben respetar los principios y garantías del debido proceso, administrando justicia con obediencia solo a la Ley, presumiéndose inocente la persona mientras no se dicte sentencia condenatoria.

En tal sentido, la debida motivación de las resoluciones judiciales es de extrema importancia en el cumplimiento de este precepto constitucionalista.

Por lo que, la responsabilidad de administrar justicia por los jueces se establece en la Ley N° 29277 de 2008, Ley de la carrera Judicial que regula la Carrera Judicial y establece en el Capítulo V de su Régimen Disciplinario, el artículo 47°: Faltas Graves; esta norma tiene como antecedente los capítulos VIII y IX del Título IV de la Constitución, regulándose todo lo relacionado con el Poder Judicial y la Junta Nacional de Justicia.

Estos elementos están estrechamente relacionados con arreglo a la Constitución, específicamente en el artículo 139, que hace referencia a los principios y derechos de la función jurisdiccional, así como los derechos de las personas, incluso en los diversos incisos establecidos, los cuales el juez debe cumplir con estricto apego a la ley vigente.

Sobre los resultados de la investigación, se plantea como propuesta del estudio, una modificación legislativa para la incorporación en la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial, Capítulo V: Régimen Disciplinario, artículo 47°: Faltas Graves, que establece dieciocho supuestos por falta grave. Se estaría adicionando al artículo 47°, Faltas Graves, el inciso 19: Cuando el juez no motiva la prueba indiciaria, y se refleje afectación de la presunción de inocencia del imputado.

CONCLUSIONES

- ▶ La fundamentación epistémica corrobora que la indebida motivación de la prueba indiciaria por el juez en su sana crítica afecta la presunción de inocencia cuando no se acreditan adecuadamente los mismos indicios circunstanciales en las resoluciones judiciales al momento de la

motivación y razonamiento de la sentencia, violando preceptos constitucionales, penales y de la Ley de la Carrera Judicial, Capítulo V: Régimen Disciplinario.

- ▶ Del estudio doctrinario y jurisprudencial se ha considerado hacer una propuesta para la incorporación en la normatividad disciplinaria como una falta grave y su respectiva sanción en la Ley N° 29277 –Ley de la Carrera Judicial–, Capítulo V: Régimen Disciplinario, artículo 47°: Faltas Graves el no hacer uso razonable de los indicios por el juez que afecte la presunción de inocencia del imputado.

REFERENCIAS

- Castro Orbe, R. D. (2018). *La prueba indiciaria en el enjuiciamiento penal del lavado de activos y la posible afcción a las garantías procesales constitucionales*. Salamanca-España: Universidad de Salamanca. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139789/REDUCIDA_Pruebaindiciaria.pdf?sequence=1
- Clavijo, D. et al. (2014). *Métodos, Metodología y Técnica de la investigación aplicadas al derecho*. <https://biblioteca.ucatolica.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=79420>
- Código Procesal Penal vigente (Decreto Legislativo N° 957). <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/#:~:text=Mediante%20el%20Decreto%20Legislativo%20957,14%20de%20abril%20de%202021>.
- Constitución Política del Perú. https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Giraldo Ángel, Giraldo López, (2012). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Universidad de Ibagué, Programa de Derecho, 2012. (Obras Completas; Vol. 1) 291 p. <https://repositorio.unibague.edu.co/jspui/bitstream/20.500.12313/307/5/Jaime%20Giraldo%20%C3%81ngel%20I.pdf>.
- Gómezcaña Radilla, R. (2017). *La Prueba indiciaria o circunstancial: medio de convicción en las resoluciones judiciales*. Acapulco-México: Universidad Nacional Autónoma de México. https://ru.dgb.unam.mx/handle/DGB_UNAM/TES0100076555
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. (2014). *jbposgrado.org*. http://jbposgrado.org/material_seminarios/HSAMPIERI/Metodologia%20Sampieri%205a%20edicion.pdf.
- Ley 29277 de 18 de octubre de 2008. Ley de la carrera Judicial. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29277.pdf>
- Kujat Flores, S. R. (2019). *La prueba indiciaria y el principio de presunción de inocencia en el proceso penal peruano*. (Tesis de maestría). Universidad Alas Peruanas https://repositorio.uap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12990/9722/Tesis_Prueba_Principio_Proceso.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ruiz Falconi, O. V. (mayo de 2019). *La prueba indiciaria y la presunción judicial en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito-Ecuador: Universidad de Quito. <https://repositorio.uasb.edu.ec/hand->

- le/10644/6841.Sabino, C. (2015). Proceso de Investigación. http://paginas.ufm.edu/sabino/ingles/book/proceso_investigacion.pdf.
- San Martín Castro, C. (1999). Revista Oficial del Poder Judicial. [file:///C:/Users/gabyo/Downloads/27-Texto%20del%20art%C3%ADculo-56-2-10-20200617%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gabyo/Downloads/27-Texto%20del%20art%C3%ADculo-56-2-10-20200617%20(1).pdf).
- Palacios Herrera, K. R. (marzo de 2019). Régimen de la Prueba Indiciaria en el ejercicio de las potestades administrativas y penales. Piura, Perú: Universidad de Piura. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4058/DER_140.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vidaurri Arechiga, M. (2018). Consideraciones en torno a la prueba indiciaria. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 32. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/39568/40110>
- Villabella Armengol, C. M. (2015). Los Métodos en la Investigación Jurídica. Algunas precisiones. *Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigación*. Biblioteca Jurídica UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>
- Zavaleta Rodríguez, R. E. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad*, 50, 197-219. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388>

Derechos a la seguridad social reconocidos en la jurisprudencia a los hijos de crianza en Colombia*

Rights to Social Security Recognized in Jurisprudence for Foster Children in Colombia

S A R A T O B A R S A L A Z A R

Abogada de la Universidad EAFIT. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1936-398X>. Medellín, Colombia.

L I N A M A R C E L A E S T R A D A J A R A M I L L O

Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho. Docente Investigadora del Grupo de Investigación en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>. lina.estrada@upb.edu.co. Medellín, Colombia.

* Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación bajo el Radicado en el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI) Radicado 303C - 11/18- 37.

Resumen

Este artículo indaga sobre los derechos a la seguridad social reconocidos a las familias de crianza en Colombia a partir de la revisión de la jurisprudencia de las cortes colombianas. Ante la omisión del legislador para regular el tema, la Corte Constitucional ha proferido sentencias de constitucionalidad inhibitorias, al considerar que se encuentra impedida de realizar un control de constitucionalidad. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional mediante acciones de tutela, con base en los principios constitucionales de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad ha otorgado prestaciones económicas, con fundamento en los vínculos de afecto. Para realizar la investigación se empleó la metodología cualitativa, bajo un enfoque hermenéutico y se utilizó la técnica documental para rastrear la literatura especializada en bases de datos académicas y científicas.

PALABRAS CLAVE

Familia de crianza, derecho de familia, derecho comparado, seguridad social, prestaciones económicas.

Abstrac

The article calls into question the social security rights acknowledged for Foster families in Colombia by reviewing the colombian courts jurisprudence. Because of the lack of regulation by the legislator, the Constitutional Court has proclaimed inhibitory constitutionality sentences, by considering itself impeded to enforce constitutionality control. However, the Supreme Court of Justice, the State Congress, and the Constitutional Court by means of legal action, based on the constitutional principles of equality, pluriculturally, and solidarity, have rewarded economic benefits on the fundamentals of affective bonds. The investigation employed qualitative methodology, under a hermeneutic approach and the documental technique was used to browse the specialized literature on academic and scientific databases.

KEYWORDS

Foster family, family law, comparative law, social security, economic benefits.

1. INTRODUCCIÓN

El último censo poblacional realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane, 2018) evidenció en Colombia cambios sociodemográficos en las nuevas formas de convivencia familiar; lo cual es acorde con el estudio realizado por World Family Map (2017), que posicionó a nuestro país como el primero en evidenciar continuos dinamismos en las estructuras familiares.

No obstante, aún falta consagración legal y reconocimiento a las nuevas realidades familiares que van más allá de los vínculos naturales o de consanguinidad, lo cual ocasiona que muchas familias deban sortear dificultades para su reconocimiento, a partir del reconocimiento de los jueces a las normas, la posibilidad de acceder a las Cortes en caso de que sus pretensiones no se acojan, y la capacidad económica para contratar un abogado para la defensa de sus derechos (Stewart, 2020).

En este contexto se encuentra la familia de crianza, la cual está cimentada en relaciones de afecto, apoyo mutuo, crianza, cuidado, dependencia económica y amor, fundamentada en los principios constitucionales de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad.

Este artículo busca identificar los derechos a la seguridad social reconocidos a esta nueva tipología familiar, partiendo de la importancia que tienen las decisiones judiciales al otorgar derechos prestacionales que hasta la fecha no han sido regulados por el legislador.

El tema es pertinente porque estimula la discusión académica y jurídica en el derecho de familia y en la seguridad social sobre tendencias y cambios sociales e ilustra los problemas que surgen a partir del vacío legislativo a nuevas realidades familiares, por lo cual han sido las Cortes las que han ampliado el concepto de familia, reconociendo nuevas tipologías y no excluyendo las familias formadas en afectividad.

En tal sentido, se propone la siguiente estructura para abordar el problema planteado: en la primera parte se hace un estudio de los convenios y tratados internacionales, al igual que una revisión sobre el tema en Argentina que a partir de decisiones judiciales y del nuevo Código Civil y Comercial (2015) han sido un referente en América Latina para el reconocimiento de derechos a las nuevas tipologías familiares como aquellas formadas por los vínculos afectivos. En la segunda parte se presenta la fundamentación constitucional y un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional que amparan la protección de los derechos a la seguridad social de las familias de crianza en Colombia, a partir de los recientes cambios judiciales.

2. METODOLOGÍA

El diseño metodológico se realizó a partir de una investigación cualitativa acompañado por un enfoque hermenéutico de tipo documental, con el fin de extender y contrastar el estado de la

información, la cual se organizó a partir de la búsqueda de investigaciones sobre la temática y el análisis de la jurisprudencia. Se rastreó bases de datos académicas: Ebsco, Google Académico, Dialnet, Scielo y Lexbase, utilizando como criterio de búsqueda las palabras “familias” “crianza” y “seguridad social”, en el período comprendido entre 1994 y el 2020.

Para el análisis de las sentencias se utilizó como pregunta orientadora ¿Cuáles derechos a la seguridad social son reconocidos a los hijos de crianza en Colombia?, y se obtuvo en una primera búsqueda en la base de datos de Lex Base 107 sentencias, las cuales fueron contrastadas con las referenciadas en los artículos académicos y científicos, quedando para el estudio 32 fallos. Por cada decisión judicial se elaboró una ficha hermenéutica con la siguiente información: Datos de Identificación Hechos Derechos Vulnerados, Razón de la Decisión, Fallo, Otras sentencias referenciadas.

| | |
|----------------------------|---|
| CORTES SUPREMA DE JUSTICIA | Sala de Casación Laboral, Sentencia 17607 de 2002; Sala de Casación Laboral, Sentencia 28786 de 2007; Sala de Casación Civil, Sentencia 14680 de 2015; Sala de Casación Civil, STC6009-2018; Sala de Casación Laboral; Sentencia 1939 de 2020; Sala de Casación Civil, Sentencia 5594 de 2020. |
| CONSEJO DE ESTADO | Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2008-00244-01(AC); Sentencia 05001-23-31-000-2009-00197-01(AC); Sentencia 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252). |
| CORTE CONSTITUCIONAL | Sentencia T-217 de 1994; T-495 de 1997; T- 049 de 1999; T-586 de 1999; T- 1502 de 2000; T-292 de 2002; T-497 de 2005; T- 572 de 2009; C-577 de 2011; T-606 de 2013; T-070 de 2015; T-519 de 2015; T 074 de 2016; T- 525 de 2016; T- 705 de 2016; T- 138 de 2017; T-177 de 2017; T-316 de 2017; C-359 de 2017; T-281 de 2018; C-085 de 2019; C-188 de 2019; C-289 de 2019. |

3. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Convenios y tratados internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece en su **artículo 16**: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) determina en su artículo 10 que a la familia se le conceder la más amplia protección y asistencia, por su papel en el cuidado y educación de los hijos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1976) señalan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que se encuentra amparada en su protección por la sociedad y del Estado. Determina que se debe asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de la familia en su constitución, convivencia y disolución, adoptando disposiciones que aseguren la protección de los hijos en el evento de separación o ruptura.

Por su parte, en el preámbulo de la Convención de los Derechos de los Niños (1989) se señala que la familia es un grupo fundamental de la sociedad que permite el crecimiento y bienestar de los niños, los cuales deben recibir protección y asistencia para que asuman sus responsabilidades dentro de la comunidad.

En igual sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969) establece en su artículo 17 el deber de los Estados de proteger a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, reconociendo que de ella se erigen los derechos de los cónyuges a contraer matrimonio y a fundarla.

En aplicación de los mencionados tratados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Forneron vs. Argentina* (CIDH, 2002) determinó que el paso del tiempo puede favorecer la creación de vínculos afectivos entre un niño y quien lo tenga bajo su custodia o cuidado, por lo cual el Estado debe procurar preservar el vínculo y adoptar medidas que favorezcan el bienestar de la familia.

Por otra parte, en el caso de *Atala Riffo vs. Chile* (CIDH, 2004), la Corte señaló que la Convención Americana de Derechos Humanos en el mencionado artículo 17 no determinó un modelo único ni tradicional de familia, y que si se impusiera uno, configuraría una injerencia arbitraria a la vida privada, por el impacto que pueda tener en un núcleo familiar.

Igualmente, en el caso de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (CIDH, 2012), la Corte protegió el derecho a fundar una familia a través de métodos de planificación familiar y métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, conforme a las posibilidades ofrecidas por las diversas técnicas de reproducción asistida.

Las familias de crianza en Argentina

El Código Civil y Comercial de Argentina (2015) reconoce un derecho familiar en plural y no en singular; esto significa que no existe un modelo universal o inmutable de familia. Para Kemelmajer (2014), este cambio ha sido posible por decisiones judiciales que crearon un marco regulatorio para las nuevas necesidades sociales u opciones de vida que el derecho no puede ignorar.

Según lo expresado por la autora, las relaciones familiares actuales ya no solo están basadas en los vínculos biológicos; la afectividad es reconocida como una nueva forma de parentesco, a la que

se ha llamado “parentesco social afectivo”, que reconoce la relación entre dos personas que no tienen relación consanguínea pero desarrollan relaciones como si fueran parientes. De allí que el Código regula la figura del “progenitor afín” en los artículos 672 al 676, a partir de la denominada “familia ensamblada”, originada por el matrimonio o la convivencia de pareja, cuando se tienen hijos nacidos con anterioridad a la unión.

Para Puentes (2014), estas familias hacen parte de las nuevas dinámicas familiares a partir de los cambios demográficos que afectan a las sociedades. Por su parte, Davison (2014) argumenta que estos cambios se han incluido en el Código Civil y Comercial de Argentina al establecer derechos y deberes al “progenitor afín”, lo cual para Contreras (2006) genera una obligación “subsidiaria” en el derecho de alimentos y visitas cuando los padres no cumplan o lo hagan de manera insuficiente.

En relación a los derechos a la seguridad social, Gaitán (2012) plantea que el ordenamiento jurídico argentino ha reconocido derechos a los hijos afines, asimilándolos con los hijos biológicos. En este sentido, la Ley 24.241 (1993) asignó con carácter alimentario el beneficio de pensión, por lo cual, concluye el autor, dichos hijos son beneficiarios de este derecho, en razón de que los padres y los hijos afines tienen obligaciones recíprocas de alimentos.

Existen decisiones judiciales que reconocen la pluriparentalidad o multiparentalidad –hasta el momento en Argentina de triple filiación– que reclaman un reconocimiento legal, es decir, la posibilidad de que un niño establezca vínculos con más de dos progenitores, lo cual impacta en el ejercicio de la responsabilidad parental y en los derechos en la seguridad social (Bladilo, 2019).

Un ejemplo es la sentencia de la magistrada Mariana Josefina Rey Galindo del Juzgado de la Localidad de Monteros, Provincia de Tucumán, que ha sido referente en el reconocimiento de la filiación socioafectiva de una niña para que tuviera en su acta de nacimiento con dos papás y una mamá. En el 2019, la juez también había fallado a favor de un adolescente que solicitaba llevar los apellidos de la familia que lo había cuidado, conformada por su tía y su esposo.

Voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos) (...). (Poder Judicial de Tucumán, 2020)

Otro caso similar lo falló la jueza Ana María Carriquiry del Juzgado de Familia N°. 2 de Oran (Salta) quien permitió que un niño de dos años, huérfano de madre, tuviera una pluripaternidad de su padre biológico y el de crianza. La decisión se fundamentó en el amor de ambos padres, la pérdida de su madre al nacer y el impacto que tendría para el niño una decisión que desconociera el vínculo socioafectivo.

Además de tu mamá, tenés dos papás. ¿Cómo puede ser posible esto? También por amor. Los dos te aman por igual y son tus papás. Uno de ellos es tu papá genético, biológico. El otro papá es el que se ocupó de vos durante tus primeros años de vida en forma exclusiva; él te reconoció como hijo, te tuvo con vos y te ama, por eso es tu papá socioafectivo. (Carriquiry, 2021)

Para Bladio (2019), la pluriparentalidad puede asumirse desde tres opciones a nivel normativo: regulación, prohibición o silencio. Sugiere su regulación para reconocer la igualdad entre los progenitores y los hijos, y el derecho a la filiación de los niños. El prohibirla o silenciarla genera estigmatización y las condena a batallas judiciales para el reconocimiento de sus derechos.

4. LA FAMILIA DE CRIANZA EN COLOMBIA

Frente al reconocimiento de los derechos a la seguridad social a las familias de crianza en Colombia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sus sentencias han amparado sus derechos como nueva tipología familiar con fundamento en los principios de solidaridad, igualdad, el apoyo mutuo pluriculturalidad, entre otros.

Se fundamenta en el principio de pluralidad del artículo 7 de la Constitución Política, que identifica a las familias desde sus identidades y respeta las diversas formas de constitución, contrario a identificar un concepto único, excluyente y prevalente de familia.

El principio de igualdad la Corte Constitucional lo ha desarrollado refiriéndose al régimen pensional en la Sentencia T- 316 de 2017, la cual ampara a las familias de crianza en igualdad de condiciones a las demás tipologías de familia, siempre que cumplan los requisitos de la Sentencia T- 705 de 2016, la cual se explicará más adelante.

Con respecto al principio de solidaridad, la Corte Constitucional la fundamenta en el artículo 67 del Código de Infancia y Adolescencia, al reconocer que un niño puede estar bajo el cuidado y la custodia de terceros que asumen un apoyo emocional y material, y que al separarlos bajo una medida de restablecimiento de derechos podría generar riesgos y vulnerabilidades por los vínculos afectivos creados entre ellos (Corte Constitucional, Sentencia T- 580A/2011).

De igual manera, en la Constitución Política en el artículo 95 numeral segundo consagra el principio de solidaridad, determina que todo colombiano debe actuar ante situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas. La familia de crianza que garantice un desarrollo emocional, físico y social para el niño, el Estado debe garantizar su protección en aplicación del interés superior del niño.

En este sentido, la Corte Constitucional ha fundamentado el principio de solidaridad en las sentencias T- 074 de 2016, T- 705 de 2016 y T- 525 de 2016. En este último fallo destaca la protección constitucional de las familias de crianza y que al cumplirse los requisitos establecidos en la sen-

tencia T- 705 de 2016 se podría acceder en igualdad de condiciones, derechos y prestaciones que las demás familias amparadas por el Estado.

En este sentido, la Sentencia T- 705 de 2016, considerada la sentencia hito por la doctrina, reconoce los derechos a la seguridad social a la familia de crianza, en cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) existencia de vínculos afectivos, respeto, solidaridad y de todos aquellos elementos que hacen propicia la vida familiar; 2) desvinculación con el padre o madre biológicos en los vínculos afectivos y económicos, por ejemplo, cuando hay desinterés en proveer las necesidades económicas de los hijos.

Por otra parte, mediante Sentencia T- 074 de 2016 se desarrolló el concepto de co- padre de crianza, para incluir a aquellos hijos que conviven o tienen una relación estable con sus padres biológicos, y con otra persona denominado co-padre que en virtud del principio de solidaridad asume las obligaciones que corresponden a los padres biológicos y establecen lazos de afecto y protección con el niño, suministrando lo necesario para su sostenibilidad vital. Por lo tanto, nada obsta para que un hijo de crianza tenga a sus padres biológicos y de crianza, y no se exige que el lazo con los primeros sea inexistente o esté deteriorado.

De esta suerte, en cumplimiento de las anteriores sentencias, se determina entonces los requisitos para la exigibilidad de los derechos de seguridad social a las familias de crianza o de hecho, en igualdad frente a las familias conformadas bajo vínculos de sangre o adoptivos.

Reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en la jurisprudencia colombiana

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia inicia el reconocimiento de los derechos a la seguridad social a los hijos de crianza, requiriendo la comprobación real y no aparente de la relación filial de asumir las responsabilidades como padres e hijos, con carácter de permanencia. Igualmente, se debe demostrar la dependencia económica respecto del causante, pues es la que genera la necesidad de protección en la seguridad social (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Posteriormente, en Sentencia 28786 de 2007, la Corte niega la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza, al considerar que no cumplía con el requisito de parentesco exigido por el parágrafo del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (Corte Suprema de Justicia 2007).

En este mismo sentido, en sentencia de 2015, una madre de crianza solicitó ser beneficiaria de la pensión de sobrevivencia de su hijo soldado del Ejército nacional, pero la Corte desestimó sus pretensiones al señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no contemplaba la familia de crianza, solo para aquellas familias conformadas por los vínculos del matrimonio, adopción y unión marital

de hecho. Concluye que no se puede otorgar un beneficio a quien no tiene la calidad de progenitor como lo define el Código Civil, es decir, a partir de vínculos consanguíneos o de adopción.

Sin embargo, la Corte cambia su postura al analizar el caso de una mujer que solicitó ante el juez de familia que declarara su calidad de hija de crianza, el cual fue denegado, por considerar que esta nueva tipología de familia no estaba regulada en la Ley, ni tampoco se encontraba prevista en un procedimiento judicial.

Para la Corte, el argumento utilizado por el juez que falló el caso en primera instancia afectó el derecho a una tutela judicial efectiva, al reconocer que en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado la familia no solo es aquella constituida a partir de vínculos biológicos o jurídicos, sino también por los vínculos de solidaridad, amor, respeto y protección (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En providencia de 2020 (Corte Suprema de Justicia, 2020a), la Corte en el análisis de un caso de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, señaló que si bien la familia de crianza no se encuentra regulada en la Ley, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia han determinado un alcance del concepto de “miembro del grupo familiar”, el cual incluye a los hijos de crianza, y que en armonía con la protección de los derechos de los niños, se requiere su protección en las disposiciones de la seguridad social.

En esta sentencia se mencionaron como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes los siguientes: 1) relación de hecho con la familia de crianza, diferente a la biológica o civil; 2) vínculos de afecto y protección, relacionadas con las obligaciones previstas a la familia en el artículo 39 de la Código de Infancia y Adolescencia para asegurarles condiciones óptimas para su adecuado desarrollo; 3) reconocimiento de vínculos en el ámbito social como padre y/o madre e hijos; 4) término razonable que permita evidenciar dichos vínculos afectivos; 5) dependencia económica, como elemento que permita identificar que ante la falta de quien ejerce los roles como padre o madre, ante su muerte, el hijo se encuentre en una situación de desprotección en su mínimo vital.

En este mismo año (2020) la Corte analizó un caso sobre los beneficios laborales en Ecopetrol y determinó que la actora debía acudir ante los jueces de familia y realizar un proceso declarativo como hija de crianza, para que tuviera implicaciones en el estado civil, y así generar derechos y obligaciones entre padres e hijos, toda vez que el vínculo de crianza se ha reconocido por vía jurisprudencial pero no está prevista aún en la ley como parentesco (Corte Suprema de Justicia, 2020b).

Jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha amparado bajo el principio de pluralismo a la familia de crianza, otorgando el derecho a la pensión de sobreviviente, al considerar que el derecho debe ajustarse a las

realidades jurídicas, para proteger a las relaciones familiares que no están unidas exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.

Desde 2008, el Consejo de Estado ha reconocido derechos a la seguridad social a partir del análisis del fallecimiento de soldados profesionales en combate. Este año otorgó una pensión de sobreviviente a un abuelo que asumió el cuidado y sustento económico de su nieto que pertenecía al Ejército Nacional de Colombia. Consideró que este asumió las obligaciones de cuidado y sustento económico, por lo cual le otorgó la calidad de padre de crianza (Consejo de Estado, 2008).

En igual sentido, en sentencia del de 2009, reconoció la pensión de sobrevivencia a los padres de crianza de un soldado también fallecido en combate, argumentando que la institución de la familia la conforman también aquellos en los que no concurren los vínculos biológicos o civiles, pero que se evidencia en el análisis probatorio las relaciones de hecho y los lazos de solidaridad y apoyo mutuo como miembros de una familia (Consejo de Estado, 2009).

Para 2013, el Consejo de Estado reconoce el derecho a un padre de crianza que reclama al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) la indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo al morir en un centro de reclusión. En esta oportunidad, esta Corte reconoce que la familia está fundamentada en el amor, el afecto, la solidaridad y la protección, más allá de considerarla desde los vínculos de sangre que se encuentran representados en un nombre y apellidos (Consejo de Estado, 2013).

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en la Sentencia T-495 de 1997 analiza el caso de un soldado fallecido en servicio y determinó que se debía reconocer a sus padres de crianza los mismos derechos que a los padres biológicos o adoptivos, toda vez que el comportamiento, acompañamiento y apoyo mutuo entre los padres e hijos de crianza revelan “una voluntad inequívoca de conformar una familia”.

Así mismo, en Sentencia T- 049 de 1999 la Corte resaltó que el concepto de familia debe ampliarse incorporando a personas no vinculadas por lazos de la consanguinidad y que permitan a los niños su desarrollo físico, moral, intelectual y psíquico.

En Sentencia T-586 de 1999 la Corte analiza el caso de una menor en calidad de “hijastra” de una unión marital de hecho y determinó que tiene derecho a recibir el pago del subsidio familiar en dinero, toda vez que el constituyente prohibió cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo familiar.

En 2004 la Corte en la Sentencia T- 292 falló el caso de un niño separado de su familia de crianza, con la cual había desarrollado lazos de afecto, protección y amor. Para la Corte, es importante eva-

luar las implicaciones y repercusiones de las medidas adoptadas frente a los niños para que no se desmejoren sus condiciones de vida. En este sentido, los niños son sujetos de especial protección y es primordial la solidaridad social y el Estado no puede generar obstáculos a quien los protege en cumplimiento del deber constitucional de solidaridad.

Por otra parte, en la Sentencia T- 497 de 2005, la Corte determinó que cuando un niño se ha separado de su familia biológica para ubicarlo al cuidado de una familia de crianza y con esta se generan vínculos afectivos de amor y cuidado, la protección constitucional del derecho a tener una familia y no ser separado de ella se traslada para la de crianza, porque ha permitido su desarrollo integral, en aplicación del principio del interés superior del niño.

En la Sentencia T- 572 de 2009 la Corte precisa que el concepto de familia desde ser entendido bajo el principio del pluralismo, de tal suerte que, en una sociedad plural como Colombia, no existe un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

Con respecto al concepto de familia, la Sentencia C-577 de 2011, la Corte reconoce a la familia de crianza como aquella tipología familiar en la que se desarrollan vínculos afectivos entre los niños y su integrantes y que inclusive puede prevalecer en aplicación al interés superior del niño.

En 2013, mediante la Sentencia T- 606, la Corte concluyó que “toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar es contraria a la Constitución”; de esta manera, esta Corte resguarda los derechos de la familia de crianza, tomando como fundamento el artículo 42 constitucional, a partir del análisis de los beneficios de la Convención Colectiva de Ecopetrol en el régimen de excepción de salud a una hija de crianza como beneficiaria. En este mismo sentido, en la Sentencia T-519 de 2015 la Corte ordenó a Ecopetrol S.A. que reconociera los derechos de las hijastras de uno de sus trabajadores con el fin de que gozaran de los beneficios convencionales a nivel educativo y de prestación de servicios de salud, siempre que se probara las relaciones de afecto, respeto y asistencia entre sus miembros.

En Sentencia T-070 de 2015, la Corte concedió el derecho a la educación a los hijos de crianza, toda vez que la igualdad que se predica entre estos y los hijos biológicos y adoptivos se hace extensiva a todos los aspectos de la vida, incluyendo la educación, por lo cual su protección y promoción garantiza un adecuado nivel de vida.

Aunado a lo anterior, en Sentencia T- 705 de 2016 se analizó el reconocimiento de auxilios económicos educativos para los hijos de crianza. Para la Corte, la categoría de “hijo de crianza” es de origen jurisprudencial, toda vez que la Ley solo señala como formas de filiación la matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. El vínculo que se genera con los hijastros está amparado en la cotidianidad a partir de los lazos de afecto, solidaridad y ayuda mutua. Para la Corte, en estos casos se

requiere un pleno convencimiento de los lazos familiares entre la familia de hecho, un deterioro o ausencia de la familia biológica y un material probatorio que permita evidenciarlo, por las consecuencias jurídicas que se generan.

Por ejemplo, en la Sentencia T- 074 de 2016 un ciudadano, en representación de su hijo menor, tenía como pretensión que se le protegieran los derechos fundamentales de la seguridad social. El ciudadano padecía de una discapacidad física que llevó a que las posibilidades de encontrar un empleo en condiciones dignas se vieran limitadas, por lo que fue el abuelo paterno del niño quien se hizo cargo de su sostenimiento hasta su fallecimiento. En esta providencia la Corte señala que en este caso no existe un reemplazo para la figura padre / madre de manera absoluta, debido a que la persona que asume como propias las funciones paternas actúa según el principio de solidaridad convirtiéndose en un “co-padre de crianza, por asunción solidaria de la paternidad del menor”. Por último, la Corte concluye que se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza como para las biológicas y las legales en lo referente a acceso a beneficios prestacionales.

Al respecto se evidencia que esta Corte desarrolla el concepto de “co-padre de crianza” para proteger los derechos de las familias de crianza, lo cual permite concluir que se ha venido protegiendo a estas familias. Sin embargo, es importante advertir que se trata de sentencias de tutela, es decir, sentencias con efectos inter partes y que son importantes para los efectos *erga omnes*, sentencias constitucionales o de unificación, además la necesidad de la regulación por el órgano legislativo.

En otra decisión, la Corte en la Sentencia T-177 de 2017 la Corte reconoce que los hijos de crianza tienen derecho a su inclusión en el subsistema de salud del magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado; de lo contrario se desconocerían los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizársele a los niños como sujetos de especial protección.

Para la Corte, de conformidad con la Constitución Política, no es posible realizar distinciones entre los hijos, toda vez que existe igualdad entre todos los integrantes de la familia, principio absoluto que no admite ningún tipo de diferenciación o discriminación. En sintonía a lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 1502 de 2000 determinó: “La cobertura familiar en el Sistema de Seguridad Social es un derecho que le asiste todos los miembros de la familia sin distinción alguna, toda vez que es indiferente como se constituye la misma”.

Por otra parte, en Sentencia T- 138 de 2017, la Corte nuevamente reconoce los derechos de la seguridad social de los hijos de crianza, específicamente la pensión de sobrevivencia; lo hace en virtud de los requisitos establecidos en Sentencia T- 705 de 2016, los cuales fueron enunciados anteriormente, bajo la protección de los principios constitucionales de igualdad y solidaridad.

En igual sentido, en las sentencias T- 525 de 2016 y T- 316 de 2017 la Corte realiza un análisis de los criterios para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el caso de la familia de crianza, y concluye que sí hay lugar a dicha prestación económica en condiciones de igualdad a todos los derechos que el Estado colombiano otorga a las demás familias.

Por su parte, en Sentencia T-281 de 2018 la Corte reconoce a los hijos de crianza como beneficiarios de la sustitución pensional, pronunciándose sobre el concepto amplio y dinámico de familia y el reconocimiento de los derechos pensionales en virtud de la protección constitucional de la familia.

Sentencias Inhibitorias de la Corte Constitucional

En la Sentencia [C- 359 de 2017](#), la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 de la [Ley 797 de 2003](#), al solicitar la inclusión a las familias de crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En su decisión, la Corte determinó que el accionante buscaba aumentar los beneficiarios de dicha prestación económica, aspectos que escapaban de su competencia, al configurarse una omisión legislativa absoluta.

Bajo este mismo argumento, en la Sentencia C- 289 de 2019, el accionante pretendía la inclusión del hijo de crianza como beneficiario del subsidio familiar en dinero, previsto por el artículo 3 de la [Ley 789 de 2002](#), pero la Corte reiteró su argumento de presentarse una omisión legislativa absoluta en la norma, asunto que estaba por fuera de la competencia de la Corte.

Por otra parte, en Sentencia C- 188 de 2019 se demandó el literal h) del artículo 163 de la [Ley 100 de 1993](#), modificado por el artículo 218 de la [Ley 1753 de 2015](#), debido a que no incluía a las familias de crianza. Dicha disposición establece que ante la ausencia de cónyuge, compañera o compañero permanente e hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este serán beneficiarios del régimen contributivo de salud en calidad de miembros de su núcleo familiar. Al respecto la Corte se declaró inhibida, argumentando que se encontraba nuevamente una omisión legislativa absoluta, por lo cual no podría realizar el control de constitucionalidad.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- ▶ El reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en Colombia se ha realizado principalmente mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha desarrollado una serie de requisitos a partir de sentencias de tutela. Sin embargo, ha determinado que ante la falta de regulación normativa de sus derechos se configura una omisión legislativa absoluta, por lo cual no es posible realizar el un control de constitucional a las normas demandadas como inconstitucionales.
- ▶ Se sugiere tener un criterio unificado en la jurisprudencia respecto a que aquellos hijos de crianza cuyos vínculos con sus padres biológicos sean inexistentes podrán reclamar el derecho

a la pensión de sobrevivientes de los padres de crianza, toda vez que no existe vínculo real con sus padres biológicos. No obstante lo anterior, el concepto de co-padre de crianza aparea varios retos para el sistema de seguridad social en pensiones, porque este concepto abre las puertas para que un hijo tenga vínculos con sus padres biológicos y los de crianza y pueda reclamar la pensión de sobrevivientes de ambos si demuestran que cumplen con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional en sentencias T- 074 de 2016 y T- 705 de 2016, lo que puede representar un riesgo para la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

- ▶ Si bien la Corte Constitucional en sentencias T- 074 de 2016 y T- 705 de 2016 se ha referido específicamente a la pensión de sobrevivencia, nada obsta para que haga extensivo, en virtud del principio de igualdad, el resto de prestaciones del sistema de seguridad social en pensiones con la finalidad de proteger a las familias de crianza; es necesario un pronunciamiento desde una sentencia de control de constitucional para que sus efectos sean *erga omnes*.
- ▶ Aunque el reconocimiento de derechos de la seguridad social a las familias de crianza en Colombia se fundamenta en principios de igualdad, pluriculturalidad y solidaridad, no puede dejarse de lado el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, principio que establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se suministrará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y se debe garantizar a todos los habitantes.

El principio de sostenibilidad financiera, en primer lugar, no debe ser una razón para desconocer derechos fundamentales como es el derecho a la pensión, porque este debe ser garante de todo un conjunto de acciones reguladas que conduzcan al disfrute de los derechos y garantías constitucionales como lo es la pensión y una vida en condiciones dignas. Por lo tanto, el legislador debe establecer claramente unos requisitos que permitan a estas familias acceder a dicha pensión, pero, al permitirse reclamar la pensión de sobrevivientes de los padres de crianza y los biológicos, podría representar un riesgo el sistema, por lo cual se proponen mecanismos eficaces y eficientes la ocurrencia de posibles fraudes al sistema.

Se recomienda realizar estudios por parte de las administradoras de pensiones públicas y privadas, de forma conjunta con la academia y la rama judicial, que propendan por la realización de una ley encaminada a resguardar los derechos constitucionales de las familias de crianza, para así determinar el trámite o proceso para su declaración y asegurar las prestaciones económicas en los Derechos de Familia, Laboral y de la Seguridad Social. La regulación normativa brindará seguridad jurídica y protección a la familia; el no tenerla hará que se continúe en la lucha para que sus derechos, obligaciones propias del estado civil y el reconocimiento de prestaciones sociales, lo que genera un espacio simbólico de protección sólo a aquellas que se encuentran amparadas por la Ley.

REFERENCIAS

- Bladilo, A. (2019). Familias pluriparentales: donde tres (¿o más?) no son multitud. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 38, 135-158. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.005>.
- Carriquiry, A.M^a. (2021). Carta al Querido P. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/multiplicar-el-amor-la-conmovedora-historia-detras-del-fallo-que-avalo-la-pluripaternidad-de-dos-nid21042022/>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas [DANE] (2018). *Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>
- Contreras (2016). Familias ensambladas, aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual. *Revista Portularia*. 6 (2). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161017317007>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Congreso de la República Argentina. Nuevo Código Civil y Comercial Unificado de Argentina (2015). Ley 26.994
- Congreso de la Nación República Argentina. Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (1993). Ley 24.241.
- Congreso de la República (1993). Ley 100, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social.
- Congreso de la República (2006). Ley 1098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Congreso de la República (2002). Ley 1753, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".
- Congreso de la República (2003). Ley 797, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales.
- Consejo de Estado (2008). Sentencia 19001-23-31-000-2008-00244-01, C.P. Ligia López Díaz.
- Consejo de Estado (2009). Sentencia 05001-23-31-000-2009-00197-01, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado (2013). Sentencia 19001-23-31-000-2001-00757-01, .P. Enrique Gil Botero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Atala Riffo y niñas vs. Chile. Serie C N°. 239.
- Corte Constitucional (1994). Sentencia T-217, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1997). Sentencia T-495, M.P.. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-049, M.P.. José Gregorio Hernández.

- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-586, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional (2000). Sentencia T 1502, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-292, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional (2004). Sentencia T-292, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia T-497, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (2009). Sentencia T-572, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-577, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-606, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-519, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-070, M.P. Martha Victoria Sachica Méndez
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T 525, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T 074, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-705, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-177, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T 138, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-316, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia C-359, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.
- Corte Constitucional (2018). Sentencia T-281, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C 188, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C-289, M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C-085, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 17607 de 2002. (M.P. Francisco Escobar Henríquez, 6 de mayo de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 28786 de 2007. (M.P. Isaura Vargas Díaz, 14 de agosto de 2007)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 14680 de 2015 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; 23 de octubre de 2015)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC 6009-2018 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 9 de mayo de 2018).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 1939 de 2020 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga; 03 de junio de 2020a).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5594 de 2020 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 14 de agosto de 2020b).
- Davinson, D (2014). *Tus hijos, mis hijos, nuestros hijos*. Argentina. Editorial Bubok.
- Gaitán, J (2012). *Familias ensambladas*. Argentina: Universidad Empresarial Siglo 21.
- ICBF (2020). *Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones*. <https://www.icbf.gov.co/lineamiento-tecnico-administrativo-del-programa-adopciones-v4>.
- Jefatura de Estado (2003). Ley 40, de protección a las familias numerosas.
- Jefatura de Estado (2000). Ley 4, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Kemelmajer, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *Revista Jurídica la Ley*. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Decreto 1192 de 2012, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a Fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Decreto Legislativo 8 de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Organización de Estados Americanos (1976). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención de los Derechos de los Niños*.
- Poder Judicial de Tucumán (2020). Juicio L.F.F. c/. S.C.O. s/ Filiación. Expediente Nro.659/17. <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/tenes-derecho-a-conservar-tus-dos-papas-emotivo-fallo-jueza-tucuman-mariana-rey-galindo.phtml>
- Puentes, A. (2014) Las familias ensambladas: Un acercamiento desde el Derecho de Familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 6, 58-82.
- Stewart, S. (2020). Stepfamily policies and laws in the United States: Lessons from de West. *Journal of Family Issues*, 891-912. <https://doi.org/10.1177/0192513X20918429>
- World Family Map (2017). *Mapping Family Change and Child Well-Being Outcomes*. New York: Institute Family Studies.

Proyectos de energía renovable en el territorio indígena wayuu. Una relación desconectada*

*Renewable energy projects in the wayuu indigenous
territory. A disconnected relationship*

CARLOS MANUEL GUERRA LÓPEZ

Descendiente del pueblo indígena wayuu. Abogado, magíster en Derecho del Estado con énfasis en derecho de los recursos naturales y candidato a doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. carlosmanuel.guerralopez@gmail.com

* Este artículo es una actualización, con algunas reformas, del trabajo titulado *Desconexión energética, ambiental y cultural en el territorio wayuu*, presentado a la Universidad Externado de Colombia para obtener el título de magíster en Derecho del Estado con énfasis en derecho de los recursos naturales. Puede ser consultado en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3945?show=full>

Resumen

El territorio indígena wayuu es considerado el escenario propicio para los proyectos de energía renovable. Sin embargo, la relación entre las empresas del sector y el pueblo wayuu atraviesa una serie de desconexiones que complejizan su interacción. Por ende, se propone clasificar estas desconexiones entre ontológicas e interculturales. La desconexión ontológica se presenta por las discrepancias conceptuales entre las diversas formas de comprender y actuar en el territorio, mientras que las interculturales responden a las dificultades que impiden que la interacción entre culturas diversas sea mediada por un diálogo genuino. En consecuencia, se identifican las desconexiones más relevantes.

PALABRAS CLAVE

Desconexión, interculturalidad, ontología wayuu, Energías renovables, derecho ambiental, derechos indígenas.

Abstract

The wayuu Indigenous Territory is considered the ideal setting for renewable energy projects. However, the relationship between the sector companies and the wayuu people goes through a series of disconnections that complicate their interaction. Therefore, it is proposed to classify these disconnections between ontological and intercultural. Ontological disconnection is presented by conceptual discrepancies between the various ways of understanding and acting in the territory, while intercultural ones respond to the difficulties that prevent interaction between diverse cultures being mediated by genuine dialogue. Consequently, the most relevant disconnections are identified.

KEYWORDS

Disconnection, interculturality, wayuu ontology, renewable energy, environmental law, Indigenous rights.

1. INTRODUCCIÓN

*La antropóloga, de cabellos de maíz, me ha pedido que
le muestre una forma de pūlowi.
Por fuerza interna la llevé hacia el mar (palaá)... nocturno.
No sé si comprendió que pūlowi estaba en nuestro oculto temor de verla.*
Vito Apūshana

Este diciente poema, titulado Alijuna¹ nos ilustra acerca de las múltiples desconexiones que pueden existir entre los mundos creados por los alijuna y por los indígenas wayuu. Si algo caracteriza las relaciones entre culturas diversas es la distancia entre sus ontologías y cómo estas diferencias pueden desembocar en fuentes de conflictos. Para aclarar esta afirmación es necesario ahondar en tres conceptos trascendentales: las ontologías, la interculturalidad y la desconexión.

Abordar las complejidades del mundo indígena desde las ontologías es una de las premisas del *giro ontológico de la antropología*. En ella, el *otro* se convierte en un pensamiento guiado por el conocimiento y el punto de vista. Así, lo relevante en la interacción entre el *Yo* y el *Otro* no es la individualidad o colectividad de cada uno y su grupo, sino la interacción o la relación en sí misma (Viveiros de Castro, 2016). En consecuencia, las ontologías son más que un mero inventario o un simple mapa mental; por el contrario, se configuran como formas de construir la realidad (Blaser, 2019). En otras palabras, las premisas ontológicas son un llamado a reivindicar los conocimientos y saberes que se producen en el interior de las culturas para reconocer la realidad en tanto alteridad (González-Abrisketa y Carro-Ripalda, 2016).

La interculturalidad supone un proyecto de gestión democrática en sociedades eminentemente plurales. Los esfuerzos se dirigen a lograr la conexión entre distintas culturas a través de la relación dialógica (De Lucas, 2011). En palabras de Parekh (2005), “el diálogo intercultural es necesariamente polifacético, heterogéneo e implica la utilización de argumentos de tipo diverso, así como diferentes niveles de generalidad” (p. 432). Por ende, fomenta la participación y la superación de dificultades desde el reconocimiento y las discusiones de desafíos comunes.

Por otra parte, el concepto de *desconexión* es mucho más versátil. Generalmente, es entendido como aquellos fenómenos que privan o impiden un adecuado enlace entre actores, y cuya manifestación puede devenir en una mayor fuente de tensión (Cimadevilla, 2005). En este sentido, los enlaces se comprenden como aquellos sistemas de redes que facilitan o propenden por la comunicación entre actores. Los actores enmarcan un campo de estudio más amplio: puede tratarse

¹ Alijuna, palabra proveniente del wayuunaiki (lengua del pueblo wayuu) para referirse a las personas que no son indígenas Wayuu, el otro. Poema, en López-Hernández (2019).

de conceptos (como sucede con las ontologías), colectividades (verbigracia los pueblos), como también los sujetos y las experiencias comunicativas y/o pragmáticas.

Si bien es cierto que la *desconexión* es un concepto multifacético, con frecuente aplicación en los campos ingenieriles, también lo es que su utilidad a la hora de estudiar relaciones entre culturas diversas es muy provechosa. Principalmente, si partimos de los numerosos inconvenientes que se presentan a la hora de analizar escenarios donde confluyen proyectos de inversión y grupos étnicos. Por otro lado, al abordar el tema energético, resulta propicio enmarcar la discusión dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible [ODS], puntualmente el 7: “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”, como el marco de estudio pertinente para esta investigación.

Alrededor del 13 % de la población mundial carece aún de acceso a servicios modernos de electricidad (Planelles y Delgado, 2018). La energía es el factor que contribuye principalmente al cambio climático y representa alrededor del 60 % de todas las emisiones mundiales de gases efecto invernadero GEI (Naciones Unidas, 2018). En La Guajira, departamento del caribe colombiano, la cobertura neta de energía eléctrica alcanza un 78 % (PNUD, 2019). Situación que impide lo planteado por el ODS 7 al trazarse la meta de garantizar al 100 % de la humanidad acceso a este servicio público esencial.

Puntualmente, en La Guajira, territorio donde habita el pueblo amerindio wayuu, presenta las mejores calidades y potencialidades para la implementación de empresas dedicadas a las fuentes no convencionales de energía renovable FNCER. No obstante, al observar al territorio guajiro y las actividades económicas que han marcado su historia, resulta provechoso iniciar el análisis desde el concepto de *extraños naturales*, a saber: “una sociedad basada en la objetificación (del ser propio y de otros como persona pública) tenderá a proyectar la misma dicotomía jerárquica sujeto-objeto sobre la relación entre la persona y el mundo (natural)” (Hornborg, 2001, p. 73).

Bajo este contexto surge el siguiente interrogante: *¿cómo es la relación entre las empresas de energía renovable y el pueblo indígena wayuu?* Para entender qué caracteriza dicha relación, fue necesario un trabajo mixto, es decir, este artículo se basa tanto en una revisión bibliográfica de la literatura existente sobre el tema como en la recopilación de experiencias a partir de diversos trabajos de campo en el interior del territorio wayuu, los cuales se basaron, principalmente, en el ejercicio profesional como asesor jurídico de algunas comunidades indígenas wayuu, así como investigador en algunos proyectos energéticos en la zona.

En esta medida, este documento surge como una necesidad de analizar las relaciones que se han venido generando entre las dinámicas empresariales de los proyectos de generación de energía y las lógicas ancestrales y culturales del pueblo wayuu. Por ello, se analizará en primer lugar un contexto fáctico en el que se evidencian tanto la cosmovisión del mundo wayuu y sus dinámicas

histórico-económicas como las particularidades de este nuevo período de las empresas de energía renovable; en segundo lugar, la pertinencia de las nociones de desarrollo y desarrollo sostenible como ejes del diálogo intercultural; y finalmente, el rol que desempeñan el derecho ambiental y los derechos de los pueblos indígenas en todo este asunto.

2. EL MUNDO WAYUU: SU TERRITORIO Y LOS PROYECTOS DE ENERGÍA RENOVABLE

Los wayuu son un pueblo nativo del continente americano cuyo territorio se ubica en la región de La Guajira. Esta península se encuentra tanto en la zona más septentrional de Colombia y Sudamérica como en el noroeste venezolano. Su extensión alcanza los 15 380 km², de los cuales aproximadamente 12 240 km² pertenecen a territorio colombiano, mientras que 3 140 km² se ubican en territorio venezolano (Guerra, 2001).

Desde el punto de vista demográfico, el 4,3 % de la población colombiana se reconoce como miembro o perteneciente a una cultura indígena, siendo el pueblo más numeroso el wayuu, con un aproximado de 380 460 personas, que representan el 0,9 % de la población indígena del país y el 46 % del departamento de La Guajira. Adicionalmente, el 73,3 % de su población habita en zonas de resguardos indígenas, mientras que el 26,7 % restante vive por fuera de esta figura (DANE, 2018).

Aproximación a la ontología wayuu

Intentar resumir el complejo conjunto de significados que conforman la ontología wayuu es una tarea que desborda la intención de este artículo, sin embargo, se exponen ciertos conceptos que deben tenerse en cuenta a la hora de aproximarse a este pueblo indígena. Las nociones por exponer se centran en los factores que mayores desconexiones han presentado: el parentesco, las figuras de autoridad, la relación con el territorio y, por supuesto, su interacción con el otro.

Se entiende por ontología wayuu el conjunto de identificación de entes, categorizaciones y modos de relacionamiento entre humanos y entre humanos y no humanos, que dan sentido y forma al mundo wayuu. Para el caso, la ontología wayuu se puede ver a través de tres criterios que guían su conceptualización: (i) los modos de identificación de seres, (ii) la categorización de sus elementos esenciales y necesarios, y (iii) los esquemas de interacción o modos de relacionamiento (Descola, 2001).

Los wayuu conciben el parentesco como un eje primordial dentro del cual se ordena la vida social. Estos lazos crean un sistema complejo de múltiples conexiones entre parientes y territorio(s), los cuales representan parte de la identificación como ser wayuu ligado al cementerio y a las fuentes de agua (Pérez, 1998). Para comprender esta red de obligaciones, se debe tener claridad sobre dos conceptos íntimamente relacionados, pero con diferencias notables: *e'irükuu* y *apüshii*.

El pueblo wayuu se basa en un sistema de clanes. Al ser un pueblo matrilineal, el ingreso se presenta por vía materna, de ahí que la traducción literal del *e'irükuu* sea *los del tipo de la madre*. Se debe precisar que no existe una figura en el mundo wayuu que conglomere los distintos clanes bajo una sola voz o esquema de autoridad. Por lo tanto, los *e'irükuu* deben observarse como “categorías no coordinadas de personas que comparten una condición social y un antepasado mítico común” (Guerra, 2001, p. 66). Caso distinto ocurre con los *apüshii*, que incluye a los parientes uterinos de la madre; esta categoría se presenta como una base de análisis y de relacionamiento mucho más práctica.

La conformación familiar es más precisa a la hora de esclarecer las figuras de poder y representación. Si bien la familia nuclear (entendida como padre, madre e hijos) no desaparece, no representa la unidad principal de cohesión e interacción social. El epicentro de esta estructura está en los denominados *apüshii*, parientes uterinos o de carne (Guerra, 2019). Mientras que los parientes uterinos del padre, designados con el término *o'upayuu*, guardan otro tipo de relacionamiento y de funciones (Guerra, 2001). En el interior de los *apüshii*, la imagen de los tíos maternos (*alaiüalaa*) encarna una insignia de respeto y alta valoración. Se acude a ellos por ser aquellas personas que, por sus méritos, llegan a tener especial importancia en los momentos decisivos.

La cultura wayuu crea un vínculo inescindible con los territorios, atado a los *apüshii*, lo que permite establecer que tanto el parentesco como la territorialidad son aspectos inescindibles e inmodificables toda vez que sustentan la interacción social en el mundo wayuu. En este sentido, Guerra (2001) identifica tres mecanismos de control territorial basados en los principios de precedencia, adyacencia y subsistencia.

Otro aspecto de estudio se encuentra en sus variantes humanas; bien sea desde la perspectiva de lo propio y lo nuestro o desde las fronteras del otro, dos palabras marcan el derrotero por seguir: *wayuu*, que significa “de nuestra gente”, y *alijuna*, “tristeza montada” (Pérez, 1998). El primer concepto es un factor de identificación de los seres que comparten esta forma de brindarle sentido, origen y orden al mundo, mientras que el segundo es la denominación endógena para toda persona no indígena (Pérez, 1998). Aquí el lugar de procedencia es irrelevante; toda persona que no sea wayuu será identificada bajo esta denominación.

La compleja ontología del mundo wayuu sobrepasa las visiones reduccionistas, que se limitan a concebir el mundo y sus opciones desde los planteamientos dicotómicos. Su sistema normativo va más allá de los meros usos y costumbres y amerita ser analizado desde su importancia, efectos y valiosas contribuciones. Adicionalmente, pese a la marcada distinción entre lo wayuu y lo *alijuna*, es viable afirmar que el territorio guajiro es híbrido, producto de conversaciones históricas entre múltiples actores, el constante relacionamiento guiado por el aprovechamiento de recursos y la habilidad o sutileza con la que ambos han sabido apropiarse de los elementos del otro.

La Guajira como un lugar de mercado

El territorio guajiro siempre ha estado inmerso en mercados de vanguardia; afirmación que se evidencia tanto en el estudio de la génesis de su poblamiento como en las diversas actividades económicas que se han desarrollado paralelamente. No obstante, la potencialidad económica de sus recursos no suele ir aparejada con el bienestar o poder de decisión de sus gentes. En otras palabras, La Guajira es observada desde fuera, como un provechoso lugar de mercado pero poblada por extraños naturales.

Al hablar de poblamiento se requiere abordar tanto las acciones como las ideas que la sustentaron. La idea predominante desde el siglo XVI hasta la actualidad se basa en los múltiples intentos de sustituir el orden existente por uno radicalmente diferente (Guerra, 2007). Su historia recoge diversas estrategias con la intención de acceder a una despensa de riquezas que se encuentran en la distancia, no solo geográfica sino conceptual, generalmente tratada como un lugar salvaje y no como un ente que responde a una pluralidad cultural.

La primera actividad a gran escala es la explotación de los bancos de perlas, factor primordial para su poblamiento. Los siglos XVI y XVII, en el continente americano, se caracterizan por una fructífera explotación de los bancos de perlas. Al parecer, al disminuir la producción de ostrales en Cubagua se descubren los del Cabo de la Vela en 1538, lo cual produjo el traslado de sus habitantes junto a los esclavos y posesiones (Guerra, 2007). Los constantes ataques que las rancherías de perlas sufrían a mano de los wayuu dieron lugar a una campaña de pacificación del territorio, que no era otra cosa que la intención de exterminarlos.

Posteriormente, con la introducción del *Pastoralismo*, el pueblo wayuu prehispánico para subsistir se dedicaba a la caza, pesca, agricultura y recolección de frutos. La transición a esta economía especializada implicó un sinnúmero de efectos, entre ellos, sacrificar la autosuficiencia y obligar a un contacto con el *otro* para la comercialización de los productos derivados. Además, generó una estratificación de sus clanes, reflejada en la abundancia de su ganado (Saler, 1988). Esta actividad económica marca un antes y un después en toda la historia wayuu, y podría decirse que fue una apertura a la economía global. Lo atractivo aquí es que dicho cambio se produjo no por una imposición sino por una adscripción, convirtiéndose en el ejemplo por antonomasia del hibridismo cultural.

La etapa venidera estaría marcada tanto por los alzamientos y batallas como por la estigmatización de su población bajo la categoría de salvajes contrabandistas. Las poderosas alianzas comerciales con las islas del Caribe facilitaron la adquisición de armas por parte de los wayuu, acto que equiparó la contienda e impidió la pretensión de pacificación territorial (Polo, 2000). La visión desde fuera del territorio fue determinada por la estigmatización y un deseo recurrente de ho-

mogeneización, situación que no cambiaría en la vida republicana², la cual, en pleno siglo XXI, difícilmente puede catalogarse como superada.

La segunda mitad del siglo XX es recordada en La Guajira como la apertura *obligatoria* al mercado energético mundial. El gran abastecimiento de carbón y la crisis petrolera de los 70 convirtieron el territorio, nuevamente, en un espacio extractivo y sus pobladores, los wayuu, mantuvieron el rótulo de extraños naturales. La obra del Cerrejón puede ser considerada como un acto de colonización que se oculta en el lenguaje discursivo del desarrollo y su inevitabilidad. Para operar fue necesario el traslado de diversas familias wayuu, complejas obras de infraestructura (puerto, minas, línea férrea, carreteras y complejo habitacional) y, por supuesto, la comercialización de tierras innegociables (Montero y Mestra, 2008). Los efectos de convertirse en un territorio minero son diversos. Además de los impactos ambientales, el nulo poder de decisión de los wayuu frente a la empresa condujo a que aquella fuese vista como un actor desconectado de su realidad.

Al observar al territorio guajiro como un lugar de mercado se puede concluir que la población indígena wayuu ha sido vista como un permanente extraño en su propia tierra, desde la mirada del *otro* se ha generado lo que se denomina *extraños naturales*. En síntesis, encontramos un territorio que jamás ha sido ajeno a las dinámicas del mercado o a los intereses económicos coyunturales. No obstante, la estrategia de cambiar los parámetros de conducta del wayuu, estereotiparlo bajo la figura del salvaje contrabandista o el opositor del desarrollo, condujo a una clara desconexión ontológica e intercultural. Por esto, el nuevo período de las empresas de energía renovable requiere un análisis puntual, que aborde las especificidades de esta nueva actividad, pero sin olvidar la historicidad de la economía regional y la complejidad ontológica de sus habitantes.

El período de las empresas de energía renovable

La Guajira cuenta con las mejores cualidades para la generación de energía eólica de toda Sudamérica, pues concentra los mayores regímenes de vientos alisios durante todo el año con una velocidad promedio de 9 m/s (a 80 m de altura) bajo una dirección prevalente este-oeste (UPME, 2015). Dichas características representan una capacidad instalable de 18 GW, cifra considerable si tenemos en cuenta que la capacidad de todo el país es de 29.5 GW. Siendo así, La Guajira posiciona el Caribe colombiano como la región con mejor proyección eólica.

² Prueba de ello es la expedición del decreto del 1 de mayo de 1826, “que pedía medidas conducentes a civilizar a los indígenas de La Guajira, el Darién y la Mosquitia, acusados de llevar ‘una vida salvaje’” (Langebaek, 2009, pág. 239).

A 2022, 65 parques eólicos cursan su trámite, y se calcula que impactarían, aproximadamente, a 288 comunidades pertenecientes al resguardo Alta y Media Guajira³. Esta identificación no tiene en cuenta las comunidades asociadas con las afectaciones generadas por las líneas de transmisión que conectarán los proyectos a las subestaciones receptoras de energía (González y Barney, 2019). Estos rasgos geopolíticos intensifican la necesidad de ahondar sobre este territorio y sus gentes.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el 51,69 % de la población guajira se reconoce como perteneciente a una población étnica, dentro del cual, el 94 % es wayuu; que su población es rural, teniendo que el 51% habita en centros poblados y la ruralidad dispersa (DANE, 2018); y que existe una fuerte desconexión entre los servicios que reciben las cabeceras municipales y su ruralidad, que se agrava más cuando se compara con el contexto nacional, este análisis cobra relevancia a la luz de los factores que se deberían tener en cuenta en el marco de los proyectos que se empiezan a desarrollar en estos territorios con miras a contribuir a cerrar brechas y aumentar la equidad social.

Para 2018 el índice de cobertura de energía eléctrica (ICEE) era de un 96,53 % para todo el país, siendo el del departamento de La Guajira considerablemente menor, con un 58.81%, y de tan solo un 5.63 % para el municipio de Uribia, donde se concentra la mayoría de los proyectos de generación eólica. Para la ruralidad, a nivel nacional se cuenta con una cobertura de un 86.83 %, mientras que para el caso de La Guajira es de un 25.06 %, y para Uribia de un 1.76 % (IPSE, 2019; PNUD, 2019)

De esta manera, teniendo en cuenta que La Guajira es el territorio energético más prometedor del país, y el mejor situado en cuanto a generación de energía eólica se refiere, es importante abrir discusiones en torno a la baja prestación de servicios públicos, que aumenta las condiciones de vulnerabilidad del pueblo amerindio más numeroso de la nación, ubicado en un vasto territorio caracterizado por la dispersión de asentamientos.

Ahora bien, además de los aspectos socioeconómicos, también es importante analizar los impactos ambientales que se derivan de estos proyectos. Las actividades basadas en FNCER suelen usar el adjetivo *limpias*, en la medida que proporcionan significativas ventajas de renovabilidad y emisiones de carbono casi nulas, siendo vitales para lograr la transición energética (Corredor, 2018). Pese a ello, se deben revisar los impactos no solo en el ambiente, sino también sobre los pueblos que convivirán con ella puesto que las afectaciones que puedan generarse deben ser abordadas en el marco de la relación dialógica entre culturas.

³ Sobre este punto se precisa mencionar que el Resguardo de la Alta y la Media Guajira se crea a través de la Resolución 015 del 28 de febrero 1984 y es ampliado mediante la Resolución 28 del 19 de julio de 1994 por parte del Incora. Cobijando los municipios de Uribia, Manaure, Maicao y parte de Riohacha. Adicionalmente, El 62,5 % del territorio de La Guajira se encuentra bajo la figura de resguardo indígena.

Efectos en el ambiente

Por limitaciones de espacio solo se enumerarán algunos de los impactos generados sobre el ambiente, puntualmente, los destacados en las investigaciones del Banco Mundial. La identificación de impactos en estos proyectos incluye tanto los parques eólicos como las líneas de transmisión y caminos de acceso. Adicionalmente, si bien es cierto que el impacto acumulativo de la energía eólica en todo el mundo proporcionaría un beneficio neto para la conservación de la biodiversidad y la disminución de los GEI, se debe tener presente que toda actividad humana es susceptible de causar alteraciones (World Bank, 2011), siendo algunas de ellas las siguientes:

- ▶ *Impacto sobre las aves:* colisiones con las torres; alteración del comportamiento, puesto que reconocen el riesgo de las turbinas; aumento de daños según los efectos meteorológicos y de visibilidad. Estos impactos se intensifican en aves nocturnas.
- ▶ *Impacto sobre los murciélagos:* la frecuencia y el número de muertes en las turbinas eólicas son mucho mayores que en cualquier otro tipo de estructura construida por humanos; barotrauma: resulta de la rápida reducción de la presión del aire cerca de las aspas en movimiento.
- ▶ *Impactos en los Hábitats Naturales:* pueden dañar la biodiversidad a través del desmonte y la fragmentación de estos. Un buen ejemplo es lo ocurrido en Wyoming, EE. UU. Allí se presentaron alteraciones en la formación de dunas de arena a favor del viento, situación que afectó la supervivencia de especies de plantas y animales endémicos (World Bank, 2011).

Estudiar los impactos ambientales en un contexto indígena implica la obligación de analizar el tipo de interacción que estos pueblos tienen con los entornos no humanos que lo integran. Para el pueblo wayuu, tanto los pájaros como los murciélagos poseen una alta valoración relacionada con el oficio de los *pütchipü'ü* y la resolución de disputas, aspecto que puede corroborarse en los relatos míticos y los significados detrás de ellos⁴.

Efectos en los pueblos

Este aspecto es difícil de abordar, pues las ventajas económicas que acompañan proyectos de gran escala suelen nublar tanto la verificación como la valoración de sus impactos. Empero, se debe tener presente que “las turbinas eólicas no existen en un vacío social; como creaciones humanas,

⁴ El mito sobre el origen de los *pütchipü'ü* puede encontrarse en la tradición oral wayuu, en el libro *La disputa y la palabra* (Guerra, 2001) y, a su vez, puede oírse en el Podcast titulado *El origen mítico del pájaro Utta: según el primer palabrero y mediador Wayuu*, link: <https://www.uniminutoradio.com.co/weildler-guerra-relata-el-origen-mitico-del-pajaro-utta-primer-palabrero-y-mediador-wayuu/>

no pueden separarse de los entornos sociales y culturales en los que están diseñadas, construidas y operadas” (World Bank, 2011, p. 57).

Para analizar los posibles impactos sociales se debe partir del reconocimiento de que “Las realidades vividas por los pueblos indígenas y tribales de todo el mundo son increíblemente diversas. Sin embargo, una característica que muchos de ellos comparten es la tendencia a ser puestos en desventaja por las fuerzas del desarrollo” (World Bank, 2011, p. 67). Partir de este supuesto implica que la presencia de una empresa que pretende desarrollar actividades en el territorio debe ser considerada como una posible fuente de afectación que amerita valoración específica. Con esto no se pretende decir que todos los impactos son obligatoriamente negativos o que no deberían presentarse interacciones sociales y económicas entre el pueblo wayuu y el mundo *alijuna*, sino que deben hacerse valoraciones en abstracto de los impactos que acarrea este proceso de interacción.

La puesta en práctica de estos proyectos genera áreas de exclusión y/o de limitación de las actividades frecuentes sobre ellas (World Bank, 2011), por lo tanto, termina modificando las formas como se usa el territorio. La relación del pueblo wayuu con las empresas involucradas se encuentra mediada por una desigualdad material que se evidencia en diferentes aspectos: la forma de establecer los parámetros de negociación, la ausencia de un Estado imparcial que garantice un diálogo genuino, la determinación de los beneficios derivados de la compensación y los derechos por uso del suelo, entre otros (González y Barney, 2019). Las empresas coinciden en su negativa de pagar sus obligaciones con dinero; de hecho, se ha creado una imagen de los wayuu como ajenos al dinero. En su lugar, se crean estructuras de microproyectos para camuflar en el manto de la filantropía y bajo esquemas burocratizados lo que esta población tiene por derecho (González y Barney, 2019).

El mejor ejemplo para demostrar las fuertes desconexiones entre los proyectos energéticos y la población wayuu es la solicitud que la Procuraduría General de Nación realiza a todas las autoridades vinculadas: el Ministerio de Minas y Energía, la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME–, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y Corpoguajira, para que suspendan todas las actividades y procedimientos relacionados con el proyecto *Línea de Transmisión Conexión Cuestecitas-Colectora 1 a 500 kv*, hasta que se realicen, de manera correcta, los procesos de consulta previa y se garanticen los derechos de participación de los indígenas (Castellanos, 2020).

Diversas familias indígenas reclaman que no son tenidas en cuenta en los procesos de consulta previa. A su vez, instan al Gobierno y a las empresas para que se reconozcan como pertenecientes al territorio y se permita su efectiva participación (Guerrero, 2022). En contraposición, las empresas argumentan que se trata de personas que no viven en los territorios y sus figuras de autoridad no se encuentran registradas en el Ministerio del Interior (Guerrero, 2022). Esta evidente desconexión se debe a que las empresas no han sabido articular su llegada al territorio con la cultura wayuu, lo que en parte se debe al desconocimiento de aspectos tales como: parentesco, liderazgo, representatividad y relaciones territoriales.

En definitiva, es viable afirmar que se presentan dos fuertes desconexiones: una ontológica, proveniente de las discrepancias relacionales, en la que se destacan los problemas relacionados con la representatividad política y la territorialidad del mundo wayuu, y otra intercultural, palpable en la relación tripartita Estado-empresas-pueblo wayuu. Por otro lado, el discurso empresarial suele estar enfocado en el concepto de desarrollo, y las empresas refuerzan su posición basándose en la necesidad de aprovechar la fortaleza de los vientos, al punto de mostrar su actividad económica como una obligación o imperativo de imposible elusión. En consecuencia, se amerita profundizar en los conceptos de desarrollo y la sostenibilidad como ejes del diálogo intercultural

3. EL DESARROLLO Y LA SOSTENIBILIDAD COMO EJES DEL DIÁLOGO INTERCULTURAL

El concepto de desarrollo tiene diversos enfoques en este escenario, entendido desde el punto de vista de la planeación estatal, o desde la justificación de los proyectos empresariales, así como una meta o destino que, sin la comprensión del relacionamiento de los wayuu con su territorio y su cultura, pueden verse en como un pueblo que se opone al desarrollo. Siendo así, es válido preguntarse *¿es el desarrollo el concepto que debe mediar la interacción entre culturas diversas?*

Por regla general, el desarrollo suele estar asociado al proceso de crecimiento económico que registran los países, sociedades empresariales e incluso cada persona, partiendo de la idea de avance permanente, bajo la pretensión de alcanzar mejores niveles de vida (Demaria et al., 2020). No obstante, este inveterado concepto suele tener diversas formas de aplicación y análisis. Una de las formas más amigables de concebirlo es la propuesta de Sen (1999) al sostener que “El desarrollo, (...), es un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos” (p. 19), lo cual contrasta con visiones más estrictas y conservadoras que la someten exclusivamente al crecimiento del producto interno bruto (PIB), al aumento de las rentas personales, a la industrialización, los avances tecnológicos y la modernización social.

Amartya Sen hace un reconocimiento de la diversidad cultural, expresando un rotundo rechazo a las generalizaciones y poca profundidad con las que se suele argumentar en los espacios de pluralismo cultural. A su vez, reprocha las decisiones autoritarias, al decir que “un enfoque correcto del desarrollo no puede centrar tanto la atención, (...), únicamente en los que tienen el poder. (...), la idea de desarrollo no puede disociarse de la participación” (p. 299). Frente a esta evidente dualidad, la pregunta obligada sería *¿En cuál concepto de desarrollo se están basando el Estado y las empresas eólicas para incursionar en el territorio guajiro?*

Otro aspecto que complejiza la ya ardua conversación intercultural es la aplicación del denominado *desarrollo sostenible*. Mediante este concepto se busca armonizar las necesidades económicas y de productividad del presente con las exigencias y compromisos ambientales que permitan su sostenibilidad en generaciones futuras. De manera precisa, el desarrollo sostenible es aquel “que

satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (WCED, 1987, p. 59). De cierta forma, se basa en dimensiones económicas, sociales y ambientales.

Aunque esta noción es reiterada por gran parte de los países en el cumplimiento de sus obligaciones medioambientales, no deja de ser objeto de críticas, entre otras cosas, porque no realiza un análisis o permite la toma de acciones sobre las raíces históricas o estructurales de la pobreza y las desigualdades. Al mismo tiempo, resulta incapaz de reconocer los límites biofísicos del crecimiento económico (Demaria et al., 2020). En esta medida, acompañar el concepto de desarrollo con el adjetivo *sostenible* no garantiza que las acciones o proyectos respondan a las necesidades puntuales de preservación ambiental, garanticen la participación de las culturas o logren una mejoraría económica de los grupos étnicos vinculados.

En esta perspectiva, el reto es lograr satisfacer las necesidades básicas de todas las personas y culturas dentro de las fronteras finitas de este planeta. Para ello, es necesario un principio organizativo capaz de reconocer la importancia de una mejor redistribución de la riqueza y, a su vez, aminorar la ideología del crecimiento económico como la única respuesta política (Gómez-Baggeth, 2019). En línea con esto, se debe optar por estrategias más incluyentes, que permitan superar la desconexión entre la idea misma de desarrollo, en tanto crecimiento económico, y las diversas metas, preocupaciones y ontologías que sostienen las poblaciones etno-diversas. No se debe olvidar que el concepto de *desarrollo* es una meta surgida de Occidente que no constituye obligatoriamente un ideario universal.

Ahora bien, desde otra perspectiva, una forma de entender la sostenibilidad es verla “como un ejercicio cuidadoso de construcción creciente de bienestar colectivo, de reconocimiento de la diversidad cultural y de respeto a nuestros descendientes” (Baptiste, 2020, p. 15), lo cual invita a sustituir el desarrollo por el bienestar y a incluir la diversidad de visiones dentro de los procesos en territorio. Se convierte en un enfoque alternativo visto como “una característica del funcionamiento de redes complejas, de la interacción de decenas de componentes de la sociedad” (Baptiste, 2020, p. 18). En consecuencia, la sostenibilidad, en estos términos planteados y en contextos pluriculturales, se presenta como un factor que permite la conexión entre ontologías diversas, en rechazo de las pretensiones de estabilidad y uniformidad.

En estos momentos, las conversaciones entre las empresas, el Estado y el pueblo wayuu se basan en el trípode desarrollo, desarrollo sostenible y el cumplimiento de los ODS planteados en la Agenda 2030. Si bien es cierto que la Agenda 2030 solo hace referencia en seis ocasiones a los pueblos indígenas, sin ninguna clase de especificación adicional, esto no significa que los grupos étnicos deban ser excluidos de los debates sobre su implementación. Su limitada aparición en el documento compromisorio no faculta a los Estados, o a las empresas, para obviarlos en los proyectos que se lleven a cabo en sus territorios.

Al analizar el ODS 7: *Energía asequible y no contaminante*, se observa lo siguiente: primero, reconoce el reto de la transición energética como una necesidad mundial y no como un problema de la diferencia entre países del norte o del sur; segundo, la equidad y el acceso a los servicios públicos se convierte en la esencia, por encima de la energía, en tanto valor productivo; y tercero, pretende brindar diferentes soluciones acordes con cada contexto geopolítico (Rodas y Hernández, 2019).

En esta medida, conocer la Agenda 2030, así como las diversas críticas que recaen en los conceptos de desarrollo y desarrollo sostenible, es un paso ineludible para superar las desconexiones ontológicas e interculturales que se viven en el territorio wayuu. Para lograrlo, se requiere un diálogo intercultural polifacético, heterogéneo e incluyente, que otorgue la legitimidad del camino a recorrer, y que ayude a equiparar los desequilibrios entre actores en el marco de los ejercicios de negociación.

4. EL DERECHO AMBIENTAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LOS PROYECTOS ENERGÉTICOS

Los proyectos energéticos que pretenden incursionar en el territorio wayuu están conminados a cumplir con lineamientos jurídicos que persiguen objetivos distantes: el derecho ambiental y los derechos de los pueblos indígenas.

Derecho ambiental

El derecho ambiental busca, entre otras cosas, regular actividades humanas que puedan tener incidencia o causar un impacto ambiental con el objetivo de proteger la naturaleza (Ruiz, 2012). Si bien la protección de la naturaleza hace parte de su definición, sus finalidades no se limitan a la conservación, pues, entre otros fines, procura por un entorno adecuado para que el hombre desarrolle su vida en las mejores condiciones posibles. Esta interpretación vincula a las industrias y permite una construcción social bajo el entendimiento de los interesados (García, 2011).

Una de las principales razones por las que se hace frecuente la interacción derecho ambiental-poblaciones étnicas, se debe a que estas últimas se encuentran en una constante lucha de reconocimiento y/o reivindicación de sus territorios frente a las constantes exploraciones y explotaciones de los recursos allí latentes (López, 2014). De aquí la importancia de vincular teorías propias de diversas disciplinas, que respondan a las desconexiones y problemáticas de cada territorio, es decir, se requieren fines y conocimientos holísticos capaces de articular el derecho ambiental y las cosmovisiones indígenas.

En particular, la expedición de permisos y licencias ambientales obedece a un ejercicio de planeación y cuidado sobre los posibles impactos ambientales que puedan causarse en la ejecución de un proyecto. Con su actuación, la autoridad ambiental conoce tanto los intereses del proyecto como

las formas como se llevaría a cabo, verificando los estándares de cumplimiento previamente establecidos (Gómez y Ramírez, 2018). El solicitante no solo queda supeditado a los términos y condiciones de la licencia o permiso, sino también a los posibles nuevos impactos que se presenten en el transcurso de su actividad. De esta forma, la autoridad ambiental cuenta con funciones dinámicas y elásticas (Gómez y Ramírez, 2018).

Estas exigencias no obedecen al capricho de un legislador garantista, sino a un compromiso internacional que los distintos Estados han volcado sobre la protección de los recursos naturales y sus efectos en las generaciones futuras. Al mismo tiempo, obedece al cumplimiento de la Constitución de 1991. Así, el Estado actúa, consecuentemente con los deberes de protección de los recursos naturales, estableciendo limitaciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, especialmente aquellos de carácter económico como la propiedad y la iniciativa privada, subordinando las actividades públicas y privadas al cumplimiento de estándares técnicos (Amaya, 2010).

Dentro del proceso de licenciamiento ambiental, la participación ciudadana es bastante reducida, pues su accionar se restringe a la interposición de recursos una vez notificados. El proceso es una conversación cerrada entre Autoridad y Solicitante en la cual simplemente se verifican requisitos técnicos (Ochoa, 2019). Para que el principio de participación sea efectivo, se requiere: por un lado, que el debate no recaiga exclusivamente en los tecnicismos científicos, de poco acceso o comprensión ciudadana. Además, es necesaria una vinculación real de los ciudadanos que mute la conversación en Autoridad-Solicitante-Comunidad. Finalmente, se debe reconocer la autonomía de la que gozan los pueblos para decidir a qué actividad económica quieren someter su destino.

Ahora bien, la conservación ambiental y la reivindicación étnica no son los únicos intereses en juego, la economía, la seguridad y certeza jurídica no pueden desaparecer de la balanza (Gómez y Ramírez, 2018). El propósito no es desconocer los derechos y legítimos intereses del sector privado, sino brindarle herramientas teóricas y prácticas que permitan ajustar los pesos en cada contexto. Entre mayor sea la participación o vinculación de la ciudadanía con la toma de decisiones ambientales y normativas, más legítimas y democráticas serán las reglas de juego como soporte de esa certeza jurídica (Ochoa, 2019).

Uno de los temas que suena con fuerza en estas discusiones es la llamada “licencia social”; estudiarlo implica un esfuerzo de tiempo y análisis que sobrepasan el objetivo de este artículo. Por lo tanto, me limito a decir que no podría concebirse como un requisito adicional separado del debate ecológico. En su lugar, debe concebirse como un espacio democrático en el que se valore la opinión, decisión y viabilidad que cada persona o colectivo de ellas tengan sobre el proyecto, pero, principalmente, respecto a su territorio y formas de interactuar con lo natural.

Los derechos de los pueblos indígenas

Los derechos de los pueblos indígenas descansan, prioritariamente, mas no exclusivamente, en tres instrumentos esenciales. Por un lado, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales adoptado en 1989, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y la Constitución Política de 1991 (Gafner-Rojas, 2019). Frente a los primeros, se debe indicar que, pese a que la naturaleza jurídica de ambos instrumentos no sea similar, el primero es vinculante, mientras que el segundo es declarativo⁵, ambos se han constituido como los bastiones de la reivindicación jurídico-política de los pueblos indígenas a nivel internacional.

En el ámbito nacional, la Constitución de 1991 se convierte en la mejor herramienta reivindicatoria de los grupos minoritarios, no solo por los derechos reconocidos en su texto o por aquellos que lleguen a formar parte de este, mediante la figura del *bloque de constitucionalidad*, sino también porque su expedición significó un cambio en la conformación misma del Estado. Antes de su vigencia, el Estado colombiano ejercía un modelo asimilacionista, en el cual los pueblos étnicos debían integrarse a los patrones de vida de la mayoría de la sociedad nacional (Julio, 2014).

En la teoría jurídico-política, el pueblo wayuu tiene el derecho a ser reconocido como parte en las discusiones de temas tan relevantes como el desarrollo, la democracia, el territorio, el derecho y otros asuntos significativos que históricamente les habían estado vedados, lo que implica una evidente transición entre la visión del salvaje y el actor político-ecológico (Gómez y Rojas-Jiménez, 2019). Estas herramientas jurídicas brindan a los grupos étnicos un conjunto de derechos subjetivos y acciones particulares para enfrentar las complejas dinámicas de desconexiones expuestas por el momento. Por limitaciones de espacio solo se estudiarán el derecho al territorio y la consulta previa, dejando por fuera derechos tan relevantes como la autonomía y la jurisdicción especial indígena entre otros.

Derecho al territorio

Este es uno de los más relevantes derechos subjetivos que poseen las poblaciones amerindias, de manera precisa,

Los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios ocupan un lugar central en la defensa de los derechos indígenas por ser la base para el goce de otros derechos y sobre todo porque su garantía es indispensable para su pervivencia cultural e incluso física. (Gafner-Rojas, 2019, p. 31)

⁵ Si bien es cierto que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas no es un instrumento jurídicamente vinculante, también lo es que su expedición ha mejorado las posibilidades de protección de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente al permitir interpretaciones extensivas en este asunto (Oliva y Sánchez, 2018).

Para empezar, se debe partir de la diferencia entre tierra y territorio.

La tierra es vista como el factor geográfico, “vinculada al derecho de propiedad o posesión del pueblo indígena respectivo sobre un área de suelo determinada” (Gafner-Rojas, 2019, p. 5). Comprende el espacio físico legalmente constituido y puede, en las ontologías indígenas, tener vínculos espirituales de alta relevancia. Por otro lado, el territorio está relacionado con dinámicas sociales más amplias. Según la Corte Constitucional, “incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente (...) han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales” (Sentencia SU-123/18).

Este derecho está conformada por cuatro aspectos: en primer lugar, su transversalidad, en la medida en que garantiza el ejercicio de otros derechos. Así lo entiende la CorteIDH, al decir que “La garantía adecuada de la propiedad comunitaria no implica solo su reconocimiento nominal, sino que comporta la observancia y respeto de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas sobre sus tierras” (*Caso Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, párr. 153).

El segundo aspecto es su protección reforzada. El artículo 63 de la Constitución Política establece que “(...), las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Estas características constituyen una valiosa herramienta para las poblaciones étnicas. Pues implica que sus tierras son objeto de protección, aunque el riesgo subsiste.

En tercer lugar, el territorio tiene carácter colectivo. La dimensión del derecho al territorio sobrepasa la esfera personal, trascendiendo a un reconocimiento colectivo del mismo. La CorteIDH reconoce la forma comunal de propiedad, como producto de la tradición ancestral, la pertenencia no se basa en el individuo sino en el grupo y su comunidad. Aunado a esto, la estrecha relación que se tiene con la tierra es parte integral de sus identidades y culturas (*Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001).

Por último, existe una íntima y variada relación del territorio con el entorno natural. Esta característica reposa en la protección de comportarse con base en sus propios planteamientos de vida, es decir, con autonomía y acorde con sus ontologías. De lo contrario, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido. En síntesis, pese a la marcada distancia que hay entre las maneras de concebir el territorio, el derecho proporciona a los pueblos indígenas varios instrumentos jurídicos y garantías normativas para asegurar tanto los derechos de propiedad como aquellos otros derechos relacionados con sus manifestaciones y concepciones culturalmente diversas (Gafner-Rojas, 2019).

Derecho a la consulta previa

La dimensión y alcance de la consulta previa no se limita a un mero requisito que tiende a mezclar las exigencias sociales con los requisitos ambientales. Por el contrario, es un derecho fundamental

ligado a la forma como se encuentra constituido el Estado en tanto participativo y garante de la diversidad. Si bien es cierto que en su génesis la consulta era vista como una variante de la participación ciudadana, las reiteradas afectaciones padecidas por los grupos indígenas propiciaron un valioso crecimiento en contenido y variantes prácticas (Julio, 2014).

La consulta previa se basa en el derecho que tienen todos los pueblos a decidir su propio destino y definir sus prioridades en lo concerniente al proceso de desarrollo, teniendo claro que dichos procesos afectaran sus vidas, creencias e instituciones (Rodríguez, 2015). Según la Corte Constitucional, es un derecho fundamental que se funda en la eliminación de exclusiones históricas, bajo modelos de gobernanza participativos, ligado a la protección del resto de derechos en su integridad cultural, por ende, le brinda la categoría de irrenunciable (Sentencia SU-123/2018).

La consulta busca prevenir los abusos del poder político y económico, a través de un ejercicio dialógico que legitime las decisiones, en tanto se brinden oportunidades para que las personas puedan opinar y apropiarse de los programas y proyectos ambientales (Rodríguez, 2015). Pese a esto, existe una ausencia de garantías procesales que tiendan a mitigar esas evidentes asimetrías en la relación Indígenas-Empresa-Estado. Si se entiende la consulta previa como un espacio de negociación, se debe reconocer que se da en un marco de mínimo poder decisorio para las comunidades (Rodríguez y Baquero, 2020). En síntesis, la consulta se desarrolla en un escenario conflictivo de intereses contrapuestos (Hillón, 2014)

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional, al referirse al derecho a la consulta previa, no la limita a las áreas de influencia o a los polígonos de la empresa, ni tampoco a ciertas industrias o actividades económicas puntuales. En su lugar, la considera aplicable cuando existe una afectación directa. Hay afectación directa en estos escenarios: al perturbar las estructuras sociales, espirituales y culturales; al impactar las fuentes de sustento; cuando se impiden los oficios de sustento; se requiere el reasentamiento de la comunidad; cuando una política, plan o proyecto verse sobre los derechos de los pueblos indígenas; cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; al imponer cargas o beneficios a la comunidad que modifiquen su situación jurídica; y al interferir con los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo étnico⁶.

Los pueblos indígenas basan gran parte de su política cultural y ambiental en la conservación de sus territorios, protección de la biodiversidad y aplicación de su sistema normativo propio (Gómez y Rojas-Jiménez, 2019). Siendo así, su escenario requiere un mayor conocimiento y garantías para el pluralismo jurídico, el cual consiste en reconocer que el derecho es fruto de la interacción humana y no se encuentra limitado al reducido espacio de la regulación estatal (Webber, 2017).

⁶ Para ampliar la información sobre este tema, se recomienda una lectura de la Sentencia SU-123/2018 de la Corte Constitucional.

Ampliando el tema, el pluralismo jurídico se considera un asunto central para la reconceptualización de las relaciones entre derecho y sociedad. En este sentido, debe catalogarse como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social (Merry, 2007). Llevado al campo del pragmatismo, su justificación se centra en lo siguiente: “quien admite la diversidad fomenta tanto una convivencia menos conflictiva como una mayor riqueza en autorrealización humana” (Höffe, 2008, p. 273).

La consulta previa es una manifestación de la democracia participativa que pone a prueba nuestra capacidad y conocimiento sobre como relacionarnos en la distancia ontológica. Visto de esta forma, se convierte en una valiosa y poderosa herramienta intercultural para asumir los retos y desconexiones identificadas en el territorio. Su correcta aplicación nos brinda “un enfoque alternativo que nos permite referirnos a la sostenibilidad de los modos de vida y de los territorios como una estrategia de discusión” (Baptiste, 2020, p. 17).

Con el fin de iniciar la construcción de sus proyectos energéticos diversas empresas adelantan procesos de consulta previa en el territorio wayuu. Lo observado en el trabajo de campo es que se suele confundir la concertación con la mera socialización, guiados por el desconocimiento y los afanes o tiempos del sector empresarial. No obstante, se debe mencionar que para la construcción del Parque Eólico *Jepírachi*, por parte de Empresas Públicas de Medellín, la consulta duró tres años 1999-2002 (EPM, 2011). Convirtiéndose en el proceso consultivo más extenso en el territorio wayuu. Sin embargo, esa diligencia frente al derecho fundamental de la consulta previa no blindó la relación entre la empresa y los wayuu de los conflictos y desconexiones.

5. CONCLUSIONES

Es viable afirmar que las empresas eólicas que pretenden instaurarse en La Guajira atraviesan una serie de desconexiones con los indígenas wayuu, las cuales ameritan abordarse con detenimiento. Algunas obedecen a la distancia ontológica que existe entre la cosmovisión wayuu y el pensamiento *alijuna*, mientras que otras se presentan por dificultades a la hora de poner en práctica la interculturalidad. Por lo tanto, se expone una lista no taxativa sino enunciativa de ciertas desconexiones que se han identificado hasta el momento:

Desconexiones ontológicas: Al interactuar con culturas diversas, se suele tener la errada convicción de que la historia, denominaciones y clasificaciones empiezan con el contacto *alijuna* y solo pueden ser vistas desde esta óptica. La cultura wayuu posee un complejo sistema de conocimientos y formas particulares de interactuar en el mundo y en sociedad. Por ende, constituye una ontología. Las formas de entender el territorio y las figuras de autoridad enmarcan pilares fundamentales en la ontología wayuu. Los proyectos energéticos están obligados a respetar dicha construcción conceptual.

Desconexiones Interculturales: El recorrido histórico por las diversas actividades económicas del territorio guajiro demuestran el escaso poder de decisión que los wayuu han tenido en la planeación o ejecución de estos proyectos. De ahí que la imagen de las empresas nunca haya superado la barrera del *otro*. La acción de aprovechar los recursos naturales de la región sin tener en cuenta su población como un actor con el que se puede dialogar, conlleva a que el pueblo wayuu sea visto como un grupo de extraños naturales que simplemente habitan el territorio.

Desconexiones que abordan ambas nociones: Centrar el discurso entre culturas diversas en el *desarrollo* no es conveniente, incluso si se trata del *desarrollo sostenible*. El hecho de que en cada período de la historia se hubiese explotado un valioso recurso para los mercados de la época demuestra que para el mundo wayuu relacionarse con los mercados de vanguardia no es algo novedoso ni tampoco ajeno. No obstante, la ineficacia e inequidad con la que se ha llevado a cabo comprueba que la relación entre ambos debe basarse en nociones más incluyentes. Por ejemplo: la sostenibilidad y el bienestar.

La superación de los problemas identificados requiere de soluciones holísticas basadas en la interacción dialógica para que sean capaces de responder a la diversidad ontológica. Una forma de mejorar la interacción, entre estos actores, es disminuyendo la desigualdad material mediante el reconocimiento y la participación real de los pueblos indígenas. Para lograrlo, se requiere construir puentes entre los propósitos que persiguen el derecho ambiental, los derechos de los pueblos indígenas y el cumplimiento de los ODS. Se sugiere basar la interacción en las nociones de Sostenibilidad y Bienestar, pues permiten formular estrategias más incluyentes a la hora de superar las desconexiones propiciadas por la idea de desarrollo, en tanto crecimiento económico.

Sería injusto desconocer las herramientas normativas con la que cuentan los pueblos amerindios. Tanto a nivel internacional como en el orden interno existen fuertes construcciones jurídicas encaminadas a garantizar los derechos al territorio, su forma distinta y propia de concebirlo, así como los espacios de relación dialógica que facilitan la participación, verbigracia, la consulta previa. No obstante, pareciera que la mayor desconexión de todas se presenta entre las robustas construcciones teóricas y la realidad, puesto que la situación actual de los wayuu nos muestra un pueblo que sigue siendo tratado como un extraño natural en su propio territorio.

Mientras las empresas y el mismo Estado no se esmeren en conocer la compleja ontología wayuu, les será más difícil superar las desconexiones identificadas. Esta lista de obstáculos no logra superarse incrementando la producción normativa y limitando los campos de acción y decisión de los actores; por el contrario, para entrar en conexión con el mundo wayuu se requiere una estrategia de relacionamiento basada en el diálogo y el respeto por los conocimientos y formas de vida propia, con acciones que superen el discurso desarrollista y se basen en medidas de sostenibilidad y articulación entre los diversos actores.

REFERENCIAS

- Amaya, O. (2010). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Baptiste, B. (2020). *Transformar el mundo. Seis ideas para repensar la sostenibilidad*. Bogotá, D.C.: ARCADIA & EPM.
- Blaser, M. (2019). Reflexiones sobre la ontología política de los conflictos medioambientales. *América Crítica*, 3(2), 63 - 79.
- Cimadevilla, G. (2005). Información ambiental, espectacularización y desconexión. En D. Mato, *Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización* (pp. 111 - 130). Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
- Corredor, G. (Enero - Junio de 2018). Colombia y la transición energética. *Ciencia Política*, 13(25), 101 - 125.
- De Lucas, J. (2011). El mito de la interculturalidad. En M. J. Añón Ruig, & Á. Solanes Corella, *Construyendo Sociedades Multiculturales: Espacio público y Derechos* (pp. 17-41). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Demaria, F., Acosta, A., Kothari, A. y Escobar, A. (2020). El pluriverso, horizontes para una transformación civilizatoria. *Revista de Economía Crítica*, 29, 46-66.
- Descola, P. (2001). Construyendo naturalezas. Ecología simbólica y práctica social. En P. Descola y G. Pálsson, *Naturaleza y Sociedad. Perspectivas antropológicas* (pp. 101-123). México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores.
- Gafner-Rojas, C. (2019). Los derechos territoriales indígenas en Colombia tras los Acuerdos de Paz. En M. García Pachon, *Lecturas sobre derecho de tierras*, t. III. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- García Pachon, M. (2011). La responsabilidad social empresarial en el sector minero colombiano. De la voluntariedad al constreñimiento jurídico. En M. García Pachón, *Minería, Energía y Medio Ambiente* (pp. 281 - 300). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, A. y Ramírez, D. (julio-diciembre de 2018). El carácter dinámico de las licencias ambientales: análisis de los escenarios posteriores a su expedición en el régimen jurídico colombiano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 20, 137 - 174.
- Gómez, M. I. y Rojas-Jiménez, H. H. (2019). ¿Crecimiento verde y bioeconomía sin pueblos indígenas? La inconstitucionalidad del Conpes 3934. En M. García Pachón, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (pp. 425 - 460). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez-Baggeth, E. (2019). Sustainable Development. En A. Kothari, A. Salleh, A. Escobar, F. Demaria. y A. Acosta, *Pluriverse a post-development dictionary* (pp. 71-74). India: Tulika Books.
- González-Abrisketa, O. y Carro-Ripalda, S. (enero - junio de 2016). La apertura ontológica de la antropología contemporánea. *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, LXXI(1º), 101 - 128.

- González, C. y Barney, J. (2019). *El viento del este llega con revoluciones: Multinacionales y transición con energía eólica en territorio Wayuu*. Bogotá, D.C.: INDEPAZ.
- Guerra, W. (2001). *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayuu*. Bogotá, D.C.: IM editores.
- Guerra, W. (2007). *El poblamiento del territorio*. Bogotá, D.C.: IM Editores.
- Guerra, W. (2019). *Ontología Wayuu: Categorización, identificación y relaciones de los seres en la sociedad indígena de la península de La Guajira, Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
- Hillón, Y. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 41, 83-111.
- Höffe, O. (2008). *El proyecto político de la modernidad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hornborg, A. (2001). La ecología como semiótica. En P. Descola y G. Pálsson, *Naturaleza y Sociedad* (pp. 60 - 79). México: Siglo Veintiuno Editores.
- Julio, A. (2014). Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. En V. Bazán y C. Nash Rojas, *Justicia constitucional y derechos fundamentales No. 4. Pluralismo jurídico* (pp. 31 - 59). Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Langebaek, C. H. (2009). *Los herederos del pasado. Indígenas y pensamiento criollo en Colombia y Venezuela* (Vol. Tomo I). Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
- López, L. A. (2014). El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de "pueblos indígenas". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIX, 301 - 245.
- López-Hernández, M. Á. (2019). *Antiguos recién llegados. Obra poética 1992-2017*. Medellín, Colombia: Silaba.
- Merry, S. E. (2007). Pluralismo Jurídico. En D. Bonilla Maldonado, L. Ariza Higuera, S. E. Merry, B. Z. Tamanaha y J. Griffiths, *Pluralismo Jurídico* (pp. 87 - 141). Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Montero, J. y Mestra, L. (2008). Los wayuu, la tierra y la política del carbón en La Guajira. 1980-2000: Una visión desde la historia para reparar y no repetir. *Palabra. Palabra que Obra*, 9(9), 145 - 162.
- Ochoa, S. (2019). El efecto de las recientes decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en la industria de los Hidrocarburos y el papel del derecho ambiental. En M. García Pachón, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (pp. 383 - 424). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Oliva, J. D. y Sánchez, A. (2018). Derechos de los pueblos indígenas: Marcos de protección en la Agenda 2030 y en los principios rectores sobre empresas y derechos humanos. En D. Verdiales, *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/Derechos humanos y empresas* (Vol. 9, pp. 317 - 331). Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Parekh, B. (2005). *Repensando el multiculturalismo: Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: istmo.

- Pérez, F. (1998). *Wayuunaiki: estado, sociedad y contacto*. Maracaibo: Universidad del Zulia.
- Polo, J. (Junio de 2000). Contrabando y pacificación indígena en la frontera colombo-venezolana de la Guajira (1750-1820). *Aguaita. Revista del Caribe colombiano*, 3, 41-62.
- Rodas, J. C. y Hernández, M. A. (2019). Las energías renovables no convencionales y sus desafíos regulatorios en Colombia. En L. Güiza Suárez, J. C. Rodas Monsalve, J. A. Cifuentes Guerrero y J. P. González, *Energías renovables no convencionales y cambio climático: un análisis para Colombia* (pp. 67 - 99). Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, C. y Baquero, C. A. (2020). *Conflictos socioambientales en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Ruiz, M. (Junio de 2012). A la búsqueda de un paradigma jurídico medioambiental. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 25, 119 - 147.
- Saler, B. (1988). Los Wayú (Guajiro). En W. Coppens, *Los aborígenes de Venezuela* (pp. 25-146). Caracas: Fundación La Salle de Ciencias Naturales, Instituto Caribe de Antropología y Sociología, Monte Avila Editores.
- Sen, A. (1999). *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Planeta.
- Viveiros de Castro, E. (Diciembre de 2016). El nativo relativo. *Avá. Revista de Antropología*, 29, 29 - 69.
- Webber, J. (2017). *Las gramáticas de la ley: Derecho, pluralismo y justicia* (F. Beltrán y Á. Córdoba, Trans.) Barcelona: Anthropos.
- Documentación**
- Castellanos, J. (14 de agosto de 2020). *¿Por qué la Procuraduría pide que se suspendan los proyectos de parques eólicos en La Guajira?* Bogotá, D.C.: *El Espectador*.
- DANE (2018). *DANE. Información para todos*. Recuperado el 4 de 2020 de Censo Nacional de Población y Vivienda. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018>
- EPM (2011). *Jepírachi: una experiencia con la comunidad indígena Wayuu de la Alta Guajira colombiana*. <https://www.epm.com.co/site/documentos/mediosdecomunicacion/publicacionesimpresas/jepirachi/LibroJepirachienespanol.pdf>
- Guerrero, S. (18 de enero de 2022). Wayuu piden al presidente Duque no inaugurar el parque eólico Guajira 1. *El Heraldo*.
- Guerrero, S. (19 de enero de 2022). Isagen afirma que sí realizó consulta previa en Guajira 1. *El Heraldo*.
- IPSE (2019). *Índice de Cobertura de Energía Eléctrica - ICEE 2018- Metodología UPME 2018*.

Naciones Unidas (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Chile: Naciones Unidas.

Planelles, M. y Delgado, C. (2 de mayo de 2018). El 13% de la población mundial aún no tiene acceso a la electricidad. *El País*.

PNUD (2019). *LA GUAJIRA: Retos y desafíos para el Desarrollo Sostenible*. Colombia: PNUD Colombia, Objetivos de Desarrollo Sostenible.

UPME (2015). *Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia*. Bogotá D.C.: Unidad de Planeación Minero Energética.

WCED (1987). *Our common future*. Oxford: University Press

World Bank. (2011). *Greening the Wind. Environmental and Social Considerations for Wind Power Development*. Washington. D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank.



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.59.823.916>

Condiciones normativas de procedencia excepcional de privación de libertad individual en Colombia

*Regulatory Conditions of Exceptional Origin of
Deprivation of Individual Liberty in Colombia*

DIANA MARCELA TRUJILLO

Profesora de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia.
diana.trujillo32@tdea.edu.co

JOHN FERNANDO RESTREPO

Profesor de la Universidad de Medellín.
jfrestrepo@udemedellin.edu.co

Resumen

el presente artículo tiene por objeto analizar de qué manera el derecho fundamental a la libertad personal, declarado en la Constitución política de 1991 es limitado a partir de los mecanismos constitucionales y legales dispuestos para ello tales como la captura y la aprehensión, asimismo los diferentes tipos de detención preventiva. En este orden de ideas resulta pertinente hacer un análisis en el que se busca abordar la base normativa de estos mecanismos, de forma tal que resulte posible identificar de qué manera inciden en la limitación del mencionado derecho.

PALABRAS CLAVE

Libertad individual, mecanismos de limitación, captura, aprehensión, detención preventiva.

Abstract

The purpose of this article is to analyze how the fundamental right to personal freedom, declared in the Political Constitution of 1991, is limited based on the constitutional and legal mechanisms provided for it, such as capture and apprehension, as well as the different types preventive detention. In this order of ideas, it is pertinent to carry out an analysis that seeks to address the normative basis of these mechanisms, in such a way that it is possible to identify how they affect the limitation of the aforementioned right.

PALABRAS CLAVE

Individual freedom, limitation mechanisms, capture, apprehension, preventive detention.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia en su artículo 28 reza: *“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley...”*. Esto significa, que el constituyente declaró en favor de los sujetos el derecho fundamental a la libertad personal. La Corte Constitucional ha señalado que este reconocimiento se fundamenta en la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona (Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019). Esta concesión implica unos límites a quien aplica el derecho, en tanto, los derechos fundamentales no pueden ser intervenidos arbitrariamente. El texto constitucional expresa la forma en que se puede dar dicha intervención. Para ello, faculta a las autoridades judiciales competentes, quienes atendiendo a unas formalidades y motivos expresamente reconocidos en la ley podrán hacerlo. Jurisprudencialmente se ha reconocido que los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de limitaciones cuando existan fines normativos que fundamenten dicha limitación; tales como la salvaguarda de otros derechos fundamentales, el orden público o la seguridad. En este sentido, se ha reconocido que la libertad personal puede ser limitada cuando medie orden de una autoridad competente (orden de captura), en virtud de una decisión judicial (medidas de aseguramiento o imposición de penas cuando exista una sentencia condenatoria).

Conforme con lo anterior, el presente artículo tiene por objeto analizar los diferentes tipos de restricción de la libertad que han sido consagrados en la Constitución. Se abordarán los conceptos de libertad y sus garantías constitucionales, de reserva judicial, por ser el juez quien, en primera instancia, debe ser garante de los derechos fundamentales, simultáneamente quien impone las limitaciones, finalmente analizaremos mecanismos que restringen la libertad como la captura y la aprehensión, detención administrativa preventiva y detención preventiva con fines preventivos y punitivos. Para dar desarrollo a cada uno de estos objetivos, se hará un análisis de las providencias de la Corte Constitucional de Colombia, principalmente se desarrollará la Sentencia C-303 de 2019 que aborda el derecho fundamental de libertad personal a partir de las distintas variables de limitación.

2. LIBERTAD PERSONAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A partir de la Constitución de 1991 la libertad ha adquirido especial relevancia en el régimen constitucional. La Corte Constitucional señala que la libertad es un “presupuesto para la eficacia de los demás derechos” y un “instrumento del ser humano para vivir en sociedad” además, le atribuye una triple naturaleza jurídica: (i) principio; (ii) valor y, (iii) derecho fundamental. La calidad de derecho fundamental implica el reconocimiento de una serie de libertades fundamentales consti-

tucionales, tales como libertad personal, fundada en la idea de que “toda persona es libre”, artículo 28; la libertad de locomoción, artículo 24; el libre desarrollo de la personalidad, artículo 16; la libertad de conciencia, artículo 18; la libertad de culto, artículo 19; las libertades de expresión y de información, artículo 20; de profesión u oficio, artículo 26 y, de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, artículo 27 (Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). En igual sentido, Ferrajoli ha enunciado un conjunto diverso de derechos asociados a la libertad que incluyen “libertad de asociación y libertad de reunión, libertad de circulación, libertad de conciencia, libertad de manifestación de pensamiento y de prensa, libertad de movimientos, libertad de personal, libertad religiosa, libertades políticas” (Ferrajoli, 2011, p. 676). De acuerdo con lo anterior, la libertad personal es quizá el principio y derecho más trascendental para los individuos en tanto comporta:

La posibilidad de encontrarse en situación material de autodeterminarse y ejercer las otras libertades y derechos reconocidos expresamente o inherentes al ser humano, para explotar, bajo su propio juicio, las capacidades individuales y realizar las elecciones de vida que correspondan, sin coacciones o intromisiones indebidas. (Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019)

Por las razones anteriores, la libertad se ha convertido en la piedra angular del sistema jurídico colombiano y por eso su restricción debe ser excepcional y lo menos lesiva posible. Asimismo, las interpretaciones asociadas a los derechos que le corresponden serán restrictivas y en caso de duda siempre serán *pro libertate* (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). Ahora bien, una de las condiciones, aunque no la única, para que sean eficaces estos derechos es el orden público, expresado en seguridad, tranquilidad y sanidad para la dignidad, el cual será garantizado por el Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 2017). El presupuesto fundamental para vivir en sociedad, y por tanto para ejercer estos derechos-libertades es la existencia de la libertad personal que se refiere a la capacidad física de autodeterminación en las elecciones vitales y la proscripción de toda coacción en el desarrollo de las aptitudes individuales que no tengan conflicto con derechos de terceros (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994; Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001; Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007;).

Para lograr una verdadera satisfacción de la libertad como derecho fundamental se han consagrado una serie de garantías constitucionales. En este sentido la Corte Constitucional manifiesta que las garantías que amparan el derecho fundamental a la libertad personal son normas que buscan regular la afectación a este derecho y están dirigidas a las tres ramas del poder público. En esta dirección, el artículo 28 Superior impone al legislador cumplir los siguientes mandatos: (i) determinar las causas o motivos para la privación de la libertad; (ii) atribuirle un carácter excepcional y, (iii) seguir los procedimientos aplicables. A la rama judicial, por su parte, le compete determinar la procedencia de la privación de la libertad, ordenarla y controlar que en su ejecución se haya respetado toda garantía materialmente válida, incluso al resolver las solicitudes de *habeas corpus* (Artículos 28, 29, 30, 32 y 250 Superiores). De hecho, aunque el *habeas corpus* es un derecho

fundamental de aplicación inmediata y protegido por el Derecho internacional, sus solicitudes también deben pasar por esta evaluación de la rama judicial (Artículos 28, 29, 30, 32, 85, 93 y 250 Superiores; Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). Por otro lado, el papel de la rama ejecutiva es ejecutar la orden judicial en casos de privación de libertad, lo cual significa que este poder estatal es el encargado de velar para que la aprehensión se dé dentro de las garantías normativas. No se debe olvidar que la ley es el límite de la libertad y el juez su legítimo garante (Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005).

A pesar de la importancia reconocida al derecho a la libertad personal, y de acuerdo con la triple naturaleza que se le ha otorgado en el orden jurídico, debemos señalar que si bien la regla general es que el individuo goza de libertad plena, la naturaleza misma de los derechos fundamentales permite que estos sean limitados, es decir, que no gocen de un carácter absoluto. A su vez, la norma establece que las restricciones a esa libertad no es ilimitada. Deben atenderse unos criterios establecidos en la ley (Bernal, 2008, p. 125). En ese sentido, el legislador al regular los supuestos en los que opera la restricción del derecho debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente la imposición de una medida drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 1997).

De acuerdo con lo anterior, la Constitución solo permite privar de la libertad a las personas mediante los siguientes mecanismos: (i) por orden proferida por autoridad judicial competente; (ii) cuando se trate de un delito flagrante (Constitución política de Colombia, 1991, arts. 28 y 32) y, (iii) cuando se trate de una medida de aseguramiento privativa de la libertad (art. 306 y siguientes). En este sentido, la limitación a un derecho fundamental como la libertad resulta constitucionalmente admisible en tanto sea producto de la reserva judicial y obediencia a las razones contempladas en la ley. Solo mediante sujeción a la norma materialmente válida será justificable la restricción de los derechos fundamentales.

3. LA RESERVA JUDICIAL

La Constitución instituyó la reserva judicial en materia de restricciones o privaciones de la libertad, tanto de manera previa, en la toma de la decisión, como de manera posterior, en el control que debe realizarse a la aprehensión para verificar su regularidad. Esta garantía se conoce como la reserva judicial de la primera y última palabra y por ello el texto constitucional solo admite la excepción de captura cuando hay flagrancia (Constitución política de Colombia, 1991, art. 32):

Se dice que hay “reserva de la primera palabra” (o reserva absoluta de jurisdicción), cuando, en ciertas materias, compete al juez no solamente la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay

ciertos asuntos sobre las cuales solo se pueden pronunciar los tribunales. (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011)

La Constitución establece garantías para la libertad personal más allá de aquellas exigidas por los compromisos internacionales adquiridos por el país y que se han integrado al bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, la reserva judicial en materia de libertad personal constituye un rasgo característico del texto superior colombiano (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011). Hubo, sin embargo, un acto legislativo que reformó el artículo 28 Superior y permitió realizar detenciones, allanamientos y registros sin orden judicial para luchar contra el “terrorismo”, si bien con las siguientes condiciones:

[Dar] aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y [efectuar] control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. (Acto Legislativo 02, 2003, art. 3).

No obstante, un año después la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicha reforma al encontrar vicios insubsanables en su trámite (Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2004). El artículo 28 Superior determina la reserva judicial en dos sentidos: (i) exige que someter a alguien a prisión, arresto o detención o para que pueda ser registrado su domicilio debe mediar mandamiento escrito de la autoridad judicial competente y, (ii) demanda que el control judicial se realice dentro de las 36 horas siguientes a la detención preventiva, y que sea el juez competente quien tome las decisiones correspondientes en el término que establezca la ley.

La reserva judicial fue reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002 que, al establecer el Sistema Penal Acusatorio, creó un juez especializado en la garantía previa y posterior a la privación de la libertad: el juez de control de garantías, que en razón de su autonomía e independencia adquiere el carácter de garante de la libertad (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008; Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). Este juez no es solamente el encargado de proferir las órdenes de captura, sino de controlar dentro de las 36 horas siguientes la regularidad de las aprehensiones ordenadas o realizadas en flagrancia. Cabe apuntar que ese periodo no se trata del *término* sino del *rango* para solicitar el control y, por lo tanto, condicionó el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, con el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007. Adicionalmente, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 21 de la Ley 1908 de 2018, en la cual el control judicial debía realizarse dentro de un “plazo razonable”. La jurisprudencia argumentó que esta era una imprecisión incompatible con el segundo inciso del artículo 28 Superior, del cual se desprende que “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas

siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-137 de 2019). Lo anterior significa que el Legislador tiene la facultad de establecer el término razonable y cierto dentro del cual se debe realizar el control de la privación de la libertad. Sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que en la actualidad dicho término no ha sido establecido, razón por la cual, debe entenderse que tanto la puesta a disposición judicial, como el control, deben realizarse dentro del término de las 36 horas, previsto en la norma superior y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia.

4. MECANISMOS DE LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

Hablar de la restricción al derecho de libertad personal implica necesariamente analizarlo desde las diferentes figuras normativas que se han considerado idóneas para su protección. Debemos recordar que la privación a la libertad comporta distintos grados y finalidades que están condicionados por los mecanismos que determinan si la restricción es preventiva o busca salvaguardar otros derechos fundamentales, fines del Estado, o el proceso penal. En virtud de ello, en el caso concreto deberá proponerse una solución de acuerdo con la gravedad y el grado de afectación a los derechos fundamentales (Bernal y Montealegre, 2013, p. 454).

La captura y la aprehensión

La doctrina ha definido la captura como un acto complejo que está supeditado a la emisión de una orden por parte de un juez, o excepcionalmente por el fiscal, la cual debe estar soportada en razones constitucionales y legales para aprehender físicamente a una persona. Esto nos permite comprender que la captura equivale a la orden dictada, concepto jurídico, mientras que la aprehensión es la materialización de esa orden, concepto físico, (Bernal y Montealegre, 2013, p. 454). Esta diferencia conceptual es fundamental porque, aunque toda captura implica aprehensión, no toda aprehensión lleva a la captura. Por lo tanto, la captura no podrá materializarse en tanto no se logre efectivamente la aprehensión del individuo; acto que alude al acto material de asir para *conducir* al indiciado hacia la autoridad judicial.

El texto constitucional establece dos figuras para la captura: (i) el mandamiento escrito, que obedece a una orden judicial y, (ii) la intervención del juez competente a efectos de controlar la legalidad de las condiciones que dieron origen a la captura y determinar si ella se mantiene (Corte Constitucional, Sentencia C-267 de 2019). Efectivamente, como desarrollo legal de la Constitución, la Ley de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, consagra en el título IV el régimen de libertad y su restricción y, en el capítulo II se refiere a la captura en iguales términos que el texto constitucional, a pesar de que su artículo 297 haya sido modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007. En todo caso esta versión de la Ley de Procedimiento Penal exige que la captura cuente con orden escrita, la cual será emitida por el juez de control de garantías y basada en motivos fundados;

motivos cuyas características se encuentran en el artículo 221 de dicha ley. Entre dichas razones encontramos la inferencia de autoría o participación. Se precisa también que la orden debe ser emitida a petición del fiscal y que se dispone del término de 36 horas para que la persona capturada sea puesta a disposición del juez competente y, en efecto, realice la audiencia de control de legalidad, emita cancelación de la orden y disponga lo que considere pertinente con el aprehendido. De igual forma, la ley penal señala los términos del contenido de la orden y su vigencia, ya que es un instrumento que permite determinar los motivos de la captura; individualizar al indiciado o imputado; el delito que presuntamente se señala de haber cometido; las circunstancias fácticas que dan lugar a la emisión de la orden y el fiscal que dirige la investigación. En ese sentido, la vigencia de la orden de captura será por un año prorrogable tantas veces como el fiscal lo considere necesario solicitar (Ley 906, 2004, art. 298).

Por lo anterior, debemos enfatizar que aunque la captura es posible por la aprehensión, este es un concepto y acto jurídico, es decir, es una aprehensión con fines judiciales (vigilancia y presentación) y por tanto demanda trámite judicial, flagrancia o competencia excepcional de la Fiscalía (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). En ese sentido y por sus fines judiciales, la captura es sinónimo de detención preventiva, excepto en los menores de edad para quienes la aprehensión solo implica el acto físico de inmovilización (Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993). Lo anterior significa que la aprehensión que conduzca a una captura debe proporcionar garantías para proteger la libertad del capturado, que a causa del presunto delito ha sido restringida. Una de ellas es que el control judicial debe darse inmediatamente *“y a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a su producción”* (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). De acuerdo con estos razonamientos, la captura, que por regla general debe ser expedida por el juez de control de garantías, tiene dos excepciones según la ley penal: (i) la captura excepcional realizada por el fiscal y, (ii) la captura en situación de flagrancia.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se redujeron sustancialmente las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación y, a pesar de que se mantuvo orgánicamente dentro de la Rama Judicial, la facultad de ordenar directamente la captura de las personas, que antes era ordinaria, fue constitucionalmente delimitada como una excepción, recurso bajo el cual el Acto Legislativo también habilitó *“registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones”*. De esta manera, el inciso 3, del numeral 1 del artículo 250 Superior confió al legislador el establecimiento de *“los límites y eventos en que proceda la captura”* excepcionalmente ordenada por la Fiscalía (Corte Constitucional, sentencia C-232 de 2016). Al respecto, en dos ocasiones la Corte Constitucional reprochó la manera en que el legislador configuró las hipótesis que activaron la competencia excepcional de la Fiscalía, al considerar que su amplitud desconocía la competencia ordinaria atribuida en la materia por la Constitución a los jueces. Particularmente, fueron declarados inexecutable el inciso tercero del artículo 2 y el artículo 300 de la Ley de Procedimiento Penal, porque aprobaban justificaciones imprecisas y generales como la existencia de *“motivos fundados*

o razonables”, en una lógica que contradice al artículo 250 Superior y al principio de legalidad; principios que sí fueron respetados en el artículo 297 de la Ley Penal al habilitar excepcionalidad constitucional de capturas por parte de la Fiscalía (Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2006). Cabe apuntar que aparte de esta facultad excepcional, el Fiscal General de la Nación también goza del poder para ordenar la captura de la persona cuya extradición ha sido concedida (Ley 906, 2004, arts. 506 y 509).

Por lo tanto, solo será constitucional la privación de la libertad cuando se efectúe por captura en flagrancia y cuando haya orden emitida por autoridad judicial, sea esta la Corte Suprema de Justicia o el juez de garantías o, excepcionalmente, la Fiscalía. Al ser la libertad la regla y su privación la excepción, en el Estado constitucional colombiano, donde no existen competencias implícitas, la competencia para privar de la libertad debe ser clara y expresa, de tal manera que no basta con la intervención de un juez para que proceda la medida, sino que es necesario que la Constitución y la ley le hayan asignado directa e indiscutiblemente la función de ordenar medidas de privación de la libertad. La reserva judicial en materia de privación de la libertad no resulta constitucionalmente satisfecha ni con la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, ni a través del ejercicio de funciones de policía judicial por parte de entidades que no constituyan autoridades judiciales. (Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996).

En cuanto a la flagrancia, el artículo 32 Superior la reafirma como una causa válida de aprehensión por parte de la autoridad; evento en el cual la persona debe ser llevada inmediatamente ante la autoridad judicial competente. Si bien la norma no señala quien es el encargado de ponerlo a disposición de la autoridad, simplemente advierte que puede hacerlo *cualquier persona*. Ahora bien, este artículo constitucional también habilita la posibilidad de perseguir al presunto responsable lo que implica, a su vez, la posibilidad de ingresar al domicilio. En términos generales la exequibilidad de la flagrancia fue refrendada por la jurisprudencia constitucional bajo la justificación de atender en esos casos al imperativo de la oportunidad. En efecto, “*flagrar*” significa arder, es decir, lo que aún es y en este caso se refiere a que el delito es una acción en ejecución, y esa proximidad con su comisión demanda una respuesta objetiva pero inmediata y veloz que habilita a autoridades y particulares a omitir la orden judicial o el aviso al fiscal para ingresar a un lugar privado y aprehender al presunto delincuente, porque el tiempo se impone como criterio prioritario para suspender el crimen (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011).

El artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, y jurisprudencialmente desarrollado en la Sentencia C-879 de 2011, estableció tres tipos de flagrancia como supuestos válidos de aprehensión: (i) la estricta, que es cuando se aprehende inmediatamente a la persona sorprendida; (ii) la cuasiflagrancia, que implica perseguir a la persona sorprendida y, (iii) la inferida, que es cuando la persona no es sorprendida ni perseguida, pero se infiere a través de objetos

o huellas que ha participado del delito. Cabe apuntar que el citado artículo, incluye como formas adicionales de flagrancia la inmediata aprehensión luego de sorprender a la persona por un video grabado en público o en privado con consentimiento del morador o que se encuentre en el vehículo en que huyó del lugar del crimen. Aun así, la sentencia también garantiza el derecho a la libertad del capturado, pues advierte que entre la captura en flagrancia y la evaluación del fiscal o del juez debe pasar el mínimo tiempo posible (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

Detención administrativa preventiva

Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 28 Superior, reza que, *“la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”* ha dado lugar a dos interpretaciones diferentes sobre la detención preventiva en la jurisprudencia constitucional. La primera, es la que hace una excepción a la imposibilidad de la autoridad administrativa para emitir una orden de detención y es cuando su fin es policivo, esto es, preventivo. De lo contrario, cuando el fin es punitivo deberá ser proferida por un juez (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994).

De hecho, la detención preventiva que la Corte consideró como una excepción a la reserva judicial ya se encontraba prevista en diversas normas del Decreto 1355 de 1970, Código de Policía, que en esencia preveía la captura por orden administrativa con un plazo de hasta 24 horas para identificar al aprehendido y comprobar si existían órdenes de captura; y otorgaba la posibilidad de captura por *“requerimiento público”* y la captura momentánea en sitios públicos o abiertos al público, con venia del alcalde (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994). Ahora bien, para la Corte Constitucional, esta aprehensión física conducente a detención preventiva solo será legítima si es el paso precedente para la oportuna realización del control jurídico de los hechos. En conclusión, esta interpretación que legitima la detención administrativa constitucional resultaría razonable porque funcionaría como una de las posibles maneras de otorgarle efecto útil a la regla constitucional según la cual el objetivo de la detención preventiva es que el detenido sea puesto a disposición de una autoridad judicial.

Esta flexibilización en la intervención judicial supone un gran riesgo para la garantía en la protección del derecho y por eso, la misma Corte evidenció su preocupación al respecto *“puesto que esta [facultad] no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional”* (Corte Constitucional, Sentencia C-024, 1994). En ese sentido, y en atención al artículo 28 Superior, que enfatiza la excepcionalidad de la restricción a la libertad y la función constitucional de la Policía, la jurisprudencia constitucional precisó aún más la excepcionalidad de esta medida, al establecer diez condiciones bajo las cuales en un Estado social de derecho resultaría válida la aprehensión conducente a detención administrativa preventiva.

(i) la fundamentación objetiva, ya que no se demanda inmediatez con la infracción, pero sí claridad en la justificación de los motivos por los que una persona será aprehendida; (ii) la necesidad, es decir, el imperativo de actuar en el momento, de no poder aplazar la acción para suspender el hecho punible; (iii) su función como mecanismo de verificación y no de sanción; (iv) la estricta temporalidad, pues la detención solo pretende verificar hechos o la identidad; (v) guardar la proporcionalidad al hecho según los rasgos constitucionales de la función policial; (vi) el respeto al derecho *habeas corpus*, principal instrumento de garantía al control de la aprehensión; (vii) la aprehensión respetará el derecho a la igualdad y no estará motivada por prejuicios sobre la “peligrosidad” de ciertos colectivos o poblaciones marginales; (viii) la protección a la estricta reserva legal para el allanamiento de domicilio. La única excepción constitucionalmente viable a este respecto sería la resistencia del presunto delincuente a la aprehensión por refugio en domicilio, lo cual equivaldría a una flagrancia; (ix) se garantizará el trato digno del detenido y se le informarán los motivos de la privación de la libertad, así como sus respectivos derechos constitucionales como contar con un abogado y no declarar en contra de sí, ni de parientes y, (x) se protegerá la legalidad del proceso, por lo cual, aunque se trate de una acción administrativa, la ley deberá establecer las formalidades para la operación de dicha detención preventiva.

Sin embargo, esta interpretación del segundo inciso del artículo 28 Superior, como una excepción a la reserva judicial fue abandonada once años después. Aunque en 1998 la jurisprudencia constitucional ya había reafirmado que la detención preventiva debía ser ordenada por un juez ya que se trataba de una restricción a la libertad, aunque su fin fuera proteger el proceso y a los terceros afectados por el delito, esta decisión no consideró expresamente el precedente de la Sentencia C-024 de 1994 (Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1998.). Por este motivo, en el debate de 2005, la Corte Constitucional entendió que lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 28 Superior no constituía una excepción, sino más bien un refuerzo de la reserva judicial, ya que fortalecería las garantías de la captura, al exigir tanto una orden judicial previa, como un control judicial posterior con un término perentorio, máximo, que en este caso eran las 36 horas siguientes a la aprehensión (Corte Constitucional, Sentencia C-850 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia 879 de 2011).

Esta nueva interpretación del inciso segundo del artículo 28 Superior se concretó dos años después con el reproche definitivo a la privación administrativa de la libertad, que había sido prevista en el Código de Policía de 1970 y también considerada conforme a la Constitución. Para llegar a esta conclusión, la Corte realizó una lectura textual del artículo 28 Superior y destacó que la reserva judicial en materia de restricciones a la libertad fue reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002, como una característica fundamental de garantía en el control a la restricción de la libertad dentro de un sistema penal acusatorio democrático (Corte Constitucional, C-176, 2007).

Es al poder judicial a quien le corresponde armonizar la tensión entre derechos, como en este caso en que el Estado debe proteger la vida y bienes de terceros y también la libertad individual. Por

eso la jurisprudencia consideró inconstitucional el artículo 56 del código por la ambigüedad del término “*autoridad competente*” ya que la privación de la libertad es una atribución que solo corresponde a la autoridad judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007)

La Sentencia C-237 de 2005 declaró inconstitucional el artículo del Código de Policía de 1970 donde se habilitaba facultad administrativa para ordenar captura a quien incumpliera orden de comparecencia emitida por la Policía Nacional, para que la persona se presentara en el término máximo de 48 horas ante el jefe de Policía (Decreto – Ley 1355, 1970, art. 69). No obstante, para la Corte Constitucional el incumplimiento de una orden administrativa no justifica la interrupción de la reserva judicial. Por todo lo anterior, en 2005 la jurisprudencia constitucional expulsó del orden jurídico una norma del Código de Policía que permitía *la conducción por la fuerza* ante el jefe de policía de quienes hubieran sido testigos de una infracción de policía. De igual manera, la Sentencia T-929 de 2008 reprochó el arresto administrativo en razón de desacato reiterado al comparendo ambiental impuesto por infracción de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros (Ley 1259, 2008). Por su parte, la Sentencia C-411 de 2015 declaró constitucional la facultad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de capturar a quien incumpla las restricciones u obligaciones de la detención preventiva o domiciliaria, ya que según la Corte esta acción no es una privación administrativa de la libertad, sino la materialización de una privación a la libertad ordenada previamente por un juez, es decir, que se trata de una respuesta administrativa a una orden judicial previa y que en este caso ha sido incumplida por el detenido, por violación a un permiso de libertad o por violación a las obligaciones de la privación (Ley 1709 de 2014, art. 36)¹. Por el contrario, en el año 2016 la Corte declaró la inexecutable del artículo 118 del *Código Nacional Electoral (Decreto 2241, 1986)*, que facultaba al jurado de votación para ordenar detención administrativa contra las personas que perturbaran las elecciones y no cumplieran la orden de retirarse del lugar; objetivos que según la Corte podrían cumplirse con la intervención de la Fuerza Pública quien mediante el control físico movería a la persona para que el puesto de votación siguiera funcionando sin alteraciones. Para la Corte en cualquiera de las dos interpretaciones posibles, la facultad asignada a los jueces de votación resultaba inconstitucional: si era entendida como una sanción, esta desconocía abiertamente la reserva judicial en la materia; y si se tomaba como una medida de protección al orden público durante las elecciones, la acción no superaba el juicio estricto de proporcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-329 de 2016)

¹ En 2016 la Corte recibió tutela presentada por un ciudadano que había sido aprehendido erróneamente en varias ocasiones, debido a un error en las bases de datos del INPEC. Al respecto la Corte concluyó que “no existió vulneración al derecho de libertad, por parte de la Policía Nacional, puesto que la detención se produce de conformidad con información que reposa en las bases de datos del INPEC y que permitió inferir que el actor se encontraba cumpliendo una pena consistente en detención domiciliaria, lo que hizo incurrir en error a la Policía Nacional”. (Corte Constitucional, Sentencia T-531, 2016)

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado exequibles algunas restricciones de la libertad que no requieren orden judicial, al concluir que no se trata de privaciones de la misma o al excluir que puedan convertirse en ello. Para lograr este acuerdo la Corte estableció una diferencia entre la *limitación efectiva* y la *restricción momentánea* de la libertad personal, pues en el segundo caso no se restringe el derecho y por tanto no requiere mandato judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011). Se concluyó que la orden de reclutamiento para prestar servicio militar no constituye una privación de la libertad y por tanto es exequible la orden proferida al respecto por las autoridades militares. Sin embargo, la Corte declaró que la facultad de estas autoridades para “*compeler*”, es ambigua y se ha prestado para limitaciones efectivas y no solo momentáneas de la libertad, ya que se ha trasladado a personas a cuarteles y por tiempo indeterminado, en una acción que no garantiza los derechos de esta ya que el proceso no está regulado por ninguna norma legal. De ahí que la única interpretación constitucional válida del “*compeler*” sea cuando se utiliza como una medida transitoria destinada a la identificación inmediata de la persona, y no se convierte en una forma definitiva de privación de la libertad (Ley 48, 1993, art. 14; Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011).

Una mención especial merece la medida policiva del traslado por protección incluida en el *Código Nacional de Policía de 2016* y prevista en el Código de 1970 bajo la denominación de “retención preventiva”. Este mecanismo permite conducir a personas, cuya condición ponga en riesgo su vida o integridad, a lugares específicos con el fin de prevenir que ocurran daños. Al respecto, aunque la Sentencia C-199 de 1998 declaró inexecutable la facultad de retener administrativamente a personas que irrespetaran la autoridad, paralelamente calificó de exequible la retención preventiva en comando a las personas en estado de embriaguez o excitación, se refiere aquí a la alteración nerviosa que pueda llevar a la comisión de potenciales infracciones (Decreto 1355, 1970, art. 207), luego de considerar que no se trata de una privación de la libertad, sino de una medida policiva que busca proteger otros derechos fundamentales de interés general, como el orden público, que se encuentran en riesgo. No obstante, la Corte advierte que para evitar la potencial arbitrariedad de esta atribución es necesario que la medida conserve su razonabilidad y que dentro de un marco prudente se eviten las lesiones de todo tipo a la integridad física del retenido (Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1998).

Sin embargo, once años después, la Corte Constitucional volvió a estudiar la detención preventiva en comando, esta vez a partir de una demanda contra el artículo 192 del Código de Policía de 1970 el cual habilitaba este tipo de retención “*transitoria*” en estación de Policía y sin ningún tipo de control jurídico, hasta por 24 horas. Al considerar los graves riesgos que esta medida significaba para la libertad de las personas, la Corte realizó un estricto test de proporcionalidad que no fue superado por la medida, la cual resultó parcialmente idónea y riesgosa por ser innecesaria y desproporcionada (Corte Constitucional, Sentencia C 720 de 2007). Sin embargo, la inexecutable de la retención preventiva en comando fue diferida hasta el 20 de junio de 2008; ya que antes se

buscaron condicionamientos para neutralizar o disminuir los riesgos contra la libertad personal cuando fuera aplicada.

Entre las condiciones se incluyeron las siguientes: remisión inmediata de informe de motivos al Ministerio Público y con copia al retenido; habilitar la opción de comunicación al retenido; ejecutar su retención con diferenciación de género y en un lugar aparte del destinado a las infracciones penales; concluir la medida cuando pase el estado de alteración o cuando hayan pasado máximo 24 horas de retención; proteger a los menores según el Código de Infancia y Adolescencia (Corte Constitucional, Sentencia C-720, 2007). De todas maneras y en atención a que el Código de Policía era una legislación preconstitucional, la Corte exhortó al legislador para que en el mediano plazo expidiera *“una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución”*. De hecho, esta exhortación tuvo un precedente en la Sentencia C-176 de 2007 y aún fue reiterada dos años después. Esta insistencia demuestra la necesidad de la reforma en la norma policial, pues como argumentó la Corte, el Código de Policía **ya no era compatible con la Carta de 1991** y era incoherente ya que la mayoría de sus facultades y mecanismos habían sido declarados inconstitucionales por violar las reservas legal, judicial y al debido proceso, y haber viciado su función que es la *“protección de los derechos y libertades ciudadanos”* (Corte Constitucional, Sentencia C-028, 2009).

Detención preventiva con fines preventivos.

La detención preventiva pertenece a las denominadas medidas de aseguramiento establecidas por el legislador en la Ley de Procedimiento Penal. Como la detención es una medida que limita la libertad personal del individuo, cuando se aplique debe asegurarse de proteger los fines constitucionalmente válidos. Por esta razón es una exigencia constitucional que este mecanismo se use de manera excepcional con fines preventivos y necesariamente decretado por el juez competente, es decir, que está supeditado a reserva judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016). Asimismo, la imposición de esta medida debe hacerse en cumplimiento a los criterios fijados por el legislador (Ley 906, 2004, art. 306). Así, uno de los presupuestos para imponer legítimamente esta medida es que se realice en audiencias concentradas, esto es, con legalización de captura; formulación de imputación; y solicitud de medida de aseguramiento. La interposición de esta solicitud compete al fiscal como titular de la acción penal, aunque si el delegado de la Fiscalía no la realiza, se autoriza para que sea hecha por la víctima o su apoderado (Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2006).

Por otro lado, el encargado de decretar o negar la medida de aseguramiento será el juez de control de garantías, quien a partir de los elementos materiales probatorios y la evidencia aportados por la Fiscalía determinará si es posible constituir una inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva investigada que amerite la imposición de la medida (Ley 906, 2004, artículo 308). En este orden de ideas, la Fiscalía tiene la obligación de justificar la necesidad y urgencia de privar de la libertad al imputado, basándose para ello en los fines constitucionales que,

según la ley, permiten la detención tal y como aparece en el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011 y el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017 y adicionado por la Ley 1908 de 2018.

Efectivamente, la Constitución establece desde su artículo 308, en adelante, los fines constitucionales que serán protegidos al aplicar la medida de aseguramiento. Estos son: evitar la obstrucción de la justicia; impedir que el imputado se convierta en un peligro para la comunidad o para la víctima; y la probabilidad de que el imputado no comparezca en el proceso o que no se cumpla la sentencia en el eventual caso que resulte condenatoria. Como podemos observar, estos fines protegen los derechos fundamentales de la víctima, de la comunidad, así como aspectos concretos del proceso penal en tanto se quiere evitar la obstrucción al proceso y la no comparecencia. De acuerdo con lo anterior, cuando el fiscal solicita una medida de aseguramiento, como lo es la detención preventiva, la cual limita el derecho fundamental a la libertad de una persona, este debe hacerlo conforme a los criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, ya que estos tres principios son el único baremo legítimo que permite sopesar la libertad del imputado en relación con los fines que se propone proteger al aplicar la medida de aseguramiento (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 295; Alexy, 2014, p. 45). En igual sentido, Mir plantea que la proporcionalidad permite realizar un balance en tanto *“se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado”* (Puig, 2016, p. 340).

Para algunos doctrinantes, no obstante, la detención preventiva es una “pena anticipada sin juicio”, y por tanto ilegítima o también una forma de “castigo o sufrimiento” que se cumple dentro del “estado de cosas inconstitucional” del régimen carcelario colombiano, que transgrede así la presunción de inocencia y la dignidad humana” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 129).

5. CONCLUSIONES

El derecho fundamental a la libertad individual goza de especial protección en el texto constitucional, y se ha reconocido como unos de los derechos que comporta un grado especial para el sujeto, en tanto le permite tener la esfera más amplia y plena de autonomía. Es presupuesto esencial para la realización de otros derechos fundamentales. Sin embargo, el orden jurídico reconoce como formas de limitación al derecho fundamental a la libertad personal la privación de la libertad cuando se efectúe por captura en flagrancia y cuando haya orden emitida por autoridad judicial (orden de captura), y las detenciones preventivas.

La Corte Constitucional ha mantenido en su desarrollo jurisprudencial una línea que apunta a garantizar que la limitación de la libertad personal se haga de manera excepcional y lo menos lesiva posible para el sujeto, asimismo procura por establecer las reglas propias en que sea admisible la intromisión. En este sentido, los mecanismos desarrollados se han considerado los más acertados

para ello, en tanto llevan implícitos la garantía de cumplimiento de fines constitucionales. Es así como vemos que en las diferentes formas de captura se busca establecer si estos mecanismos tienen una estricta regulación pues su abuso comporta ilegalidades en los procedimientos a desarrollar. Asimismo, solo deben ser impuestos en tanto busquen la protección de fines constitucionales, derechos fundamentales igual de válidos a la libertad personal.

De acuerdo con lo anterior tenemos que la captura resulta ser ajustada a la Constitución, si solo si, se efectúe en flagrancia o cuando una autoridad judicial emita una orden; en este sentido, ambas modalidades deben apuntar a la realización de unos fines judiciales, que permitan dar solución a la situación jurídica del sujeto que presuntamente ha cometido un delito.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades de detención preventiva que han sido objeto de análisis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite concluir que en materia de detención administrativa preventiva solo es válida cuando no se realice con fines punitivos, y se haga con respeto de los derechos fundamentales. Esta corporación ha sido enfática en señalar que este tipo de detención no puede tener como fin privar de la libertad, en tanto es una potestad exclusiva del juez. Por otro lado, la detención preventiva con fines preventivos se considera válida, en cuanto permita garantizar el desarrollo del proceso penal, cuando establece causales para su imposición como el peligro de no comparecencia o la obstrucción sustantiva del proceso penal. Y es válida también cuando busca proteger los derechos fundamentales de la víctima o los intereses de la sociedad. Sin embargo, su aplicación debe estar sujeta al análisis que se hace a partir de un test de proporcionalidad, que permitirá establecer hasta qué punto resulta justificada dicha intromisión.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2014). De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. En E. Montealegre, N. Bautista y F. Vergara. (Comps.). *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (pp. 39-62). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*.
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Tomo II: Estructuras y garantías procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-019, M. P.: Dr. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-024, M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-244, M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-327, M. P.: Dr. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-199, M. P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-774, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-530, M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-816, M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-237, M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-591, M. P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia (2005) Sentencia C-730, M. P.: Dr. Diana Marcela Bustamante Arango.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-850, M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-456, M. P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-720, M. P.: Dra. Catalina Botero Marino
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-176, M. P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-163, M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia T-929, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-028, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-879/11 M. P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-411, M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-232, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-329, M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-531, M. P.: Dr Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional de Colombia (2017, 3 de mayo). Sentencia C-281 M. P.: Dr. Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-303, M. P.: Dr Alejandro Linares.
- Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-137, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia (2019) C- 276, M. P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Mir, S. (2016). *Estado, pena y delito*. Madrid. Marcial Pons.
- Presidencia de la República (1970). Decreto-Ley 1355, *Por el cual se dictan normas sobre policía*.

- Presidencia de la República (1986). Decreto-Ley 2241, *Por el cual se adopta el Código Electoral*.
- República de Colombia (1993). Ley 48, *Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*.
- República de Colombia (2004). Ley 906, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.
- República de Colombia (2007). Ley 1142, *Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*.
- República de Colombia (2008). Ley 1259, *Por medio de la cual se instaure en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros; y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia (2011). Ley 1453, *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*.
- República de Colombia (2014). Ley 1709, *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia (2017). Ley 1826, *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*.
- República de Colombia (2018). Ley 1908, *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*.
- Sandoval, J. y Del Villar D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva el proceso penal en Colombia*. Bogotá. Universidad del Norte e Ibáñez.

Claves del debilitamiento de la real función social del sindicato.

Acercamiento a las barreras en la constitución de sindicatos de rama/industria y el ejercicio de huelgas de solidaridad en tres modelos laborales latinoamericanos

Keys to the weakening of the real social function of the union. Approach to the barriers to the formation of branch/industry unions and the exercise of solidarity strikes in three Latin American labor models

J A I R O E N R I Q U E L U C E R O P A N T O J A

Investigador y docente del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins (Chile). Colaborador del Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Chile (CENTRASS). Doctor en Derecho de la Universidad de Talca (Chile). Magíster en Derecho de la Universidad de Palermo (Argentina). Especialista en Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Colombia). jairo.lucero@uoh.cl / ORCID: 0000-0001-7656-3641.

Resumen

En este trabajo desarrollaremos un estudio comparativo de modelos laborales que categorizaremos como *coherentes*, *incoherentes* y *mixtos* a partir de la compenetración que estos tengan con los postulados del derecho de libertad sindical devenidos de los convenios 87 y 98 de la OIT, y la efectivización de dos objetos de análisis: la *libertad de constitución*, *tamaño y organización estructural del sindicato* y la *interacción gremial a partir de la huelga por solidaridad*. Para este fin, se realiza una investigación descriptiva y explicativa, empleándose la metodología dogmática –clásica de las ciencias jurídicas– y los submétodos sistemático, analítico y de enjuiciamiento de hecho. En tal medida, concluiremos cuáles son los principales errores de los modelos laborales en la búsqueda de los principios e ideales de la sindicalización y algunos comentarios respecto a las razones por las cuales superviven ciertos instrumentos jurídicos enquistados en el siglo XIX en momentos en los que debería encontrarse el auge del reconocimiento y amparo del sujeto colectivo laboral.

PALABRAS CLAVE

Libertad sindical, huelgas de solidaridad, sindicato de rama/industria.

Abstract

In this paper we will develop a comparative study of labor models that we will categorize as coherent, incoherent and mixed, based on their interpenetration with the postulates of the right to freedom of association derived from ILO Conventions 87 and 98, and the realization of two objects of analysis: the freedom of constitution, size and structural organization of the union and the union interaction based on the solidarity strike. For this purpose, a descriptive and explanatory research is carried out, using a dogmatic methodology -classical of the legal sciences- and the systematic, analytical and factual sub-methods. To this extent, we will conclude which are the main errors of the labor models in the search for the principles and ideals of unionization and some comments on the reasons why certain legal instruments that remain anchored in the nineteenth century survive, at a time when the recognition and protection of the collective subject of labor should be at its peak.

KEYWORDS

Freedom of association; sympathy strikes; branch/industry union.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución, o bien, la metamorfosis social acontecida en el anterior y actual siglo, se ha consolidado a partir de la innovación tecnológica y el interrelacionamiento humano que el sistema económico ha permitido amoldar para la creación de una *citoyenneté mondiale* (Sobhi, 2013, pp. 133-135). No obstante dicho *manto de progreso*, existe la necesidad de contrarrestar el verdadero propósito de la transformación de las relaciones humanas, pues como bien precisaría Salman Rushdie (1988) frente a la naturaleza de la mutación, “el problema consiste en comprender la verdadera utilidad del cambio”, siendo la *flexibilización laboral*, las *limitaciones al ejercicio sindical* y la incapacidad de actualización del derecho laboral a los cambios agitados de la realidad laboral verdaderos centros de análisis ante la perpleja comunidad de trabajadores que ven las bases jurídicas garantistas del derecho laboral desvanecerse ante los infinitos intereses económicos que en la actualidad se priorizan.

Si bien es loable manifestar el estado precoz del desarrollo jurídico de las garantías laborales, siempre que esta se enmarca en apenas solo dos siglos y medio de vida, no menos cierto es que este derecho nace de contextos sociales confrontacionales, situación que se sigue conservando y que actualmente impide el armónico ejercicio de las prerrogativas acordadas en los instrumentos internacionales.

Ejemplo de ello es cómo la misma regulación civilista francesa de finales del siglo XVIII, de forma ambivalente, instaba a la libertad de empresa a partir de la Ley *Le Chapelier* del 14 de junio de 1791, mientras que, paralela y contradictoriamente, el Decreto de *Allarde* prohibía la creación de organizaciones que agrupaban trabajadores (Niño-Becerra, 2015, p. 68), alteridad que se heredaría en la lógica civilista del código napoleónico, y posteriormente se transpolaría, ya a inicios del siglo XX, a los códigos laboralista devenidos de la constitucionalización del derecho del trabajo, principalmente en las normas superiores de Queretano y Weimar (Arese, 2017, p. 187).

Así las cosas, el reconocimiento de la situación económica inferior y deprimida del trabajador (García, 2003, p. 85) como factor de imperiosa presencia en la relación laboral permitió que se constituyeran mecanismos de protección desde el derecho transnacional, fundamentalmente a través de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual desde su misma fundación (tras el Tratado de Versalles de 1919)¹ estableció cuatro pilares de tutela hacia el/la trabajador/a, todos

¹ A través de la Constitución de la OIT se precisó como medidas prioritarias en el preámbulo de su Constitución de 1919: (i) reglamentación de las horas de trabajo, (ii) fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, (iii) contratación de la mano de obra, (iv) lucha contra el desempleo, (v) garantía de un salario vital adecuado, (vi) protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, (vii) protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, (viii) pensiones de vejez y de

cimentados en la relación laboral como reflejo de las inequidades sociales, por cuanto exigen: (a) no postular al trabajo como una mercancía; (b) reconocer la libertad de expresión y de asociación como derechos esenciales para el progreso constante; (c) considerar a la pobreza, en cualquier lugar, como un peligro para la prosperidad de todos; y finalmente (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, a fin de promover el bienestar común².

Ahora bien, la inscripción de derechos laborales en los cuerpos constitucionales y legales se establecieron en el marco de la consecución de la *justicia social* como paradigma inmanente la garantía de mínimos de *calidad de vida*, ello lográble, entre otras, mediante buenas condiciones laborales. De esta manera, Francisco Walker y Pablo Arellano (2014) definen a esta disciplina como aquel “marco institucional de un sistema de relaciones de trabajo, regulando, en consecuencia, la interacción de los tres actores del sistema: Trabajadores, Empresarios y Estado, con dos objetivos centrales: la tutela del trabajador y el mejoramiento de sus condiciones de trabajo” (pp. 59-60).

Es en este contexto que el sindicalismo, cuyos orígenes se remontan al *cartismo* inglés de 1836, la revolución alemana de 1848, y su manifestación universal en 1864 a través de la Asociación Internacional de Trabajadores (primera central sindical mundial de la clase obrera), se constituye como un proyecto social cuyo fin central es la consolidación fáctica del derecho de asociación de los trabajadores. En esta medida, el objetivo del ejercicio sindical no solo se dirige a generar una mayor equidad en la relación contractual, sino también a impulsar una transformación a nivel estructural del Estado que posibilite un cambio profundo en su fin mismo, siendo, por tanto, la esencia sindical eminentemente *política*, de transformación de las relaciones laborales y de compenetración con las demandas sociales (Palomino, 2005, pp. 27, 37, 40-42; Agudelo, 2014, pp. 269 y ss.; Balteira, 2016, pp. 8, 23-24, 48, 56-57, 63, 67-75; Corte Constitucional de Colombia, 2020, §27).

Es en este punto en el que debemos preguntarnos ¿la falta de reconocimiento jurídico y/o institucional, tanto del sindicalismo de *rama/industria* como el ejercicio de *huelgas de solidaridad*, son supuestos *coherentes* a las garantías de la *libertad sindical*?

Para dar respuesta a este cuestionamiento, en este estudio de tres capítulos daremos análisis a una de las problemáticas más relevantes de la *libertad sindical*, esto es, la compenetración normativa y fáctica de los pilares establecidos en los convenios de la OIT frente a la *función social de los sindicatos*, representado ello en dos estadios: las restricciones a la constitución de sindicatos por fuera de los de *empresa* y las limitaciones a las *huelgas de solidaridad*. Para este objetivo haremos

invalidez, (ix) protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, (x) reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y (xi) del principio de libertad sindical.

² Preciado en el artículo 1 y 3 de la Declaración de Filadelfia.

cuenta de la metodología propia de las ciencias jurídicas, esto es, la dogmática jurídica, acompañada de la técnica del análisis normativo y documental, y los submétodos sistemático, analítico y de enjuiciamiento de hecho.

De este modo, y una vez consideradas las razones históricas por las cuales tiene su génesis el sindicalismo, abordaremos en el primer capítulo las justificaciones históricas por las cuales el sindicalismo es visto como un fenómeno peligroso para la estabilidad social, económica y política de los Estados, dando con ello paso al segundo capítulo que se centrará en el estudio comparativo de los tres modelos teóricos que hemos categorizado a partir de su nivel de coherencia con los postulados de libertad sindical extraídos de la OIT y los dos objetos de estudio *supra* reseñados. Por último, en el capítulo tercero brindaremos algunos comentarios finales.

2. EL IMPACTO DEL MODELO ECONÓMICO EN EL TAMAÑO Y VINCULACIÓN SOCIAL DEL SINDICALISMO

Producto de la interrelación social en la denominada *aldea global*, que dio origen al *homo economicu*, la elección y actuación racional se guió por el interés propio y el deseo de riqueza (Lucero, 2018; Botero, 2016, p. 32; Toboso, 1996, p. 15), generando que la función filosófica y pragmática de la regulación laboral sea trazada por el mayor grado de productividad económica a favor de los empleadores, siendo otros objetivos no enmarcados en dicho fin, accesorios y dispensables. Reflejo de ello fue la misma Declaración relativa a los *finés y objetivos* de la Organización Internacional del Trabajo (*Declaración de Filadelfia*), al concebir que si bien su meta es “perseguir el bienestar material y desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica (...) [e] igualdad de oportunidades” a los trabajadores (numeral IV), dicho propósito solo es posible como un efecto de “aumentar la producción y el consumo (...) fomentando un comercio internacional de considerable y constante volumen” (numeral II, literal a). Con todo, los constructos garantísticos laborales se cimientan como variables dependientes del crecimiento económico.

De este modo, el derecho laboral, como una disciplina de profundo interés socioeconómico, y por ello de profunda mixtura en su naturaleza, ha anidado en un mismo cuerpo regulatorio, no únicamente objetivos específicos y detallados de equilibrio relacional entre trabajador y empleador, sino también, y en ocasiones de manera paradójica, el tratamiento de mercado a las garantías y/o prerrogativas laborales.

Es por ello que bien se señala que el contenido de la regulación laboral, y en específico de la normatividad sindical, se encuentra sometida a constante “evolución”, siendo su “constitución inestable” (Palomo, 2006), pues se enfrenta a un conflicto finalista enmarcado por las nuevas realidades sociales y del mercado, como lo ha sido la tecnología y el auge del trabajo remoto a partir de la pandemia de COVID-19 (Weller, 2020, pp. 23-27), muchas veces en contraposición a la

misión originaria derivadas del ejercicio sindical en cuanto otorgar capacidad identitaria y peso político-fáctico al trabajador como conglomerado social organizado (Racciatti, 2000, pp. 3-4, 8-9; Caamaño, 2005, pp. 25 y ss. ; Amedec, 2006).

Es en este contexto que consideramos importante resolver cuál es el *tamaño* –en correspondencia a su *función*– que debe tener el sindicato, o en otras palabras, la amplitud de representación que puede obtener, y a partir de ello, cuál es la *vinculación social* que puede poseer la organización sindical a través del ejercicio de la *huelga* –denominada *solidaria*–.

Respecto al primero de estos puntos es necesario precisar la existencia de cinco principales formas de organización sindical, cuya naturaleza depende tanto del *grado de asociatividad sindical* con la rama profesional como con la *ubicación dentro de la macro-estructura económica* de un determinado contexto³, a saber (Ponce, 2004, pp. 57, 145; Velasco, 1999, pp. 112-113): (1) *sindicatos de planta*, que agrupan trabajadores de una fábrica, planta o tienda de una empresa o grupo empresario; (2) *sindicatos de empresa*, que agrupan trabajadores de una empresa o grupo empresario; (3) *sindicatos de oficio*, que agrupan a trabajadores de un mismo oficio (pilotos, actores, docentes, panaderos); (4) *sindicatos por rama o ramo de industria*, que agrupan trabajadores de todo un sector de la economía (sector financiero, comercial, construcción); y finalmente, (5) *centrales*, que agrupan trabajadores de todos los sectores.

Una vez señalado lo anterior, y antes de referirnos a la segunda cara de la discusión, esto es, la *huelga por solidaridad*, es necesario entender que existen, a grandes rasgos, tres etapas en la evolución del Derecho de Trabajo: nacimiento del derecho del trabajo; constitucionalización; reconocimiento y amparo del sujeto colectivo (Palomo, 2006). Ahora bien, en tanto la primera etapa la hemos afrontado en los párrafos precedentes, la evolución hacia la etapa de *constitucionalización* permitió la consolidación de las garantías laborales que posibilitó el desarrollo de los denominados *derechos laborales específicos*, y posteriormente los *inespecíficos*, todos estos cobijados bajo el funcionamiento de la *empresa*, que otrora mantenía excluido al trabajador (Arese, 2017, pp. 186, 189-190).

Sin embargo, la tercera etapa, referida a la *consolidación de un sujeto laboral colectivo*, posiciona, ahora sí, la segunda cara de nuestro estudio (la *huelga solidaria*), como una manifestación más de esta expansión política y cualitativa del sindicalismo. Con todo, pese a que la garantía del alcance ampliado de *asociatividad* de los y las trabajadoras es abiertamente reconocido, tanto por la OIT, como organismo fiscalizador de las buenas prácticas laborales en el mundo, como por los tratados

³ Respecto a estas caracterizaciones, la primera hace referencia a la capacidad de agrupación que tenga el sindicato frente a su oficio u otras, valga decir, la anexión de trabajadores que se dedican a la misma profesión, o a la diversificación de profesiones, mientras la segunda característica se centra en la escala organizativa que posea el sindicato, esto es, nivel local, regional, nacional o internacional.

internacionales que obligan a los Estados a la protección de las libertades sindicales respecto al *derecho de asociación, negociación colectiva y huelga* (enmarcados en los Convenios 87 y 98)⁴, esta sigue siendo una de las principales garantías limitadas en las regulaciones normativas laborales, aun cuando constituye uno de los pilares históricos y políticos de los sindicatos, siempre que representa el factor fraternal y solidario hacia las problemáticas sociales de su contexto (Corte de Casación de Francia, 2010; Ostau, 2017, pp. 29, 39, 127, 137; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pp. 103-104, 113).

Es con este panorama que en el siguiente capítulo daremos una observación más pormenorizada a las manifestaciones normativas con que se ha abordado esta discusión en cuatro ordenamientos jurídicos suramericanos, y a partir de ello determinaremos el grado de intromisión existente del modelo económico actual a la estructura y naturaleza del derecho sindical moderno—representado en el *amparo del sujeto colectivo*—, y de esta manera daremos cuenta del nivel de desintegración del ejercicio sindical.

3. ESTUDIO DE TRES MODELOS LABORALES EN LATINOAMÉRICA A TRAVÉS DE UN CRITERIO DE COHERENCIA

Antes de dar inicio a este capítulo es menester señalar que la responsabilidad del jurista no solo se limita a observar los preceptos normativos, sino, por el contrario, también se encuentra en la labor de analizar si estos cumplen con la *función social* que les permitieron, en principio, poseer un carácter de utilidad, siendo, por tanto, necesario en esta oportunidad determinar reflexiva, pragmática y objetivamente cómo el derecho sindical ha acogido las transformaciones sociales, o como —en cambio— estas han amoldado los pilares de esta disciplina legal. De esta manera, pretendemos acercarnos a determinar si los cambios sufridos en el entendimiento del derecho sindical la continúan ubicando como un instrumento eminentemente de protección hacia el/la trabajador/a, o, por el contrario, la han transfigurado a un esquema técnico-normativo cuyo propósito esencial se circunscribe en el respeto prioritario a las reglas del mercado⁵.

⁴ Debe ponerse énfasis en que esta “trilogía —derecho de sindicación, de negociación colectiva y derecho a huelga— constituye la base del derecho colectivo y la ausencia de cualquiera de ellos o la limitación a su ejercicio constituye una vulneración de la libertad sindical” (Baltera, 2016, p. 8).

⁵ Bien lo determina el estudio encabezado por Manuel Suárez al señalar que “en forma gradual y más lentamente que las modificaciones producidas en el área económica, el Estado fue promoviendo una serie de cambios que eliminaron la estabilidad del empleo y parte de los beneficios que garantizaban la protección de los trabajadores: reforma al régimen de contratación temporal, abaratamiento del despido, reducción de aportes patronales a la seguridad social y restricciones a la negociación salarial (...) —por lo que— se pasó de una legislación laboral de carácter protectora una donde se legitima y refuerza la posición del capital con respecto al trabajo” (Suárez et al., 2005, p. 4; Gómez, 2014).

Ahora bien, para dar inicio al *momentum* analítico de este trabajo, precisaremos de antemano unos *niveles de coherencia* que nos permitirán dar cuenta de la consistencia teórica y fáctica que cada una de las *categorías de Estados* tiene frente a ciertas características del ejercicio sindical. En este sentido, en un *mayor nivel de coherencia* se encontrarán aquellos Estados que integran fáctica y normativamente tanto la *libertad de constitución, tamaño y organización estructural* del sindicato como también permiten la *huelga solidaria* como manifestación de la *función social* del ejercicio sindical. Por su parte, pertenecerán a una categoría *incoherente* los Estados en los que normativa y fácticamente se impida la libertad de constitución sindical y la huelga solidaria, mientras que corresponderá a un *sistema mixto* aquel Estado que en tanto no ha incorporado estas garantías en su ordenamiento jurídico (sin prohibirlos), genera una permisión fáctica a su cumplimiento.

Por último, serán nuestros objetos de estudio los sistemas jurídicos laborales de Colombia, Chile, Argentina y Uruguay, los cuales consideramos permiten desarrollar una observación cualificada de las tres categorías teóricas *supra* caracterizadas, no siendo por este motivo óbice para que otros Estados se incluyan en las clasificaciones ya establecidas.

Modelo incoherente: Chile - Colombia

Hemos de empezar esta caracterización a través de las legislaciones colombiana y chilena, siempre que estos países comparten raíces no solo jurídicas civilistas, sino también periodos históricos de rigidez política que han marcado decisivamente el relacionamiento sindical con la administración estatal. Esto es, para el caso chileno, la dictadura militar sufrida entre 1973-1990, mientras en Colombia, la aún no agotada época de violencia, la cual tiene sus orígenes desde 1948⁶. Ahora bien, esto no quiere decir que el factor de violencia social sea la principal característica que posibilita su clasificación, pues ello implicaría que todos los países latinoamericanos fuesen incluidos en este *modelo*. No obstante, para el caso de estos dos países, los efectos del autoritarismo gubernamental sostenido en una visión política neoliberal⁷, perspectiva que se conservó incluso después del regreso del régimen democrático⁸, generó, a nivel normativo y social, una tolerancia a la flexibilización de las estructuras garantísticas de protección sindical.

⁶ Es importante precisar que esta fecha se encuentra marcada por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán, que produciría los acontecimientos del denominado “Bogotazo”, y para algunos historiadores el inicio de la “época de la violencia” (Sánchez-Ángel, 2008, pp. 17-21).

⁷ Cárdenas (1995), pp. 44 y ss.; Añez (2009), pp. 197-202; Chamorro (2016), pp. 79-84; Zepeda (2013) pp. 21-22, 35-36.

⁸ V.g. la diferencia del caso chileno con el argentino, por cuanto este último experimento gobiernos liderados por políticas pro sindicalización en la década de los 90 (aun cuando se generaron efectos contrarios, como la política del “Plan Cavallo” de Menem en 1995), mientras en Chile “los efectos desmovilizadores de la transición a la democracia y la aceptación indiscutida del modelo económico por la casi totalidad de los actores políticos, hicieron que los dirigentes sindicales que aún se resistían a admitirlo no tuvieran más alternativa que operar en

De esta manera, y entrando en materia, el sistema de relaciones colectivas en Chile, posterior al golpe militar, generó un debilitamiento trascendental en las libertades sindicales reconocidas otrora en las Leyes Sociales de 1924, el Código del Trabajo de 1931 y las sucesivas regulaciones concebidas posterior a la llegada del gobierno socialista en 1968. Es en tal medida que el arribo de la dictadura militar generó, en grandes términos, la flexibilización de la regulación del derecho individual del trabajo, estableciendo diversas prohibiciones a la acción sindical y un reducido marco de contenido tutelar hacia los trabajadores, generando finalmente un modelo sindical restrictivo (García, 2015, p. 135), que si bien ha tenido modificaciones, aún supervive en la actual *Chile democrática*.

Con todo, es menester cuestionarnos el porqué de las restrictivas políticas a la *libertad sindical* en Chile, y adicionalmente, qué efectos han generado en la organización sindical y el ejercicio huelguista.

Las respuestas, no obstante, deben partir del marco planteado *ut supra* frente al interés del mercado por hacer controlable –y en dicho fin, debilitar– la estructura de los/las trabajadores/as organizados/as, esto como mecanismo de conservación o estabilidad del *statu quo* de la relación laboral. Ahora bien, enfrentando la regulación chilena, observamos con claridad cómo el Código del Trabajo (reformado por la Ley 19.759 de 2001), aun posterior a la ratificación de convenios básicos de libertad sindical en los años 1999 y 2000⁹, y muy a pesar de favorables enmiendas normativas¹⁰, casi veinte años después de haber ingresado los convenios 87 y 98 de la OIT, y treinta del retorno a la democracia, mantiene indemnes los sólidos pilares reformistas de la dictadura y su limitada garantía del derecho de sindicación, así como en otros espacios regulatorios en los que alguna vez floreció el interés laboral de la mano del Estatuto de Garantías Constitucionales de 1971¹¹.

Es de tal forma que el artículo 3 del Código del Trabajo chileno en su último párrafo consagra la aparente permisión del derecho a sindicación, limitándolo este a “todas las empresas consideradas como un solo empleador”, remitiéndose esta vez al primer párrafo del mismo artículo, que precisa:

función de la nueva realidad” (Guzmán, 2002, pp. 18-36). Desde otra órbita, el impacto de las ideas neoliberales en el tratamiento laboral de los países latinoamericanos se diferencia por el poder político que estas tuvieron reflejo de su incorporación en sus ordenamientos jurídicos constitucionales (caso Chile), o bien como fórmulas de responder a crisis financieras (caso Argentina). Ver: Chamorro (2016, p. 80); Harvey (2007). Evidentemente, la influencia de las políticas neoliberales es más fuerte en los países sometidos al primer contexto que al segundo, siendo este último de naturaleza más coyuntural.

⁹ Dichas ratificaciones se generaron en el contexto del interés presentado en los últimos años para la elección del Juan Somavía, representante de Chile, como nuevo director general de la OIT, más que el compromiso enfático de las garantías que se estaban aprobando en los distintos instrumentos internacionales.

¹⁰ Esto sobre todo en materia de jornada laboral, que se redujo a 45 horas semanales, y los recargos indemnizatorios por despido injustificado, los cuales tuvieron un considerable aumento (Rojas y Tapia, 2015, p. 140).

¹¹ Debiéndose recordar que esta norma se constituye en un símbolo del derecho laboral que representa el modelo legal y constitucional de 1925 a 1973, en los que se extendió el reconocimiento de derechos sociales, huelga y participación social (Rojas y Tapia, 2015, p. 140).

“empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. Así las cosas, el derecho de negociación colectiva se restringe a todas las empresas que “han sido consideradas como un empleador”¹². De este modo, el Dictamen del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo N° 3.406/054, del 3 de septiembre de 2014, precisa:

... nuestro sistema normativo laboral debe resguardar adecuadamente el necesario equilibrio entre la libertad y autonomía del empleador para dirigir y organizar jurídica y comercialmente la empresa, con la libertad que deben tener los trabajadores para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos que emanan de la relación laboral. El ejercicio de estos derechos requiere como requisito fundamental una adecuada individualización del verdadero empleador, ya que es en éste en quien jurídicamente es posible radicar las obligaciones correlativas a los derechos mencionados.

En el mismo sentido, el artículo 216 del Código del Trabajo precisa cuatro tipos de organizaciones sindicales bajo el marco del antecedido artículo 3 (valga decir, bajo la circunscripción de las empresas consideradas como *un solo empleador*), a saber: a) Sindicato de empresa; b) Sindicato inter-empresa; c) Sindicato de trabajadores independientes; y d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios. A partir de ello, el mismo Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo a través del Dictamen N° 6.005/74 del 17 de noviembre de 2015 señala que:

... El legislador, no consideró, en caso alguno, dentro de los procedimientos contenidos en el Libro IV del Código del Trabajo, otros actores que los que allí expresamente se señalan reiteradamente en los distintos artículos que lo componen, lo que lleva a concluir que aquellas organizaciones constituidas a la luz del artículo 216 del mismo texto legal, que no corresponden a ninguno de los tipos de sindicato base expresamente mencionadas en el mismo, no podrían negociar colectivamente como tales a la luz de éstas normas.

Lo anterior, por tanto, significa un rotundo acto violatorio de la libertad sindical, lo cual, de forma insuficiente, se trata de remediar a través de la siguiente aclaración establecida en el mismo Dictamen:

No obstante lo anterior, a juicio de esta Dirección, teniendo en cuenta los convenios internacionales de la OIT N°s 87 y 98, ratificados por nuestro país, las organizaciones en comento estarían habilitadas para negociar colectivamente, de común acuerdo con la contraparte, para lo cual podrían, si lo estiman necesario, establecer normas de procedimiento acorde a sus necesidades o bien negociar en los términos del artículo 314 del Código del Trabajo.

¹² Es aún más enfático el Código de Trabajo, pues hace reiteración en el mismo artículo 3, esta vez refiriéndose a los sindicatos inter-empresa, que puede presentar proyectos de contrato colectivo, siempre que “agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador”.

Ahora bien, de considerarse que todas las empresas de las cuales son dependientes los integrantes de dicha organización constituyen un solo empleador, se deberá estar a lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 3° del Código del Trabajo.

Las aclaraciones forzadas por parte de la Dirección de Trabajo pueden verse desde dos perspectivas, una realista y otra “más-menos positiva”¹³: en la primera podemos descifrar la contundencia de la estructura política de Chile en la que se observa a la organización sindical como un peligro que debe ser contenido en el nivel base de la economía, es decir, en el sindicato de empresa; mientras la segunda, si se quiere, es un interesante reconocimiento de la existencia de normas jurídicas internacionales vinculantes para el Estado chileno, las cuales deben ser –o al menos, tratar de ser– acatadas.

Por otro lado, aquellos sindicatos fuera de lo concebido por el artículo 216 del Código del Trabajo y reconocidos a regañadientes por la institucionalidad chilena bajo el concepto de “otros”, plantean un nuevo interrogante; ello en lo concerniente al grado de derechos y prerrogativas de sindicalización y negociación colectiva que cobijan a los trabajadores de diferentes empleadores relacionados en este tipo de sindicato denominado “otros”, constituido, por tanto, conforme a criterios territoriales o por el oficio que desempeñan sus afiliados.

La respuesta, deprecada por la Dirección de Trabajo –y la que podía generar una eficacia en la garantía y libertad del derecho de sindicación, pero cuya decisión fue contraria al “deber ser”– se sostuvo en un reiterado *negacionismo* del legislativo ante nuevos posibles “actores que los que allí expresamente se señalan”, no sin antes precisar que “no impide que los trabajadores afiliados a ellas para negociar colectivamente de acuerdo a la normativa vigente, puedan organizarse como grupo de trabajadores o actuar como adherentes en algún proceso que se lleve a efecto dentro de la empresa”, aun cuando a través de la codificación actual, en aquellas negociaciones colectivas en que participan trabajadores que prestan servicios a varios empleadores, estos “no están considerados (...) como contraparte negociadora”¹⁴.

Con todo esto dicho, el único semisalvamento de libertad sindical se encuentra en el artículo 314 referente a la negociación no reglada, que permite “en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza (...) iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado”, así como también permite a “los directores de un sindicato del tipo ‘otros’, (...) derecho a invocar el derecho a fuero, permisos sindicales y licencias frente a sus respectivos empleadores”, tales como prerro-

¹³ Aunque, como bien decía el literato José Saramago: “no soy pesimista, soy realista”.

¹⁴ Dictamen N° 6.005/74 del 17 de noviembre de 2015 del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo.

gativas de fuero y permisos sindicales¹⁵. No obstante, como se debe hacer énfasis, esta trata de negociaciones no regladas, voluntarias de aceptarse o denegarse por parte del empleador, siendo, por tanto, un arreglo insuficiente en la amplitud de derechos sindicales de los/las trabajadores/as chilenos/as.

Así pues, a partir de lo mencionado, no podemos dejar de coincidir en que el manejo establecido normativamente en Chile frente a la organización sindical de negociación colectiva es, como mínimo, *esquizofrénica*, derivado del obedecimiento taxativo a los postulados de la Ley 19759 y su limitación a la sindicación, esto pese a las garantías constitucionales de los artículos 19.16 y 19.19, y la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT. Muestra de ello es la incorregible coherencia legislativa que ostenta el ya analizado artículo tercero del Código de Trabajo.

Por su parte, y sin estar muy alejado de la realidad chilena, el ordenamiento jurídico colombiano, sustentado constitucionalmente en la asociatividad sindical como un derecho fundamental¹⁶, y en el paternalismo devenido del Código Sustantivo del Trabajo, cuya funcionalidad se cimentó en la consideración de incapacidad de la clase trabajadora para lograr defender sus derechos, así como para generar medidas de control y evitar desbordamientos político-sociales (Gnecco, 2015, pp. 176-177)¹⁷, se consagra también como un modelo de *aparente libertad de sindicalización*, pero ostenta a su vez la necesidad de restricción en su tamaño, y por tanto, en el impacto colectivo que estas puedan tener.

Así las cosas, las estipulaciones del Código Sustantivo del Trabajo colombiano favorecieron de forma insistente el modelo sindical de *empresa*, esto a partir de la vigilancia ministerial a través de reconocimiento y aprobación administrativa de las personerías jurídicas, aunado a la aprobación de los estatutos sindicales (Gnecco, 2015, p. 177). En esta medida, el antiguo artículo 357 del Código en mención señalaba que “los *sindicatos de base* corresponden, de preferencia, la representación

¹⁵ Dictamen N° 6.005/74 del 17 de noviembre de 2015 del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo.

¹⁶ Es imperante precisar que a través de la Sentencia SU-342 de 1995 la Corte Constitucional manifestó que la negociación colectiva es un derecho constitucional, prima facie no es un derecho fundamental, porque está ubicado dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, pero adquiere esta connotación fundamental cuando su vulneración amenaza los derechos de trabajo o de asociación sindical.

¹⁷ Sobre lo antecedido, Gustavo Gnecco rememora lo considerado por Francisco Rafael Ostau de Lafint De León, quien considera que “aquella actitud paternal-jurídica de los diferentes discursos del poder que a través del desarrollo e implementación de un sistema normativo y determinadas políticas públicas justificadas por razones de caridad o beneficencia, inciden en la conducta de los miembros de una sociedad a través de decisiones de poder, tomando de esta forma el papel de un padre quien se arroga la autoridad de representación considerando que lo que él hace es conveniente con el fin de buscar principalmente el bienestar de su hijo” (Gnecco, 2015, p. 177).

de sus afiliados en todas las relaciones de trabajo”¹⁸, muy a pesar de que existía el reconocimiento también de sindicatos –además de los de *base*– de industria, gremiales y de oficios varios¹⁹.

En este entendido, la regulación sindical en Colombia deja entrever una necesidad de restringir las manifestaciones de negociación colectiva y huelga al ámbito de la *empresa*, consolidando a estas mayores y exclusivas prerrogativas (Gnecco, 2015, p. 177). Lo anterior es observable a partir de la escasa representatividad del sindicalismo de *industria* o *rama de actividad* en Colombia, ello a pesar de lo consagrado en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo relativo a la convención colectiva entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, pues tan solo existen dos casos emblemáticos en toda la historia laboral colombiana en el que se desarrollaron negociaciones de este tipo²⁰, haciéndose evidente el mínimo apoyo y eficacia de este tipo de asociatividad (Gnecco, 2015, pp. 200, 202).

Es entonces importante señalar que la realidad contradice el marco garantístico constitucional establecido a partir del artículo 39, que consagra el derecho que tienen los trabajadores y empleadores “a constituir sindicatos y asociaciones, sin intervención del Estado”, y el artículo 55, que “garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales”.

Ahora bien, es posible determinar que el desmedido favorecimiento a los sindicatos de *empresa* es producto de los graves riesgos en la reducida representatividad que pueden tener en su espacio organizacional, lo que marca otro punto de quiebre entre la coherencia normativa constitucional y la deprecada de la codificación. Lo anterior se refleja claramente en la condición de 25 trabajadores afiliados para la constitución de un sindicato²¹, constituyéndose en una medida regresiva y represiva del ordenamiento legal en clara contradicción con el marco constitucional (Cialti y Villegas-Arbeláez, 2017, p. 77), siempre que, como lo ha indicado la misma OIT:

el número mínimo de 30 trabajadores para la constitución de sindicato sería admisible en los casos de sindicatos de industria, pero dicho número mínimo debería reducirse en el caso de los sindicatos

¹⁸ Aun cuando a pesar de su preeminencia también lo limitaba al máximo, prohibiéndole, en consecuencia, “coexistir dos (2) o más sindicatos de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. El mencionado articulado fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional mediante en Sentencia C-567-00 del 17 de mayo de 2000.

¹⁹ Artículo 356, referido a la clasificación de los sindicatos de trabajadores, modificado por el artículo 40 de la Ley 50 de 1990, en los que se pasa de considerar sindicatos de base a sindicatos de “empresa”.

²⁰ Valga decir la del sector bananero antioqueño y las presentadas en el sector eléctrico (Gnecco, 2015, p. 202).

²¹ Artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo, que precisa: “[t]odo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados”, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-201-02, del 19 de marzo de 2002.

de empresa, para no obstaculizar la creación de estas organizaciones, sobre todo cuando el país tiene una importantísima proporción de pequeñas empresas y la estructura sindical se basa en el sindicato de empresa. (OIT, 2006, párrafo 285)

Dicha consideración por parte de la OIT no puede ser ajena al *establishment* laboral colombiano, ya que si bien no precisa el número dictado en el informe reseñado –treinta–, veinticinco miembros no deja de ser tanto un número sin mayor grado de justificación –y por tanto ampliamente arbitrario–, y más importante aún, constituye un despropósito hacia la realidad colombiana con un porcentaje mayoritario de microempresas en la economía, generándose *per se* una violación a la libertad de sindicación.

Así las cosas, es claro que el resultado fáctico de las restricciones normativas frente al protagonismo direccionado hacia el sindicato de “base” en Colombia ha producido el reiterado “microsindicalismo, el minifundio sindical, la parcelación sindical, la división o fraccionamiento o fractura en mil pedazos sindicales” (Cialti y Villegas-Arbeláez, 2017, p. 77), debilitando, como es lógico, el poder de representatividad en la negociación colectiva, ello, claro, sin olvidar las diferentes problemáticas secesionistas propias de la cultura de violencia devenida del conflicto armado colombiano y que no son ajenas a la realidad trabajadora, a través del denominado “canibalismo sindical” (Cialti y Villegas-Arbeláez, 2017, p. 80)²².

Ahora bien, una vez concebidas en el ordenamiento chileno como colombiano las inconsistencias frente a la *libertad sindical* derivadas de la restricción a la constitución sindical de *rama/industria*, es menester observar ahora las condiciones que estos presentan frente al ejercicio de la *huelga solidaria*.

Para el caso chileno, existe un ininterrumpido silencio normativo que nos permite divisar tan solo respuestas jurisprudenciales que se dividen entre una tendencia que solo ampara la huelga dentro de un proceso de negociación colectiva²³, esto es, permitiendo la declaración de ilegalidad hacia

²² No obstante, Pierre-Henri Cialti y Jairo Villegas-Arbeláez, si bien apoyan las tesis presentadas en este documento, no omiten precisar que “volviendo al criterio de la afiliación sindical, la realidad colombiana se caracteriza por una bajísima tasa de sindicalización del 3,4 %, y por una abstención electoral sindical altísima. Ciertamente, estos datos evidencian un sindicalismo automarginalizado que, paradójica y proporcionalmente, como expresión de su propia debilidad y precaria visión, transita por el despeñadero del culto a la división, a la resta, a la fractura, a la dispersión, a los microsindicatos o pequeñas parcelas de realización de sectas, filiaciones o vanidades personales, y en alguna medida sin interés real en el sindicalismo. Ese paisaje se adorna con altísimos grados de pugnacidad, conflictividad, fanatismo o maximalismo del 100%, de intolerancia, de epítetos descalificatorios y ofensivos, por competencia intrasindical entre los microlíderes sindicales de los microsindicatos, lo que concentra toda la “capacidad” sindical con “olvido” de la eficacia en la contratación colectiva. Las confederaciones sindicales y los empleadores, en común, guardan silencio” (Cialti y Villegas-Arbeláez, 2017, pp. 65-66).

²³ La Corte Suprema bajo Sentencia Rol N°. 142-2014 (considerando 8°.) ha precisado que la Huelga es “un medio que permite hacer efectivo el ejercicio del derecho a la negociación colectiva”.

aquellos casos fuera del marco de la mencionada negociación²⁴, mientras la otra tendencia, liderada solitariamente por la Corte de Apelaciones de Santiago, se sostiene en que “la sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no [podría] llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido”²⁵.

Este panorama solo nos demuestra nuevamente que en el campo jurídico chileno existe una vez más una *esquizofrénica* indeterminación normativa proclive a la vulneración de los derechos y libertades sindicales.

Por su parte, en Colombia la huelga de solidaridad no posee un cobijo legal ni constitucional, siendo incluso restringida, al ser de carácter *política*, por “no guardar relación con la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores”²⁶. Así mismo, a partir de las normas del Código Sustantivo del Trabajo se imposibilita la acción de este tipo de huelgas, siempre que, primero, no se enmarca dentro de los requisitos establecidos en el artículo 431, y en segundo término se consagran ilegales con motivo del artículo 450²⁷.

Ahora bien, ha sido la Corte Constitucional colombiana la que ha posibilitado una perspectiva extensa del derecho de huelga, sosteniéndose en que la Constitución Política garantiza, en un sentido amplio, el ejercicio a las distintas manifestaciones de la huelga²⁸, señalando que:

Se hall[a] cobijada por dicha garantía constitucional por ejemplo, la huelga que adelanten los trabajadores de una empresa en solidaridad con otros que están en huelga con un empleador distinto, cuando unos y otros se encuentren vinculados a una federación o confederación sindical, u ostenten cualquier otra ligazón que habilite la participación solidaria²⁹.

²⁴ Bien aprecia la Corte de Apelaciones de Concepción a través de la Sentencia Rol N°. 9301/2009 (considerando 5°.) que el “propio Código del Trabajo autoriza la paralización exclusivamente en los casos de la negociación colectiva reglada”.

²⁵ Precepto señalado en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1144-2015 (considerando quinto).

²⁶ La Corte Constitucional al respecto ha expresado también, mediante la Sentencia C- 858 de 2008, que “este tipo particular de huelga, al exceder los linderos de lo jurídico-profesional, no puede justificarse por sus objetivos (...) por su misma naturaleza la huelga es un medio de confrontación y presión frente al empresario, con aptitud para inducirle a ceder a las pretensiones de los trabajadores, elementos que se echan de menos en la huelga política”.

²⁷ Siendo adicionalmente requisitos para evitar la declaratoria de ilegalidad de la huelga: desarrollar el proceso de arreglo directo; haber sido declarada por la asamblea de trabajadores en la forma prevista; haberse efectuado antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga.

²⁸ Establecido por la Corte Constitucional a través de sentencias C-473 de 1994 y C-858 de 2008 principalmente.

²⁹ Mediante Sentencia C-201 de 2002 de la Corte Constitucional.

Aunado a lo anterior, es importante tener en cuenta que el conflicto armado colombiano ha generado un mayor empeoramiento de las condiciones de ejercicio de la libertad sindical, lo que imposibilita de facto el relacionamiento social del sindicalismo, e incluso la interrelación de luchas laborales fuera de su esfera –mayoritariamente empresarial–, lo cual ha provocado un sinnúmero de quejas por parte de la OIT (particularmente la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos–CETCOIT) frente a la grave situación de violencia antisindical. Ejemplo de ello es, verbigracia, el informe del año 2007 del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el cual expone la subsistencia de actos de violencia de los cuales las víctimas son dirigentes sindicales en ejercicio de sus funciones, denuncias que se han venido repitiendo consecutivamente todos los años, muy a pesar de existir programas gubernamentales de líderes sindicales y sentencias condenatorias contra los autores de estos crímenes (Gnecco, 2015, p. 200).

En corolario, y observados los dos modelos normativos frente a la *huelga por solidaridad*, es dable en primera instancia considerar lo precisado por el Comité de Libertad Sindical frente a que “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen” (Comité de Libertad Sindical, 2018, párr. 770). En tal medida, el ordenamiento colombiano podría estar cercana de la coherencia normativa, sin embargo, se aleja contundentemente al no consolidarse desarrollo legislativo frente al respeto de las huelgas por motivos sindicales e inclusive políticos. Por su parte, en el caso chileno se despliega un cuestionable indeterminismo normativo que ha llevado a reiterarle al Comité de Libertad Sindical que el derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo, por lo que le ha instado a adoptar las medidas necesarias para modificar su legislación (Comité de Libertad Sindical, 2013, párr. 354-355), siendo una imprescindible oportunidad el contexto constituyente en curso³⁰.

³⁰ En este sentido, el borrador de Constitución del mes de mayo de 2022 producido por la Convención Constitucional (2022) establece en su artículo 12 el “Derecho a la libertad sindical”, en el que se “asegura a trabajadoras y trabajadores, tanto del sector público como del privado, el derecho a la libertad sindical. Este derecho comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga”. Así, en el inciso tercero de este artículo se precisa que “[e]l derecho de sindicalización comprende la facultad de constituir las organizaciones sindicales que estimen conveniente, en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional, a afiliarse y desafiliarse de ellas, a darse su propia normativa, trazar sus propios fines y realizar su actividad sin intervención de terceros”, mientras que en el inciso quinto, tratándose del “derecho a la negociación colectiva”, postula que su ejercicio “[c]orresponderá a los trabajadores y trabajadoras elegir el nivel en que se desarrollará dicha negociación, incluyendo la negociación ramal, sectorial y territorial. Las únicas limitaciones a las materias susceptibles de negociación serán aquellas concernientes a los mínimos irrenunciables fijados por la ley a favor de los trabajadores y trabajadoras”. Así pues, de llegarse a aprobar este cuerpo normativo en extremo garantista de los derechos de los/las trabajadores/as, el ordenamiento jurídico chileno ya no correspondería al modelo incoherente en el que lo hemos postulado en el presente trabajo, siendo, en cambio, su nueva clasificación, no solo coherente con los convenios 87 y 98 de la OIT, sino un ejemplo en cómo integrarlos en la norma superior.

Modelo mixto: Argentina

Conforme al esquema realizado en la parte introductoria del segundo capítulo, hemos clasificado al ordenamiento laboral argentino como un sistema tipo mixto, esto siempre que, en tanto consolida un marco normativo que adhiere los principios de libertad sindical, organización/gestión democrática y autonomía colectiva, ello a través de su protección constitucional bifronte desde el artículo 14bis y la incorporación de los convenios de la OIT con rango supralegal mediante el artículo 75.22, por otro lado, y como ya lo observaremos, también se ha generado una suerte de ineficacia en la implementación de dichas garantías, producto de la falta de reconocimiento y titularidad de la estructura y derechos sindicales a ciertas manifestaciones asociativas de los/las trabajadores/as.

Así las cosas, la Ley 23.551 de 1988 establece la regulación de asociaciones sindicales, que fortalece la libertad sindical mellada por la dictadura (1976-1983) y exhorta al Estado a la creación, desarrollo y captación de los sindicatos (García, 2015, p. 33). En tal medida, el artículo 10 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS) prevé taxativamente la posibilidad de constituir asociaciones sindicales de tres tipos: a) de trabajadores que presenten servicios en una misma actividad –unión vertical–; b) de quienes desempeñan un mismo oficio, profesión o categoría –sindicato horizontal o de franja–; y finalmente c) de dependientes de una misma empresa –sindicato de empresa–.

Ahora bien, la misma ley concibe bajo la figura de “personería gremial” la titularidad de diversos derechos sindicales, tales como la implantación de representantes trabajadores sindicales (arts. 31.a, 40, 41), la negociación de convenios colectivos de alcance general (art. 31.c), la garantía de estabilidad de representantes sindicales (art. 48, 52), la facultad de recaudar cuotas de afiliación (art. 38) y la provisión de cobertura médico-asistencial (art. 31.f) (García, 2015, pp. 33-34), prerrogativas que no son generales, sino limitadas a favor de aquellas asociaciones sindicales que abarcan una representatividad predominante en una *rama de actividad*, lo cual margina aquellos sindicatos categorizados como “simplemente inscritos”. De tal forma, por ejemplo, la LAS en su texto original exige, para ejercer la función de delegados del personal, que el/la trabajador/a tenga una doble categoría, esto es, tanto de afiliado a un sindicato con *personería gremial* como también haberse postulado en comicios convocados por dicho sindicato, situación que impide la elección de un trabajador afiliado a un sindicato –simplemente– “inscrito”.

Es en tal razón que la Sentencia 33:2499 del 11 de noviembre de 2018 (causa *Asociación de trabajadores del Estado –ATE– vs. Ministerio de Trabajo*), tras insistentes cuestionamientos por parte la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT³¹ frente a un posible

³¹ Informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones a Argentina de los años 1989, 1998 y 2008.

“monopolio de representatividad”, la Corte Suprema de Justicia de Argentina resolvió ampliar los derechos sindicales concentrados en la LAS hacia los sindicatos con *personería gremial*, otorgando con ello derechos a los “simplemente inscritos” (García, 2015, pp. 34-35). En tal sentido, subraya la Corte la doble dimensión del derecho de asociación sindical, tanto *individual* como *social*, los cuales, por ser inescindibles, exigen su garantía simultánea, pues la violación de alguna de ellas, como lo enfrentado con la LAS (limitaciones garantistas en ciertos mecanismos de asociación), repercute en los fines colectivos de la libertad sindical³².

En este punto es importante concebir que en el ordenamiento jurídico argentino tras el fallo G342. XXVI.RHE (Causa *Giroldi, Horacio David y otro*, recurso de casación) del 7 de abril de 1995, la Corte Suprema de Justicia concibió que los tratados internacionales deben ser interpretados y aplicados conforme a la dimensión internacional derivada de los organismos internacionales que determinan el contenido y alcance de dichas disposiciones. De esta manera, los pronunciamientos de la OIT y sus órganos de control son fuente de derecho laboral en el país, cuyo real cumplimiento, no obstante, posee un déficit temporal considerable³³.

Con todo, a pesar de este gran marco jurisprudencial que reconvino las equivocaciones derivadas de la LAS, dotando de mayor coherencia el ejercicio sindical con el ordenamiento supralegal de raíces internacionales (aunado al art. 14bis constitucional), no debe perderse de vista que los efectos jurisdiccionales del sistema *federal* se proyectan al caso concreto (García, 2015, p. 46), no siendo, por tanto, eficaces en el razonamiento judicial acontecido en las *Provincias* y en *Capital*, situación que ha perpetuado actividades antisindicales inadmisibles ante la perspectiva proyectada por la Corte Suprema, lo que generó que esta haya insistido en dos nuevas sentencias³⁴ con las mismas argumentaciones suscritas en noviembre de 2018 con el fallo *ATE*.

Ahora bien, esta discusión no solo se ha sostenido de manera reciente, sino que encuentra sus raíces en el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la cual, haciendo referencia a la LAS, señaló que “la norma no impide a los trabajadores la adopción del formato de organización que ellos consideren convenientes para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos de los arts. 2 y 10 del Convenio N°. 87” (García, 2015, pp. 36, 51-53). Dicha postura fortalece, nuevamente desde el escenario jurisprudencial, la exigencia del reconocimiento de la “organización sindical libre y democrática” promulgado por la OIT, como una garantía indubitable

³² Considerandos 6°. y 9°. Es importante considerar que la sentencia bajo comentario remite a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Huilca Tecse vs. Perú* del 3 de marzo de 2005 (§ 69).

³³ Huelga mencionar el caso expuesto precedentemente, cuya reformulación (de la concentración de derechos en la personería gremial) a través de vía jurisprudencial tardó de 1988 (LAS) hasta 2008 (Causa *ATE vs. Ministerio de Trabajo*).

³⁴ Causa *Álvarez, Maximiliano y otros vs. Cencosud SA (A.1023 XLIII)* y Causa *Rossi, Adriana c Estado Nacional-Armeda Argentina (Fallo 332:2715)*.

que debe ser cumplida independiente de la división territorial federal, pues la imposición de propios regímenes que regulan, desde la actividad sindical hasta las convenciones colectivas aplicables a las relaciones laborales, permiten contextos proclives a la vulneración de los compromisos garantísticos que tiene el Estado con la suscripción de instrumentos internacionales.

Por su parte, y ahora ante el segundo pilar de análisis comparativo planteado en nuestro trabajo, a saber, la *huelga de solidaridad*, existe un claro reconocimiento constitucional de todas las manifestaciones del ejercicio de huelga, ello devenido del párrafo segundo del artículo 14 bis, siendo considerado como un derecho *directamente operativo*³⁵.

Es por tanto que el ordenamiento jurídico argentino ha establecido un respetuoso criterio interpretativo coherente con la perspectiva de los órganos de control de la OIT, por lo que –en los mismos términos ya señalados hacia la legislación colombiana– tan solo las prohibiciones generales de las *huelgas de solidaridad* se consideran *abusivas*. En tal sentido, al derecho a huelga únicamente se le impone restricciones cuando esta se ejerza en actividades calificadas como “servicios esenciales” o “conexos” –por extensión–, existiendo incluso en estos casos una Comisión de Garantías (creada por el Decreto 272 de 2006) que precisa los criterios y principios que bordearán la limitación a la huelga, siempre respetando lo ordenado por los órganos de control de la OIT³⁶. Con todo, se establece una regulación amplia, en los mismos términos consagrados por el Comité de Libertad Sindical (2018, párr. 770).

Este criterio ha sido reforzado en decisiones jurisprudenciales, no solo incluyéndose taxativamente los convenios de la OIT 98, y especialmente el 87, como núcleos centrales del *obiter dicta*, sino que incluso se usa la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art. 11) a fin de blindar el derecho a huelga a todas las organizaciones sindicales, ya sean estas con personería gremial, como las simplemente registradas³⁷.

³⁵ Aunado los soportes internacionales que ejecuta el bloque de constitucionalidad del artículo 75.22, tanto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 8.1.d) y el Convenio 87 de la OIT (art. 3, 10).

³⁶ Es menester considerar que existen dos principios básicos de la OIT frente al derecho a huelga: el primero, referido a que este es un medio legítimo y fundamental de los trabajadores en defensa de sus intereses económicos y sociales, mientras que el segundo hace referencia a la prohibición que el poder ejecutivo tiene frente a la declaración de ilegalidad de una actividad huelguista, siendo, por tanto, un órgano independiente que no sea “juez y parte en el proceso”. Es de tal envergadura la sujeción a estos principios que el Comité de Libertad Sindical en el caso UTA (Nº. 1679) objetó la declaración de ilegalidad de una huelga cuya ejecución entorpecía una actividad calificada como esencial, siempre que esta determinación fue tomada por el Ministerio de Trabajo (García, 2015, pp. 114-115).

³⁷ V. g. los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la nación de Argentina en las sentencias P.1911. XLII (Pérez, Aníbal R. vs. Disco S.A.) del 1 de septiembre de 2009 y AR/JUR/77141/2010 (Álvarez Maximiliano y otros vs. Cencosud S.A.) del 7 de diciembre de 2010.

Así las cosas, es claro que en el ordenamiento argentino no se establecen limitaciones respecto a la motivación de *solidaridad* en el ejercicio al derecho de huelga, hecho que es facilitado con la incorporación inescindible de la regulación emanada por la OIT.

Modelo coherente: Uruguay

Hemos llegado al punto clave de esta investigación, referente al encuentro del sistema normativo coherente frente al derecho de libertad sindical, evaluado tanto en la libertad de su constitución, tamaño y organización estructural como en interacción gremial a partir de la huelga por solidaridad. Es menester empezar diciendo que la regulación laboral de Uruguay se basó hasta los primeros años del siglo XIX en un abstencionismo legislativo en la materia (Mangarelli, 2015, p. 463), lo cual, probablemente, favoreció al empoderamiento pragmático de los sindicatos a través de su manifestación *per se* interna y externa de la relación laboral, siendo los únicos parangones normativos los convenios 87 y 98 de la OIT y la Constitución Nacional que a través de su artículo 57³⁸ ordena promover la organización de sindicatos y les reconoce el derecho de huelga.

Ahora bien, con la asunción del Frente Amplio en 2005 se consolidaron importantes transformaciones a las relaciones colectivas de trabajo, siendo un hito la promulgación del Decreto 105/005 del 7 de abril de 2005, en el que a través de los denominados Consejos de Salarios³⁹, constituidos de manera tripartita (Estado-trabajador/a-empleador/a) para la fijación de salarios por grupos de actividad laboral, se posibilitó la promoción de la negociación colectiva de manera amplia, que si bien ya era una práctica generalizada, le dio una base institucional para la titularidad y representatividad de los sindicatos de ramo laboral.

Con todo, la consolidación de una nutrida normativa sindical (también liderada por los Consejos de Salarios, que tienen competencia para fijar condiciones de trabajo⁴⁰) como legislativa uruguaya (verbigracia, leyes 18508 del 26 de junio de 2009, 18572 del 13 de septiembre de 2009 y 18566 del 11 de septiembre de 2009), ha generado que las negociaciones colectivas tengan un peso tan relevante que son pocos los conflictos entre organizaciones de trabajadores como de empleadores que se ventilan en los tribunales (Mangarelli, 2015, p. 466).

Así las cosas, para el sector público uruguayo, el artículo 3 de la Ley 18508 consolida el derecho de la negociación colectiva “en todos sus niveles”, destacándose varios niveles de estructura (art. 10), como el *General o superior* (el que se lleva a cabo a través del Consejo Superior de Negociación

³⁸ Es importante señalar que desde la Constitución de 1934 (en su otrora artículo 56) se estableció el texto jurídico pro-sindicalismo, conservado en el actual cuerpo constitucional derivado de las modificaciones plebiscitadas del 31 de octubre de 2004.

³⁹ Creados a partir de la Ley 10.449 del 12 de noviembre de 1943.

⁴⁰ A través de la Ley 18566 del 11 de septiembre de 2009.

Colectiva del Sector Público, art. 11⁴¹), el *sectorial* o por *rama* (mediante las mesas de negociación establecidas en función de las particularidades sindicales, art. 12), y el nivel por *organismo* (a través de las mesas de negociación entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos, art. 13), los cuales, en opinión de Pomatta (2009, p. 75):

(...) termina[n] con la práctica limitante en cuanto a no negociar cuestiones reservadas a los Estatutos de los funcionarios de cualquiera de esos Organismos, o a las normas del Presupuesto Nacional, y se abandona además la tesis conservadora y segregante que extralimita las diferencias entre la relación contractual o estatutaria en la función pública.

Por su parte, como bien lo establece el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, la “participación, consulta y colaboración” son garantizadas entre las organizaciones de trabajadores públicos con las autoridades del Estado, a fin de que el “intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo” genere espacios de resolución anticipada a un conflicto judicial, permitiéndose, como lo establece el artículo 15, la “prevención de los conflictos colectivos”.

Con igual importancia es necesario reconocer el artículo 5, que impone la obligación de *negociación de buena fe*, extendida esta a los espacios no judiciales y judicial, referidos a la concurrencia e idoneidad de los representantes, y el intercambio de la información necesaria para el arribo a un acuerdo en equidad⁴².

Por otro lado, la sindicalización en el sector privado es regido en Uruguay por la Ley 18566, la cual garantiza y promueve la conformación de organizaciones de empleadores o trabajadores –en todos sus niveles– para “adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas” (arts. 2 y 3), permitiéndose, en tal medida, su manifestación más allá del ámbito de *empresa*, encausándose, como ya sucedía en lo fáctico, en el sindicalismo de *gremio* y a *nivel nacional*⁴³.

⁴¹ Conformado en un inicio por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional del Servicio Civil, las cuales representarían tanto al Poder Ejecutivo como a las Empresas Públicas en los distintos ámbitos de negociación del Sector Público, pero que en la Ley se incluyó dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (uno de los cuales presidirá el Consejo), dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas. Debe recordarse que el mismo artículo 11 establece en la conformación del Consejo Superior de Negociación Colectiva ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos de mayor grado a nivel nacional, de conformidad con los principios establecidos en los convenios 151 y 154 de la OIT (Mesa, 2009, pp. 72, 74).

⁴² Este mismo deber se extiende en el artículo 6, referente a Derecho de Información, estableciéndose: “Las partes tienen la obligación de proporcionar, en forma previa y recíproca, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa”.

⁴³ Para dar cabal cumplimiento y control a este fin se crean a través de esta Ley el Consejo Superior Tripartito (artículos 7 a 10) y los Consejos de Salarios (artículos 11 a 13), los cuales consolidan la estructura organizacional

Es importante considerar que la regulación para el sector privado prevé, además del comportamiento de *buena fe* de las partes en la negociación colectiva⁴⁴ –homónimo a la del sector público– (art. 4), una *conducta colaborativa* que autónomamente prevenga el conflicto, estableciéndose para este fin (jurídicamente “económico”, arts. 5 y 19) tanto la capacitación por parte del Estado a los representantes sectoriales (art. 6) como el acompañamiento constante a través de asesoramiento y asistencia de las organizaciones sindicales (art. 5.b).

Con todo, se presenta una garantía amplia a la *libertad sindical* enmarcada en el artículo 2 de la Convención 87 de la OIT, ello por tres razones fundamentales: (i) desde la autorización y reconocimiento de la constitución de sindicatos sin autorización previa; (ii) la posibilidad de afiliarse a cualquier sindicato, con la sola condición de observar previamente sus estatutos; y finalmente, desde el ámbito colectivo, (iii) brinda la garantía de que los sindicatos puedan elaborar sus estatutos y reglamentos y elegir libremente sus autoridades, administración y actividades, todo ello conforme al artículo 3.1 de la Convención 87.

Por su parte, frente a nuestro segundo pilar de análisis devenido de la *huelga por solidaridad*, en Uruguay la relativa ausencia de regulación legal ha tenido como consecuencia que la posición ampliamente predominante⁴⁵ haya sido aquella que sostiene que los sindicatos tienen libertad para determinar los intereses que se buscan con las medidas de conflicto. En ese sentido, se admiten las huelgas con fines laborales, de protesta contra la política económica del Gobierno (huelgas de imposición económica-política), las huelgas políticas (salvo las que tengan contenido exclusivamente de apoyo a un partido político), las de solidaridad, e inclusive las que son por motivos jurídicos (conflictos sobre la aplicación o interpretación de una norma) (Castello, 2011, p. 28).

En tanto, es trascendente destacar que si bien las leyes 18508 y 18566 de 2009 complementan el ordenamiento laboral de las negociaciones colectivas en Uruguay, al unísono, no se debe perder de vista que estos constructos normativos se rigen por los “derechos fundamentales internacionalmente reconocidos (...) marcos de referencia obligados a los efectos de la interpretación e integración de las disposiciones aplicables” (Zapirain, 2009, pp. 79, 80), lo que la hace una normativa

que permite dar efectividad a los resultados de las negociaciones colectivas tanto por sector de actividad (v.g. la fijación del monto mínimo de los salarios por categoría laboral) como a través de direccionamiento de políticas laborales a nivel nacional (v.g. la clasificación de los grupos de negociación tripartita por rama de actividad o cadenas productivas).

⁴⁴ Es necesario señalar que el artículo 16 de esta regulación refuerza el Pacta sunt servanda colectivo, y la *per se* buena fe impresa en las negociaciones, con la prohibición de modificación de los convenios a través de “contrato individual o acuerdos plurisubjetivos”, en los que se generen perjuicios a los trabajadores.

⁴⁵ Es necesario precisar que algunos autores, como Nelson precisan que “los motivos de la huelga deben ser profesionales, y por esta razón, quedan excluidas las huelgas netamente políticas y de solidaridad con otros gremios en huelga”, no obstante ser dicha posición contundentemente minoritaria (Larrañaga, 2013, p. 5).

en constante expansión hacia las garantías de la más justa decisión en la relación laboral, exigiendo, por tanto, un *razonamiento multinivel* (Pernice, 2012; 2012, pp. 742, 748; Aguilar, 2015, pp. 277-314; Lucero, 2021, pp. 79-90) que justifique lo pactado en la negociación colectiva.

Es por ello que podemos afirmar, como bien lo reseña Pomatta (2009, pp. 73-74), que el ejercicio sindical uruguayo se sostiene a partir de un ordenamiento jurídico *pro-operario*, cuyo funcionamiento y aplicación “ya no dependerá exclusivamente de la voluntad política del Gobierno de turno, sino del sistema instaurado, que ha sido caracterizado como un verdadero Sistema de Relaciones laborales (...), con las notables consecuencias que ello conlleva como fenómeno democratizador”. Así las cosas, se ha generado una fuerte vinculación sectorial en la participación de todas las condiciones de trabajo y empleo (como bien reza el Convenio 154 de la OIT), estableciéndose la *dignidad* como un verdadero factor de la regulación laboral, y con ello, promoviendo en el ordenamiento jurídico un continuo “proceso de transformación social” que potencializa la *equidad relacional* que demanda la negociación colectiva.

4. COMENTARIOS FINALES

Es importante comenzar concluyendo que, a pesar de los mixtos sistemas de regulación sindical producto de las diversas condiciones económicas y sociales en las que se han consolidado, dichas condiciones no pueden exculpar las *omisiones garantísticas* que deben ser cumplidas por los ordenamientos jurídicos frente a la *libertad sindical*.

Siendo lo anterior un importante punto de partida, es menester señalar que la regulación laboral colombiana y chilena son un claro reflejo de una política legislativa sostenida en la *conspiracy obrera* de finales del siglo XIX (Moral, 2016, pp. 59-110), lo cual ha tenido un contundente efecto en la diáspora sindical consolidada en las estructuras organizacionales de los/las trabajadores/as.

Como es claro, en la actualidad es insostenible, tanto por su incoherencia como por su violación al principio de legalidad, un ordenamiento jurídico que a pesar de fundarse en los convenios 87 y 98 de la OIT, al tiempo restringe el ejercicio sindical al ámbito de la *empresa*. Así pues, observamos en el caso de los países categorizados como *incoherentes* la proliferación de *excusas jurídicas* que postulan variados impedimentos a fin de que no se constituyan sindicatos fuera del criterio segregacionista de *empresa*. Ello impide la consolidación colectiva de una representatividad laboral fuerte, objetivo que emana de la esencia misma del derecho sindical, mientras paralelamente, en los casos que se permite su constitución, se establecen medidas gravosas que dificultan su ejercicio, como lo es el limitado reconocimiento de los derechos de representación.

Por su parte, regulaciones como la argentina y uruguayo (pese a las omisiones normativas de la primera) representan sistemas que, desde el ámbito fáctico, han demostrado una gran consistencia en el respeto de la libertad sindical, haciendo incluso suyos, desde el espacio constitucional y

jurisdiccional, los postulados de las convenciones 87 y 98 de la OIT, lo que los dota de una coherencia directa con los parámetros internacionales.

Con todo, este documento nos permite dar cuenta del complejo panorama que sigue existiendo para garantizar el libre ejercicio sindical, sobre todo cuando se impide la capacidad organizativa de los/trabajadores/as a través de su *profesión* y adicionalmente se limita las manifestaciones huelguistas con fines *solidarios*, siendo estas expresiones parte esencial de la naturaleza del sindicato. Ante ello, nos enfrentamos a una interesante paradoja que es necesario continuar indagando: ¿cómo la incorporación de garantías sindicales establecidas en instrumentos internacionales frente al ejercicio, reconocimiento y protección de la *libertad sindical* pueden ser efectivamente cumplida cuando en el ordenamiento jurídico interno se impide la constitución libre de sindicatos de *industria o rama* y la realización de *huelgas de solidaridad?*, y de este modo, es relevante preguntarnos posteriormente si la falta de reconocimiento de los sindicatos de *industria/rama* y el ejercicio de *huelgas de solidaridad*, provoca que la *función social del sindicato* sea un mero eufemismo.

REFERENCIAS

- Agudelo Cano, M. F. (2014). Participación política del sindicalismo colombiano. Un estudio introductorio. *Desafíos*, 26(1), 267-296.
- Aguilar Cavallo, G. (2012). El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012. *Estudios Constitucionales*, 10 (2), 717-750.
- Aguilar Cavallo, G. (2015). El diálogo judicial multinivel. En M. A. Núñez Poblete (Coord.), *La internacionalización del Derecho Público* (pp. 277-314). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Amedec Linares, J. (2006). Cambios en las relaciones laborales y nuevas formas de organización. *Gaceta Laboral*, 12(2), 216-231.
- Añez Hernández, C. (2009). Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América. *Latina Multiciencias*, 9(2), 195-202.
- Arese, C. (2017). Los derechos humanos laborales en las constituciones latinoamericanas (el centenario de la Constitución de Querétaro). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 25, 183-202.
- Baltera Santander, P. (2016). La libertad sindical: incertidumbre de un derecho de los trabajadores (Cuaderno de Investigación N°. 59). Santiago, Chile: Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile. https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110566_recurso_1.pdf
- Botero Cedeño, E. A. (2016). *Bases conceptuales para un análisis crítico del discurso administrativo y económico*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Caamaño Rojo, E. (2005). Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico. *Revista de Derecho*, 18(1), 25-53.

- Cárdenas Piñeros, M. (1995). La respuesta laboral al neoliberalismo en Colombia: el contexto político. *Innovar*, 5, 43-65.
- Castello Illione, A. (2011). El Derecho de Huelga en Uruguay. *Revista de Derecho y Sociedad*, 37, 23-31.
- Chamorro Ríos, C. (2016). *Configuración del marco de regulación laboral de Chile y Argentina en la trayectoria del capitalismo neoliberal latinoamericano: la dinámica de las reformas laborales durante la década del 2000*. (Tesis Doctoral). Universitat de Barcelona.
- Cialti, P. y Villegas-Arbeláez, J. (2017). La representatividad sindical como herramienta de promoción sindical en Colombia. *Vniversitas*, 135, 53-98.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Derechos Laborales y Sindicales Estándares Interamericanos (Documento OEA/Ser.L/V/II.). Washington, D.C.: OEA. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DerechosLaboralesSindicales-es.pdf>
- Comité De Libertad Sindical (2013). *Informe N°. 367*. Ginebra. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3112017
- Comité De Libertad Sindical (2018). *La libertad sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf
- Convención Constitucional (2022). *Borrador Nueva Constitución*. <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22-1.pdf>
- Corte Constitucional De Colombia (2020). Sentencia C-471 de 5 de noviembre de 2020. Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo.
- Corte De Casación Francia (2010). Recurso N°. 09-60.283 del 3 de marzo 2010 (*Sindicato del transporte y de las actividades de asistencia de los aeropuertos parisinos*). <http://compendium.itcilo.org/es/compendium-decisions/corte-de-casacion-sindicato-deltransporte-y-de-las-actividades-de-asistencia-de-los-aeropuertos-parisinos-3-de-marzo-2010-recurso-num-09-60.283>
- García Ramírez, S. (2003). Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana. *Comisión de Derechos Humanos de México*, mayo-junio, 75-96.
- García, H. O (2015). Las relaciones colectivas del trabajo en Argentina. En C. Mangarelli, T. Sala y F. Tapia (coords.), *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* (pp. 31-133). Buenos Aires, Argentina: Tirant lo Blanch.
- Gnecco Mendoza, G. (2015). Las relaciones colectivas del trabajo en Colombia. En C. Mangarelli, T. Sala y F. Tapia (coords.), *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* (pp. 175-228). Buenos Aires, Argentina: Tirant lo Blanch.
- Gómez Vélez, M. A. (2014). Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo. *Diversitas*, 10 (1). <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/diversitas/article/view/1808/2216>

- Guzmán Concha, C. (2002). *Los trabajadores en tiempos del neoliberalismo. Los casos de Argentina y Chile*. Informe: Fragmentación social y crisis política e institucional en América Latina y el Caribe. Buenos Aires, Argentina: Programa Regional de Becas CLACSO.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España: Akal.
- Larrañaga Zeni, N. (2013). *El derecho de huelga y sus límites*. <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/03/Uruguay-Zeni.pdf>
- Lucero Pantoja, J. (2018). Función de Utilidad. Entre el Ambiente y el Sostenimiento de la Economía. *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 32. https://huespedes.cica.es/gimadus/32/07_funcion_de_utilidad.html
- Lucero Pantoja, J. (2021). El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, 20(41), 71-99.
- Mangarelli, C. (2015). Las relaciones colectivas del trabajo en Uruguay. En C. Mangarelli, T. Sala y F. Tapia (coords.), *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* (pp. 463-511). Buenos Aires, Argentina: Tirant lo Blanch.
- Mesa, D. (2009). El proceso de negociación colectiva del sector público y su consolidación: la Ley N° 18508. *Transformación, Estado y Democracia*, 41, 72-73. <https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/uruguaylabourcodeleyn18508art11to13.pdf>
- Moral Martín, J. D. (2016). *Los orígenes sindicales del movimiento obrero: de las cofradías medievales a la clase laboriosa*. (Tesis doctoral). Universitat Rovira I Virgili.
- Niño-Becerra, S. (2015). *La economía: Una Historia muy personal* (3ª ed.). Barcelona, España: Los libros del lince.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2018). *Orígenes e Historia*, Ginebra. <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2006). *La libertad sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (5ª ed.). Ginebra. https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang-es/index.htm
- Ostau De Lafont De León, F. R. (2017). *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. JUS laboral N°. 6. Bogotá, D.C. Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Palomino, H. (2005). Los sindicatos y los movimientos sociales emergentes del colapso neoliberal en Argentina. En E. Toledo (Comp.), *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (pp. 19-52). Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Palomo Vélez, R. (2006). *Apuntes Derecho del Trabajo*. Talca, Chile. https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/D128A0523/3/material_docente/previsualizar?id_material=342298
- Pernice, I. (2012). La dimensión global del constitucionalismo multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización. *Instituto Universitario de Estudios Europeos*, N° 61. <https://1library.co/docu->

ment/yngd19lz-dimension-global-constitucionalismo-multinivel-respuesta-global-desafios-globalizacion.html

- Pomatta, M. (2009). Nueva ley sobre negociación colectiva en el sector público. *Transformación, Estado y Democracia*, 41, 73-75. https://www.onsc.gub.uy/onsc1/index.php?option=com_content&view=article&id=122&Itemid=96
- Ponce Pineda, L. J. (2004). *Nuevas prácticas y formas de organización sindical*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107463>
- Racciatti, O. (2000). Las transformaciones en el mundo del trabajo y el derecho laboral. *Riesgo, flexibilización laboral, transformaciones y Derecho Laboral*, 34, 1-34.
- Rojas, I. M. y Tapia, F. (2015). Las relaciones colectivas del trabajo en Chile. En C. Mangarelli, T. Sala y F. Tapia (coords.), *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* (pp. 135-173). Buenos Aires, Argentina: Tirant lo Blanch.
- Rushdie, S. (1988). *Los versos satánicos*. España: Debolsillo. <https://books.google.cl/books?id=jHqZRkON-rr8C&pg=PT234&lpg=PT234&dq=SALMAN+RUSHDIE+el+problema+consiste+en+comprender+la+verdadera+utilidad+del+cambio&source=bl&ots=7CZtY0peRj&sig=ACfU3U20kzcl2JEo4cPjY5sUkzzeRk0-9A&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKewiXiK2VgsrhAhVzE7kGHZNACr0Q6AEwAXoECAkQAQ#v=one-page&q=SALMAN%20RUSHDIE%20el%20problema%20consiste%20en%20comprender%20la%20verdadera%20utilidad%20del%20cambio&f=false>
- Sánchez-Ángel, R. (2008). Gaitanismo y nueve de abril. *Papel Político*, 13 (1), 13-49.
- Sobhi, T. (2013). Le concept de «citoyenneté mondiale»: un apport potentiel pour l'éducation multiculturelle? *Revue internationale d'éducation de Sèvres*, 63, 133-144.
- Suárez, M. J., Adriani, H. L., Alvariz, A. y Cotignola, M. (2005). Principales características de la precarización laboral en el Gran la Plata. Período 2003-2004. En *Séptimo congreso nacional de estudios del trabajo*. <http://www.aset.org.ar/congresos/7/09006.pdf>
- Toboso, F. (1996). El postulado del homo-economicus y las aportaciones de la economía política constitucional de la escuela de Virginia. *Latin American Journal of Economics*, 29. https://www.researchgate.net/publication/47750240_El_postulado_del_homo-economicus_y_las_aportaciones_de_la_economia_politica_constitucional_de_la_escuela_de_Virginia
- Velasco Arregui, E. (1999). Estructura y poder sindical en México: el retrato de una élite longeva. *Espiral*, VI (16), 111-148.
- Walker Errazuriz, F. y Arellano Ortiz, P. (2014). *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*. Santiago: Librotecnia. <http://www.derecho-trabajo.cl/wp-content/uploads/2019/02/EstabilidadEnElEmpleo2.pdf>

- Weller, J. (2020). La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales. Santiago, Chile: Cepal. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45759/1/S2000387_es.pdf
- Zapirain, H. (2009). Nuevas reglas para la negociación colectiva. *Revista Transformación, Estado y Democracia*, 41. https://www.onsc.gub.uy/onsc1/index.php?option=com_content&view=article&id=122&Itemid=96
- Zepeda Martínez, R. (2013). Neoliberalismo, desempeño económico y mercados laborales en Latinoamérica: un enfoque comparativo. *Ánfora*, 20(35), 13-40.

COVID-19 como enfermedad laboral dentro del ordenamiento jurídico colombiano*

*COVID-19 as an occupational disease
within the colombian legal order*

GUSTAVO NIXON DELACRUZ GIRALDO

Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales, Docente Universitario, Líder del Grupo de Investigación María Cano del Área de Derecho Laboral, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cali.
gustavo.delacruz@unilibre.edu.co - gusdelacruz@hotmail.com

PAOLA ANDREA ZULUAGA SUAZA

Abogada, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Santiago de Cali. Directora del Centro de Atención Laboral -CAL- Cali de la Escuela Nacional sindical, maestrante de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre Bogotá.
pazzulu27@hotmail.com

* Artículo resultado del proyecto de Investigación denominado "Observatorio de Derecho del Trabajo, Empleo, Salud y Seguridad Social", del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho, Ciencias Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cali.

Resumen

La emergencia generada por la COVID-19, trajo grandes cambios en todos los ámbitos, entre ellos el laboral, cambiando así las dinámicas en todos los sectores económicos. El sector salud ha estado desde el inicio de la contingencia por COVID-19 en la primera línea, claramente expuestos constantemente al factor de riesgo biológico, permitiendo con ello que el personal pueda contraer dicha patología; por lo tanto y al ser la COVID-19 una patología nueva, de la cual no se tenía registro alguno, se vio la necesidad por parte del Gobierno Nacional de expedir el Decreto 676 de 2020, el cual introduce la COVID-19 en la tabla de enfermedades laborales, presumiéndose la misma para el sector salud.

PALABRAS CLAVE

Enfermedad Laboral, Accidente de Trabajo, COVID-19, Calificación de Origen.

Abstract

The emergency generated by COVID-19 brought great changes in all areas, including labor, thus changing the dynamics in all economic sectors. The health sector has been on the front line since the beginning of the COVID-19 contingency, clearly exposed constantly to the biological risk factor, thus allowing staff to contract this pathology; therefore, since COVID-19 is a new pathology, of which there was no record, the National Government needed to issue Decree 676 of 2020, which introduces COVID-19 in the table of occupational diseases, presuming the same for the health sector.

KEYWORDS

Occupational Disease, Work Accident, COVID-19, Qualification of Origin.

1. INTRODUCCIÓN

Las enfermedades laborales y los accidentes de trabajo son contingencias que a lo largo de la historia de la humanidad han causado deterioro en la salud de los individuos, a raíz de la exposición a los factores de riesgo de forma continua, por hechos o sucesos no previstos que se originan producto de la prestación del servicio; los trabajadores son reincorporados a la sociedad con secuelas y afecciones, los cuales hacen que su calidad de vida se desmejore.

El SARS-CoV-2 es un virus que llegó para quedarse en la humanidad, situación que ha obligado a los científicos a realizar estudios minuciosos y acelerados para buscar una protección contra el mismo; mientras a nivel mundial se ha decretado una pandemia, la cual ha cambiado las dinámicas no solo de salud, sino laborales, comerciales, sociales, mercantiles, políticas, entre otras. Esto ha obligado a que una parte de la población se encuentre aislada, y realizando labores de teletrabajo, trabajo remoto, o trabajo en casa, resguardándose así desde su hogar; en el caso de otros sectores, como el de transporte, alimentos, la salud, por ser de carácter esencial, han estado expuestos.

Ante estas dinámicas, la sociedad entró en un estado de zozobra y ansiedad, producto de no saber qué pasaba, pues en cuanto a la salud, no se tenían claros los síntomas, las consecuencias, y aún no se saben las secuelas de la misma, causando esto una crisis en el sistema de salud, pues la COVID-19 no se encontraba en el ordenamiento jurídico Colombino como enfermedad, ni tampoco a nivel internacional existía la codificación del mismo para justificar las incapacidades de los usuarios, los médicos les asignaban patologías similares, que se relacionaban con la parte respiratoria, como lo es la neumonía, la bronquitis, entre otras. Situación que solo se daba para aquellos pacientes que exteriorizaban afecciones en salud, los cuales les impedían prestar servicios y que por obvias razones debían estar aislados, cumpliendo con ello con los requisitos de la Sentencia T-279 de 2012¹, dejando totalmente desprotegidos a los trabajadores que no presentaban síntomas pero que dieron positivo, debiendo, por ese hecho, cumplir con una cuarentena rigurosa, para no poner en riesgo a las personas de su alrededor.

Situación que causó un colapso en el sistema de seguridad social integral; por ello y para apaciguar las controversias suscitadas, surge el Decreto 676 de 2020, que introduce en la tabla de enfermedades la COVID-19 virus identificado y la COVID-19 virus no identificado, sumándose a las enfermedades ya existentes, como son asbestosis, silicosis, pneumoconiosis del minero de carbón y mesotelioma maligno por exposición a asbesto; así mismo, dicho decreto aborda el tema de las incapacidades, y habla de la obligación de brindar implementos de protección adecuados e idóneos para proteger el personal del sector salud de posibles contagios por COVID-19, por parte de las administradoras de

¹ Definición de Incapacidad: Se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad, física o mental, de un individuo que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio habitual.

riesgos laborales, surgiendo con ello el siguiente interrogante ¿Qué implicaciones tiene la COVID-19 como enfermedad laboral en Colombia?

2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA NORMATIVIDAD SOBRE ENFERMEDADES LABORALES EN COLOMBIA

A lo largo de la historia, las enfermedades laborales se han convertido en un tema de vital importancia, no solo en el ámbito internacional sino también en el nacional, ya que, con el estudio de estas, busca la prevención en la salud de los trabajadores, evitando con ello cometer los errores del pasado. En Colombia, Rafael Uribe Uribe es quien empieza a introducir todo el tema de seguridad en el trabajo; dicha disciplina fue nula antes del siglo XX, causando con ello una población trabajadora enferma, sin prevención a los riesgos y peligros, desencadenando múltiples accidentes de trabajo. A partir de la Ley 57 de 1915 se empieza a definir por primera vez que es una enfermedad laboral y un accidente de trabajo, creando para la fecha el primer régimen de prestaciones económicas y asistenciales, que existió en el país, dando pie a la salud ocupacional.

Posteriormente, para darle fuerza al tema de protección y prevención de las enfermedades y accidentes laborales se expide la Ley 46 de 1918, la cual estaba encaminada a dictar medida de higiene y sanidad para los trabajadores y empleadores; es así como también a nivel internacional se ve la necesidad de crear una organización que regule todo lo concerniente a las relaciones laborales, incluyendo empleadores, Estados y trabajadores; creándose en 1919 la Organización Internacional del Trabajo (OIT), buscando la reivindicación de derechos de los trabajadores, por ello, en 1925 se expide el Convenio 18, el cual aborda el tema de la indemnización por enfermedades profesionales, conllevando al Estado colombiano, como miembro, a su suscripción y posterior ratificación a través de la Ley 129 de 1931.

En 1950 nace el Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social (CST), a través de los Decretos 2663 y 3743 de 1950. En su artículo 200, dicho Código define la enfermedad profesional así:

Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

Esta definición marca un punto de partida en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que se introduce el concepto de enfermedad laboral, entendiendo que el empleado al realizar determinadas actividades puede desarrollar enfermedades, las cuales no son causadas por el normal deterioro del cuerpo humano, sino por agentes externos; comenzando así los estudios para la prevención de patologías o la búsqueda de herramientas para disminuir las consecuencias en la salud del trabajador. Es por ello que a pesar de la existencia de la tabla de enfermedades en el artículo 201, la misma fue precaria a raíz de los irrisorios sistemas de producción que para la época existían, la

efímera mecanización de los procesos y de la limitada posición sobre el papel de los trabajadores en el mundo del trabajo.

Entre tanto, para 1955, la Organización Internacional del Trabajo expide la Recomendación N° 99, la cual establece:

(...)

(a) la expresión **adaptación y readaptación profesional** designa aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado; y

(b) el término **inválido** designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental.

Recomendación que tiende a la reivindicación de los derechos del trabajador, ya que comienza a romper los estigmas frente a los trabajadores enfermos, creando conciencia al permitir que dicho trabajador inicie un proceso multidisciplinar, con el fin de buscar la readaptación a su trabajo bajo las nuevas dinámicas, conservando así su puesto, siendo reincorporado a la sociedad en mejores condiciones. Es por ello que en 1965 Colombia expide el Decreto Ley 2351, la cual modifica disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo, y en su artículo 16 establece la reincorporación al empleo de aquel trabajador enfermo al término de la incapacidad de acuerdo con sus aptitudes.

Más adelante, el Decreto 614 de 1984 introduce el término “salud ocupacional”, siendo esta disciplina la encargada del estudio y prevención de las enfermedades laborales en el ordenamiento jurídico colombiano; este nuevo estatus jurídico profundizó en el tema que se había venido desarrollado paulatinamente; esta situación hizo que la misma no solo fuera de importancia para el trabajador, sino para el Estado y el empleador, y se comenzó a visibilizar la necesidad de organizar el sistema de riesgos profesionales como el de salud y pensiones; fue por ello que se expidió el Decreto 1295 de 1984, mediante el cual se organiza el sistema general de riesgos profesionales.

En 1988 emerge a la vida jurídica la Ley 82, disposición a través de la cual “(...) se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69 reunión, Ginebra, 1983”. Un avance fundamental, ya el tema de la readaptación deja de ser una recomendación para ser un convenio suscrito por el Estado colombiano, con el que se compromete a cumplir dicha normatividad, la cual existía solo en el papel, pues en la práctica se evidenciaron muchos casos en los que el trabajador fue abandonado, no solo por su empleador, sino por el Estado, soportando el daño a su salud a raíz de la escasa o nula protección que había en los puestos de trabajo; adicionalmente, muchos trabajadores fueron despedido y desprotegidos por su condición.

En 1991 se expide la Constitución política de Colombia, que en los artículos 13, 25, 47, 53 y 54 consagra lo correspondiente a la igualdad, derecho al trabajo, principios del derecho del trabajo y protección especial al trabajador enfermo. Por ello, en 1993 se expide la Ley 100, que tiene como fin organizar el sistema integral de salud y seguridad social, considerándose el servicio de salud como derecho fundamental, surgiendo con ello el Decreto 1294 de 1994, el cual organiza el Sistema General de Riesgos Profesionales.

En mayo de 2007 se expide la Resolución 1401, por la cual se reglamenta la investigación de incidentes y accidentes de trabajo; en 2012 se expide la Ley 1562, la cual Modifica el Sistema de Riesgos Laborales y da nuevas disposiciones en materia de Salud Ocupacional y seguridad y salud en el trabajo, especificándose la obligatoriedad en la afiliación al sistema de riesgos laborales para todos los trabajadores en Colombia, ya sean dependientes o independientes. De esta ley surgen los Decretos 019 de 2012, 2346 de 2003, 1477 de 2014, 1443 de 2014, 1507 de 2014 y 1072 de 2015, los cuales tienen como fin dar un desarrollo armónico al sistema de riesgos laborales.

Cabe indicar que el Decreto 1477 de 2014 expide la tabla de enfermedades laborales en Colombia, impulsando con ello que las calificaciones de los trabajadores fuesen de origen laboral, siempre y cuando cumplan con el nexo de causalidad, pero es solo a partir de 2020, a través del Decreto 676 se considera la COVID-19 como enfermedad laboral directa para el sector salud.

Con el anterior despliegue histórico y normativo se puede visibilizar que el Estado colombiano, en el momento que forma parte de la Organización Internacional del Trabajo, comienza a realizar un desarrollo armónico en cuanto a la defensa de derechos de los trabajadores, buscando poner en marcha todo el tema del derecho laboral individual, colectivo, de seguridad social y riesgos laborales, generándose frente a esta última una política de protección integral respecto al trabajador no solo cuando es víctima de accidentes de trabajo o de padecimientos producto de enfermedades laborales, sino de prevención, pues la salud y seguridad en el trabajo busca apostarle a la prevención, ya que así se salvan más vidas y se mitigan las secuelas. En los últimos 30 esta disciplina ha prevalecido en todos los sectores, ya sea cultural, económico, social industrial, legal; por ello el Decreto 676 de 2020 no solo se centra en introducir la COVID-19 como enfermedad laboral, sino que también refiere a la obligación de brindar implementos de protección adecuados para la prestación del servicio, medida orientada a la prevención.

3. LAS ENFERMEDADES LABORALES Y ACCIDENTES DE TRABAJO EN COLOMBIA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Con la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano adopta la forma de un Estado social de derecho, unitario, democrático, participativo y pluralista, lo cual está consagrado en el artículo 1,

el cual busca la protección y garantía de los derechos fundamentales al ser uno de los fines consagrados en el artículo 2².

Se hace preciso indicar que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano comienza a garantizar los derechos de los trabajadores, y más si estos tienen algún padecimiento en su salud. En tal sentido, destacan los artículos 13, 25, 47, y 54, los cuales buscan la protección y amparo de los derechos de los trabajadores enfermos, entendiéndose por “trabajador enfermo” aquel que tiene una “afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta” (Sentencia T-320-2016), afecciones que pueden derivar de enfermedades comunes, accidentes de trabajo o enfermedades laborales. En este orden de ideas, es importante definir qué es “accidente de trabajo” y “enfermedad laboral”, términos necesarios a la hora de tratar el tema en cuestión.

Teniendo presente que el ordenamiento jurídico colombiano ha tratado de dar un concepto con el fin de evitar interpretaciones erradas o ambiguas en la materia, razón por la cual dichas definiciones fueron introducidas en su momento por el *Código Sustantivo del Trabajo*, posteriormente derogado por el Decreto 1295 de 1994, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexequibles mediante Sentencia C-858 de 2006; entre ellos los que definían concepto de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, argumentando la extralimitación de las funciones por parte del Ejecutivo, ya que “la unificación de definiciones mediante derogación de las existentes y la determinación de conceptos, y contenidos normativos sobre accidentes de trabajo y formas de afiliación a regímenes, superan la mera gestión para la cual fueron atribuidas las competencias legislativa...”; es decir que pese a que la Ley 100 de 1993 en su artículo 139³ numeral 11 lo haya delegado, la

² ARTICULO 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

³ ARTÍCULO 139. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para:

(...)

11. Dictar las normas necesarias para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores.

función de dictar normas para organizar el sistema de riesgos laborales de la época se limitaba a reglamentar la gestión del sistema mas no el sistema.

Razón por la cual en 2012 se expidió la Ley 1562 que modifica el sistema de riesgos laborales y dicta disposiciones en materia de salud ocupacional; ley tardía, pues sale a la vida jurídica después de 6 años de que la anterior normatividad fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Es importante indicar que durante dicho periodo se acudía al artículo 1 literales m y n de la Decisión 584 de 2004 en el instrumento andino de seguridad y salud en el trabajo de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por concepto del Ministerio de la Protección Social emitido en 2007, en el que indicó que, mientras no se contara con una legislación interna que definiera lo concerniente a al accidente de trabajo y enfermedad laboral, se atendía a la definición establecida por la CAN, a raíz de que Colombia es miembro de dicha organización, siendo procedente acudir a ella por el bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93⁴ de la Constitución Política.

Ahora bien, la Ley 1562 de 2012 define el accidente de trabajo en su artículo 3 así:

ACCIDENTE DE TRABAJO. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Este concepto establece lo que es un accidente de trabajo, abarcando todas las posibles situaciones, en las que un trabajador puede tener un accidente de trabajo. Se debe indicar que no es nada novedosa, ya que es la misma definición que se venía manejando; ahora bien, al nivel de otros países se denota que Colombia deja totalmente desprotegido a trabajador respecto a los eventos que se puedan presentar durante el desplazamiento de su casa al trabajo y de este a su casa, pues solo se tiene como accidente si el medio de transporte que sea suministrado por el empleador.

Es importante traer a colación otros sistemas jurídicos, como es el caso de Chile y España, los cuales definen como accidente de trabajo toda lesión que sufra un trabajador a causa o con ocasión del trabajo y que produzca incapacidad o muerte, como también aquel que ocurra en el trayecto hacia el trabajo, aquel que se origine con ocasión o consecuencia de la labor sindical.⁵ Definición más garantista, la cual busca proteger y prever las contingencias que le puedan ocurrir al trabajador no solo con causa u ocasión del trabajo, sino las que puedan surgir en el desplazamiento hacia al mismo, buscando con ello la protección del trabajador en todo aspecto.

De este modo, teniendo claro qué es un accidente de trabajo, se hace necesario indagar por la enfermedad laboral. Para Ayala (2001), la enfermedad laboral debe entenderse como el estado patológico que sucede como consecuencia directa de la clase de trabajo que se ha visto obligado a realizar el trabajador. Por su parte, para Suárez y Fernández (2018), *“Las enfermedades laborales son todas aquellas que le ocurren a los trabajadores y que son originadas por exposiciones reiteradas a factores de riesgo, concretos en el ambiente de trabajo en el cual se desempeñan o se han desempeñado”* (...).

Para García Gómez (2014), la enfermedad laboral es el deterioro de la salud del trabajador a raíz de la actividad que desarrolla, siempre y cuando exista el nexo causal. Pero es aquí donde la Ley 1562 de 2012 nuevamente juega un papel importante, pues en el artículo 4 define a la enfermedad laboral dentro del ordenamiento jurídico Colombiano como:

(...) la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional serán reconocidas como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

⁵ Ley 16744, artículo 5, y artículos 115, 116 de la Ley General de Seguridad Social.

Este concepto es bastante amplio, ya que introduce los factores de riesgo como causantes de las enfermedades y el nexo causal para que una patología sea catalogada como laboral, lo cual en sintonía con la normatividad de países como Chile y España.

Es importante clarificar qué es un factor de riesgo y cuáles son los factores de riesgo. Respecto al concepto de riesgo no hay consenso, pues cada autor lo define desde el área en el que se desempeña.

Para la Real Academia Española [RAE] es la “contingencia o proximidad de un daño”. Sennett (2000) indica que el riesgo es la ansiedad por lo que puede ocurrir, causando con ello un ambiente desolador; mientras que Beck (2002) define el riesgo como el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras del quehacer humano, de los numerosos efectos no deseados de la modernización radicalizada; este autor percibe los peligros como los producidos por la civilización, riesgo producido por el mismo avance científico y tecnológico, los cuales deben ser distribuidos en la sociedad para que la misma no colapse.

Desde el punto de vista sociológico se puede concluir que el riesgo es aquel agente externo que causa un daño, ya sea a una sociedad, a un ecosistema, a una economía o una persona; riesgos que son imprevisibles, y que de una u otra forma causan un resultado, debiendo ser asumidos por el interesado.

En materia laboral, Cabo (2019) define el riesgo laboral como la posibilidad de que un trabajador sufra un daño producto de la labor que realiza; este puede ser grave o inminente. Sin embargo, Creus Solé (2016) indica que los riesgos profesionales son el:

(...) conjunto de enfermedades y los accidentes que pueden ocurrir con ocasiones o como consecuencia del trabajo. La palabra riesgo indica la probabilidad de ocurrencia de un evento tal como una caída, una descarga eléctrica, el contacto accidental de la mano con un mecanismo móvil. (p. 62)

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido que un factor de riesgo es “cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión”. Luego entonces en la especialidad laboral debe ser entendido el riesgo como aquel agente que causa daño a la salud del trabajador, por la continua exposición a los factores de riesgo, a la hora de realizar la actividad, a raíz de la relación que existe entre el trabajador y el medio ambiente en que trabaja, a la hora de adquirir una enfermedad. Al respecto, Durán et al. (2016) indican que riesgo es el “Hecho susceptible de ocurrencia, condición presente en todo los ambientes laborales y comunes, susceptibles de desencadenarse por la acción u omisión de un agente externo”(p. 38).

Sin embargo, la Resolución 2646 de 2008 del Ministerio de la Protección Social indica que el factor de riesgo es la “Posible causa o condición que puede ser responsable de la enfermedad, lesión o daño”. Existen seis factores de riesgo: biológico, químico, mecánico, psicosocial y ergonómico. La COVID-19 es producto de la exposición al riesgo biológico.

¿Pero en que consiste el riesgo biológico? Según la legislación española, el riesgo biológico debe entenderse como la exposición a los Agentes Biológicos o la exposición a microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad que puedan dar lugar a enfermedades, motivadas por la actividad laboral⁶.

Por su parte, Ramírez y Ospina (2020) definen el riesgo biológico como los daños que puede causar al trabajador por el contacto laboral a micro- y macroorganismos transmitidos por el aire, la sangre y los fluidos corporales, los cuales producen o generan enfermedades al trabajador.

El Ministerio del Trabajo (2018) indica que el riesgo biológico es “la probabilidad que tiene el individuo de adquirir una infección, alergia o toxicidad secundario o la exposición a material biológico durante la realización de alguna actividad, incluida la laboral” (p.7).

Es decir que el factor de riesgo biológico en el ámbito laboral es aquel que causa un deterioro en la salud del trabajador a raíz de la exposición continua a microorganismos o macroorganismos, los cuales pueden ser transmitidos por el aire, fluidos corporales y la sangre; por ello, no solo los trabajadores del área de la salud se encuentran expuestos a este factor de riesgo. Debido a lo cual en la actualidad a nivel mundial se han establecido protocolos de bioseguridad con el fin de salvaguardar a la humanidad, buscando así blindar o disminuir los contagios de COVID-19. Como se ha expresado, el contagio por COVID-19 es producto a la exposición al factor de riesgo biológico, ya que es un virus que se trasmite a través del contacto que existe entre los fluidos corporales del ser humano, siendo el agente transmisor el aire, el cual es el vínculo utilizado para transmitirse de persona a persona; por ello, la importancia de la utilización adecuada de los protocolos de bioseguridad existentes, pues como se verá más adelante, sino se es trabajador del área de la salud, se debe probar que efectivamente el trabajador fue contagiado en el lugar de trabajo para que dicha patología sea catalogada como de origen laboral.

4. IMPACTO DEL DECRETO 676 DE 2020

El Decreto 676 de 2020 fue expedido raíz de la emergencia que se estaba viviendo a nivel internacional. Colombia fue duramente golpeada por dicho fenómeno, que causó gran impacto en su sistema económico, político, social, sanitario, cultural, entre otros, ya que la COVID-19 no llegó paulatinamente, sino de un momento a otro, produciendo un brote en la población y trayendo con ello altas tasas de contagio y muertes. Ello obligó a actuar sobre la marcha; es el caso de la parte médica científica, ya que para poder tratar de la mejor manera a los pacientes debieron pasar de ensayo a error para encontrar los medicamentos, tratamientos y vacuna apropiados. Lo mismo

⁶ Artículo 2 Real Decreto 664 de 1997.

pasó con la normatividad. Se tuvieron que presentar inconvenientes con las entidades (ARL, EPS, y empleadores) para que el Ejecutivo aclarara la situación y estableciera directrices sobre cómo tratar dicha enfermedad, la cual ha sido un gran avance, tenido que ser adecuada a medida en que más sectores han entrado a la nueva normalidad.

Ahora bien, el virus COVID-19 es enfermedad infecciosa reciente, de la cual apenas se están realizando estudios de cómo tratarla, pues no ha sido en vano su letalidad al causar una pandemia a nivel mundial de la cual no se tenía un registro de tal envergadura. Según estudios, pandemias, como la peste de Justiniano, la muerte negra, la gripe española, entre otras (Castañeda y Ramos, 2020), afectaron algunos países o continentes, pero nunca fueron tan volátiles como la COVID-19, que ha infectado todo el mundo.

Los primeros brotes de COVID-19 en Wuhan, ciudad china, desde diciembre de 2019 (OMS, 2020), y se expidió a todos los continentes y países. En Colombia, según el boletín de prensa n°. 50 del Ministerio de la Salud y de la Protección Social, el primer caso positivo de COVID-19 se registró el 6 de marzo de 2020, en una paciente de 19 años proveniente de Milán (Italia). A partir de esta fecha en el territorio nacional comenzó una propagación desenfrenada del virus. El Gobierno declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional mediante Decreto 417 de 2020.

A causa de la proliferación del virus, el Gobierno colombiano era consciente de que llegaría al país; por ello, desde antes el Ministerio del Trabajo expidió la circular 17 de 24 de febrero de 2020 con el fin de identificar los tres tipos de exposición de riesgo a infectarse por la COVID-19 durante la prestación del servicio por parte del trabajador: exposición directa, indirecta y la intermedia⁷. Circular que tenía por fin alertar a los empleadores, administradoras de riesgos laborales y Empresas prestadoras de salud cómo proceder ante la inminente llegada del virus al país, pero ese actuar era frente a la prevención, es decir, se establecía que el contagio provenía de la exposición al factor de riesgo biológico, el cual estaba deambulando en el ambiente; por ello, la importancia de que se le suministraran los implementos de protección personal adecuados a los trabajadores para así minimizar contagios; situación que no se tuvo en cuenta, y por ello un caos una vez se estableció

⁷ a) Con Riesgo de exposición directa: aquellos cuya labor implica contacto directo con individuos como caso sospechoso o confirmado (principalmente trabajadores del sector salud).

b) Con Riesgo de exposición indirecta: aquellos cuyo trabajo implica contacto con individuos clasificados como caso sospechoso. En este caso, la exposición es incidental, es decir, la exposición al factor de riesgo biológico es ajena a las funciones propias del cargo. Se pueden considerar los trabajadores cuyas funciones impliquen contacto o atención de personas en transporte aéreo, marítimo o fluvial y personal de aseo y servicios generales.

c) Con Riesgo de exposición intermedia: se consideran en este grupo aquellos trabajadores que pudieron tener contacto o exposición a un caso sospechoso o confirmado en un ambiente laboral en el cual puede generar transmisión de una persona a otra por su estrecha cercanía.

el virus, en cuanto a la prestación del servicio y las prestaciones económicas, lo cual perjudicó al trabajador, al ser la parte más débil del sistema.

La declaratoria de pandemia acarrió una serie de problemas a los trabajadores, pues a muchos se les suspendió su contrato sin autorización del Ministerio del Trabajo, pese a que el Gobierno indicó que esto no sucedería; otros fueron enviados a vacaciones, siendo estas prorrogas a tal punto que los trabajadores han gozado de sus vacaciones hasta 2023, quedando en deuda con su empleador; otros fueron obligados a tomar licencias no remuneradas, y otros a la modalidad del teletrabajo, porque era la única figura jurídica que existía en el momento para la prestación del servicio por parte del trabajador, por fuera de la empresa ya que no existía la figura de trabajo remoto o trabajo en casa; pero aun así otra población debió prestar su servicio, porque su sector fue denominado esencial, como fue el caso de la salud, transporte y alimentos.

Fue en este periodo en el que las administradoras de riesgos laborales comenzaron a negar la atención y pago de incapacidades alegando que la COVID-19 no se catalogaba como enfermedad laboral⁸, al no registrarse como tal en la tabla de enfermedades laborales⁹, desconociendo el nexo de causalidad del cual habla el artículo 4 de la Ley 1265 de 2012, iniciando con ello una disputa con las EPS, pues las entidades promotoras de salud también se rehusaban a la prestación del servicio y pago de incapacidades, teniendo como sustento jurídico lo expresado en la circular 17 de 2020 expedida por el Ministerio del Trabajo. Esta situación causó una gran problemática al trabajador, que al final era el más afectado, tanto en su salud como económicamente, ya que las incapacidades generadas por el contagio de COVID-19 no se estaban cancelando, vulnerándose a sí el mínimo vital del trabajador.

En vista del caos jurídico existente, nace el Decreto 538 de 2020, ello con el fin de aclarar un poco el panorama y la incertidumbre suscitada, el cual en su artículo 13¹⁰ indica que la COVID-19 debe

⁸ Mediante Circular 017 del 24 de febrero el Ministerio del Trabajo fijó los lineamientos mínimos para la implementación de la promoción y prevención para el COVID 19, en el que se hace alusión a tres grupos de trabajadores expuestos en consideración al riesgo y exposición entre estos: a) Riesgo de exposición directa; b) Riesgo de exposición indirecta; c) Riesgo de Exposición Intermedia. Hasta este momento la COVID 19 no era una enfermedad laboral, y es solo mediante el Decreto 676 de 2020, que incorpora la COVID- 19 como enfermedad laboral directa, modificando el Decreto 1477 de 2014, siendo aplicable a los trabajadores del sector de la salud, aspecto que generaba una situación de incertidumbre, sobre todo para los trabajadores de este sector.

⁹ Decreto 1477 de 2014.

¹⁰ Artículo 13. Requisitos para inclusión del Coronavirus COVID-19 como enfermedad laboral directa. Elimínense los requisitos de que trata el parágrafo 2 del artículo 4 de la ley 1562 de 2012 para incluir dentro de la tabla de enfermedades laborales, el Coronavirus COVID-19 como enfermedad laboral directa, respecto de los trabajadores del sector salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que preste servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de esta enfermedad. Las entidades Administradoras de Riesgos Laborales – ARL-, desde el momento en que se confirme el diagnóstico del Coronavirus COVID-19, deben

ser incluida como enfermedad laboral, de forma directa, pero solo para aquellos trabajadores del sector salud, desconociendo a los trabajadores de otros sectores que también tienen contacto directo con personas portadoras como lo son el transporte y alimentos. Ello obligó a las administradoras de riesgos laborales al reconocimiento de todas las prestaciones que establece el sistema. El decreto en mención buscó dar una solución parcial a la problemática suscitada, pues fueron paños de agua tibia y no atacó de raíz el problema, ya que al no estar la COVID-19 dentro de la tabla de calificación de enfermedades¹¹, causaba con ello un vacío jurídico, el cual seguía desprotegiendo al trabajador a toda costa.

Es solo con la expedición del Decreto 676 de 2020, que la COVID-19 virus identificado y COVID-19 virus no identificado se introdujeron en el ordenamiento jurídico colombiano como enfermedad laboral; implementación que realizó el Gobierno conforme a la clasificación realizada por la Organización Mundial de la Salud (2020), por las modificaciones en el artículo 4 y la sección II parte A del Anexo Técnico, realizadas al Decreto 1477 de 2014, que establece la tabla de enfermedades, siendo este decreto más claro, obligando, de cierto modo, a que las administradoras de riesgos laborales estén en la obligación de responder por la COVID-19 como enfermedad laboral, inicialmente para los trabajadores del sector salud¹², al ser considerada una patología adquirida de forma directa, y a futuro para aquellos trabajadores que logren demostrar el nexo de causalidad por la exposición al riesgo, ya sea indirecta o intermedia, conforme al proceso de calificación de origen estipulado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Es aquí donde la aplicación, implementación y cumplimiento de los protocolos de bioseguridad, tanto el general, establecido en la Resolución 666 de 2020, y los específicos de cada sector toman importancia a la hora de demostrar que el contagio de COVID-19 se originó durante y dentro de la jornada laboral; siendo preciso indicar que el no tener una adecuada implementación de los protocolos de bioseguridad tanto dentro y fuera de las empresas hace que a los trabajadores del resto de los sectores se les dificulte demostrar el nexo causal del contagio con la labor para la cual han sido contratados.

Como segunda medida se puede evidenciar que el decreto obliga a las administradoras de riesgos laborales a orientar, educar y suministrar los implementos de protección personal adecuados e idóneos para el sector salud, pero no existe una coerción, es decir, no hay una sanción por el hecho

reconocer todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez.

¹¹ Decreto 1477 de 2014.

¹² Al sector salud pertenecen también el personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que presten servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de la COVID-19.

de no cumplir con su labor, reflejando con ello un claro vacío en la norma, pues desafortunadamente para las entidades si no media una sanción, no cumplen a cabalidad con la obligación.

Adicionalmente se evidencia la falta de compromiso de las administradoras de riesgos laborales para realizar los acompañamientos a los empleadores, desconociéndose el motivo; en últimas, serían los entes que tendrían que responder en caso de una proliferación del virus dentro de una empresa, pues muchos de los protocolos adoptados en las empresas del país no se ajustan a las condiciones del puesto del trabajo; tampoco los empleadores están suministrando los implementos de protección personal adecuados, obligando a los trabajadores a tener que sufragarlos para lograr su efectiva protección. Es aquí donde uno se pregunta ¿qué pasa con el Ministerio del Trabajo?, pues una de sus funciones es vigilar el cumplimiento de la normatividad de salud y seguridad en el trabajo por parte de los empleadores y a la fecha no existen sanciones al respecto.

Pero hay que resaltar, a pesar de las críticas a dicho decreto, que este trae muchos beneficios a los trabajadores del sector salud, ya que de esta forma se ven reivindicados una parte de los derechos que los trabajadores tienen, luego que en los últimos años han sido violentados a raíz de las formas de contratación, las cuales buscan evadir derechos laborales por parte del empleador, que en muchas ocasiones es el mismo Estado, que pone en situación de infección a sus propios trabajadores al recurrir a prácticas de tercerización laboral.

Que la COVID-19 sea una enfermedad laboral y de forma directa relacionada con el sector salud, implica que, para ese grupo de trabajadores, las prestaciones económicas y de salud deben ser asumidas el 100 % por las administradoras de riesgos laborales a las cuales el trabajador se encuentra afiliado; suscitando con ello que el subsidio de incapacidad debe ser asumido por la ARL desde el día siguiente al diagnóstico, en el 100 % del ingreso base de cotización del trabajador, tal como lo indica la Ley 776 de 2012 en su artículo 3¹³, sin la necesidad de tener que acudir a un proceso de

¹³ El artículo 3 especifica sobre el Monto de las Prestaciones Económicas por Incapacidad Temporal, y se refiere a “Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte. El pago se efectuará en los periodos en que el trabajador reciba regularmente su salario. Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El periodo durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por periodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el periodo previsto en el inciso anterior no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuara cancelando el subsidio por

calificación de origen de enfermedad previamente, como sí ocurre para los trabajadores del resto de sectores, los cuales deben demostrar el nexo causal.

Adicionalmente a ello, si el trabajador, sea del sector salud o que le hayan calificado su patología como de origen laboral, queda con una secuela producto del contagio, y esta da una pérdida de capacidad laboral superior al 5 % e inferior al 49 %, el trabajador tiene derecho a que se le reconozca una indemnización permanente parcial, conforme al Decreto 2644 de 1994, el cual indemniza con un porcentaje en dinero de acuerdo con el ingreso base de cotización; en caso de que sea superior a 50 %, tiene derecho a la pensión de invalidez por riesgos laborales, y en caso de la muerte del trabajador, es obligación reconocer pensión de sobreviviente a sus beneficiarios, tal como lo indica el artículo 11¹⁴ de la ley 776 de 2002.

5. CONCLUSIONES

Con lo anterior se puede concluir que la COVID-19 fue introducida como enfermedad laboral en casi todos los países donde se tuvo contagio, para dar respuesta a la problemática suscitada a raíz de la crisis que se evidenció en el mismo sistema, por las múltiples infecciones suscitadas, en razón de que muchos trabajadores se encontraban expuestos al factor de riesgo biológico, por ser labores de carácter esencial; llevando estas nuevas regulaciones a una nueva sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, en Colombia, al ser considerada la COVID-19 una enfermedad laboral, la misma no soluciona del todo la problemática suscitada, pues desde el punto de vista práctico, como se indicó, no existe coerción alguna para que las administradoras de riesgos laborales; por ello son muy pocas las que han brindado los implementos de protección adecuados al sector salud; adicional a ello, frente a los trabajadores del resto de sectores, las mismas no han hecho los acompañamientos pertinentes a los empleadores para dar recomendaciones respecto a la implementación de los protocolos de bioseguridad; tampoco han realizado capacitaciones para concientizar a los empleadores y trabajadores de la importancia de adoptar medidas de protección y de la utilización adecuada de los implementos; causando con ello que día a día, haya más personas contagiadas. Es evidente que este decreto (676 de 2020) es un avance, una garantía y protección de los trabajadores, pero podría haber sido mejor.

incapacidad temporal”.

¹⁴ El artículo 11, consigna sobre la muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales y establece “ Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 y su reglamentario”.

En principio, el Decreto 676 de 2020 solo protege a una parte de la población que se encuentra prestando labores de contención del virus, como son los trabajadores del sector salud, dejando de lado a aquellos trabajadores de los distintos sectores que siempre han estado activos durante toda la contingencia; pero dicha situación no invalida el derecho a que se hagan las reclamaciones e inicien los procesos de calificación, demostrando siempre el nexo causal; por el contrario, abre una brecha de que a futuro se hagan modificaciones al decreto que permitan que otros sectores sean incluidos, a raíz de la reactivación económica en la cual se encuentra el país gracias a la nueva normalidad.

Respecto a las incapacidades aún no existe un gran avance, ya que el Decreto 676 de 2020 replica lo que se estaba presentando antes del mismo, pues solo se pagan aquellas incapacidades en las que existe una afección en la salud del trabajador que lo imposibilita para prestar su servicio y que es positivo, pero para aquel trabajador que no presenta síntomas, que es aislado por sospecha, y que adicionalmente a ello no se le concede incapacidad por el médico tratante, el artículo 9 del Decreto 676 de 2020 indica que el empleador debe implementar el teletrabajo o trabajo remoto; situación aplicada para aquellos cargos que efectivamente se facilita realizar su labor a través de dicha modalidad, pero para los trabajadores que no pueden aplicar el teletrabajo o trabajo remoto ¿qué pasa? Es claro que crea un vacío jurídico, dejando esta situación a la libre interpretación del empleador; interpretación que en muchas ocasiones perjudica al empleado, pues es sometido y obligado por el empleador a firmar licencias no remuneradas o vacaciones durante el periodo de aislamiento, por lo cual es necesario que se haga un adecuado desarrollo del tema.

Dicho decreto es discriminatorio en cuanto al tema de los implementos de protección personal, ya que deja en cabeza de las administradoras de riesgos laborales el suministro de los mismos, pero solo para el sector salud, sin que exista una verdadera coerción para el cumplimiento. En este orden de ideas ¿Dónde queda el resto de sectores de trabajadores?, ¿será que el sector salud solo es el sector expuesto? Si se tiene en cuenta que la pandemia es una contingencia que está atacando a todos de igual forma, lo más acertado sería que las ARL estén obligadas a suministrar los mismos a todos los sectores.

Por último, se puede indicar respecto al tema de normatividad de salud y seguridad en el trabajo, la mayor parte proviene del Ejecutivo, el cual ha aprovechado los estados de emergencia para introducir normatividad al respecto; un ejemplo de ello es el Código Sustantivo de Trabajo, el cual fue creado en medio del estado de sitio, situación constante en el Estado colombiano, y en la actualidad, la mayor parte de la normatividad se ha gestado durante la emergencia sanitaria para brindar respuestas y soluciones a las problemáticas suscitadas; dejando claro que dentro de la seguridad y salud en el trabajo es un tema en el que el Estado, el empleador y los trabajadores son los principales actores.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de 1991. *Gaceta constitucional* n°. 116 del 20 de julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Ayala Cáceres, C. L. (2001). *Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Laborales*. Ediciones Salud laboral.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- Cabo, S. J. (2019). 3. Riesgos laborales: conceptos básicos. Gestión Sanitaria. <https://www.gestion-sanitaria.com/3-riesgos-laborales-conceptos-basicos.html>
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1562 de 2012, *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional*. *Diario Oficial* n°. 48.488. http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1562_2012.html
- Congreso de la República de Colombia (1931). Ley 129 de 1931, *Por la cual se aprueban varias convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, en sus 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11 sesiones*. *Diario Oficial* n°. 21.865. <file:///C:/Users/pazzu/Downloads/LEY%20129%20DE%201931.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 776 de 2012, *Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales*. *Diario Oficial* n°. 45.037. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0776_2012.html
- Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 100 de 1993, *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras* http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República de Colombia (1951). *Código Sustantivo del Trabajo*. *Compilación de los decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951*. *Diario Oficial* n°. 27.622. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-279 de 2012. Recuperado <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-279-12.htm>
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-320-2016. Recuperado <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-320-16.htm>
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-858 de 2006. Recuperado <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-858-06.htm>
- Decreto 2351 de 1965, Recuperado <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83596>
- Decreto 614 de 1984, Recuperado <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1357>

- Decreto 1477 de 2014. Recuperado <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=58849>
- Decreto 417 de 2020. Recuperado <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110334>
- Duran Osorio M^a. L., Ramírez Arias, J. A. y Sánchez Rojas, L. A. (2016). Análisis del proceso de calificación de orden de los eventos en salud en primera oportunidad, dentro del sistema de seguridad social integral en Pereira 2014-2015. <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/958/AN%C3%81LISIS%20DEL%20PROCESO%20DE%20CALIFICACION%20.pdf?sequence=1>
- García Gómez, M. (2014). La sospecha de enfermedad profesional. Programas de vigilancia epidemiológica laboral. http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465546X2014000500022&script=sci_arttext&tln-g=pt
- Ley 57 de 1915. Diario Oficial. Año LI. N. 15646. Recuperado <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1609446#:~:text=Enti%C3%A9ndese%20por%20patrono%20toda%20persona,trabajo%20por%20cuenta%20del%20patrono.>
- Ley General de la Seguridad Social (1994). Real Decreto Legislativo 1/1994. https://www.agamfec.com/pdf/archivo_doc/Lei_1_1994_17_junio_17_xuno_General_Seguridad_Socia_1994.pdf
- Ministerio de la Protección Social (2008) Resolución 2646, por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención, y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional. Recuperado https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minproteccion_2646_2008.htm
- Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2012). Decreto 538 de 2020, *Por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20538%20DEL%2012%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>
- Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2020). Resolución 666 de 2020, *Por medio de la cual se adopta el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19.* https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20666%20de%202020.pdf
- Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2020). Colombia confirma su primer caso de COVID-19. (Boletín de prensa 050 de 2020). <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primero-caso-de-COVID-19.aspx>
- Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (1994). Decreto reglamentario 1295 de 1994, *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.* Diario Oficial n°. 41.405. http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html

- Ministerio del Trabajo (2018). Guía para trabajadores expuestos a riesgo biológico. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59676/GUIA+RIESGO+BIOL%C3%93GICO+PARA+TRABAJADORES.pdf/>
- Ministerio del Trabajo (2020). Lineamientos mínimos a implementar de promoción y prevención para la preparación, respuesta y atención de casos de enfermedad por Covid-19 (antes denominado coronavirus). Circular 017 de 2020. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/Circular+0017.pdf/05096a91-e470-e980-2ad9-775e8419d6b1?t=1582647828087>
- Ministerio del Trabajo y de la Protección Social (1994). Decreto 2644 de 1994, *Por el cual se expide la tabla única para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99% y la prestación económica correspondiente*. <https://www.arlsura.com/index.php/decretos/136-decreto-2644-noviembre-29-de-1994#:~:text=Se%20expide%20la%20tabla%20%C3%BAnica,y%20la%20prestaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20correspondiente.>
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaria de Previsión Social (1968). Ley 16744, *Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. http://www.ist.cl/wp-content/uploads/2016/07/ley_16744.pdf
- Ministerio del Trabajo (2020). Decreto 676 de 2020, *Por el cual se incorpora una enfermedad directa a la tabla de enfermedades laborales y se dictan otras disposiciones*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20676%20DEL%2019%20DE%20MAYO%20DE%202020.pdf>
- Ministerio del Trabajo (2015). Decreto 1072 de 2015, *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/DUR+Sector+Trabajo+Actualizado+a+15+de+abril++de+2016.pdf/a32b1dcf-7a4e-8a37-ac16-c121928719c8>
- Ministerio del Trabajo (2014). Decreto 1477 de 2014, *Por el cual se expide la tabla de enfermedades laborales*. https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/36482/decreto_1477_del_5_de_agosto_de_2014.pdf/b526be63-28ee-8a0d-9014-8b5d7b299500
- Organización Mundial del Trabajo (1925) Convenio sobre las enfermedades profesionales (Convenio 18 de 1925). 7ª reunión CIT. Ginebra. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C018#:~:text=1.,indemnizaci%C3%B3n%20por%20accidentes%20del%20trabajo.
- Organización Mundial de la Salud (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAIaIQobChMI3KDQtueA7AIVu4NaBR3u8wseEAAYASAAEgIvPFD_BwE
- Organización Mundial de la Salud (2020). Codificación del Covid-19. https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_docman&view=download&alias=468-covid-cie-codigos-2020-03-25-espanol&category_slug=documentos&Itemid=624
- Organización Mundial de la Salud (2022) Factores de riesgo. Disponible en: <https://www.who.int/topics/risk-factors/es/>

- Organización Internacional del Trabajo (1955). Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos (Recomendación 99 de 1955). 38ª reunión CIT. Ginebra. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::N0::P12100_ILO_CODE:R099
- Presidencia de la República (2012). Decreto 19 de 2012, *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. *Diario Oficial* n°. 48.308. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html
- Presidencia de la República (17 de marzo de 2020). Decreto 417 de 2020, *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>
- Ramírez Álvarez, F. y Ospina Saldarriaga, C. A. (2020). Prevención y manejo de los <https://www.arlsura.com/index.php/centro-de-legislacion-sp-26862/161-sectorsalud/sector-salud-/946-prevencion-y-manejo-de-los-accidentes-biologicos>
- [Real Decreto 664 de 1997 \(1997\)](https://www.boe.es/boe/dias/1997/05/24/pdfs/A16100-16111.pdf). Sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. <https://www.boe.es/boe/dias/1997/05/24/pdfs/A16100-16111.pdf>
- [Sennett, R. \(2000\). La corrosión del carácter: las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo. Barcelona: Anagrama.](#)
- [Solé, A. C. \(2006\). Prevención de riesgos laborales. Cano Pina - Ceysa.](#)
- Suarez, R. y Fernández, C. F. (2018, 29). Un día para pensar en las enfermedades laborales. *El país*. <https://www.eltiempo.com/salud/enfermedades-laborales-cubiertas-por-las-arl-en-colombia-210896>



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.59.519.001>

***Business judgment rule en
Colombia: mirada desde el
análisis económico del derecho***

*Business Judgment Rule in Colombia:
an Approach from Law & Economics*

L I N A M A R Í A L Ó P E Z G Ó M E Z

Abogada y politóloga de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho Económico y Especialista en Derecho de Sociedades de la misma universidad. Actualmente es gerente de Asuntos Legales y Recursos Humanos en Condimentos El Rey.
L_lopez@javeriana.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1708-4672>.

Resumen

La *Business Judgment Rule* (BJR) es una regla desarrollada por la jurisprudencia estadounidense que establece que los jueces respetarán las decisiones de negocio de los administradores cuando estos hayan tomado una decisión informada, en el mejor interés de la compañía y sin violar la ley o sus deberes. Este artículo es producto de la revisión de la aplicación de la BJR en Colombia y de los intentos de consagrarla expresamente en la ley. Además, analiza las implicaciones económicas de su adopción y demuestra, mediante una metodología cualitativa y desde el análisis económico del derecho, sus importantes beneficios macroeconómicos y microeconómicos.

PALABRAS CLAVE

Business Judgment Rule, análisis económico del derecho, eficiencia económica, asunción de riesgos, responsabilidad de los administradores.

Abstract

The Business Judgment Rule (BJR) is a rule developed by the case law of the American courts that establishes that judges will respect directors' business decisions, as long as they made an informed decision, in the best interest of the company and without violating the law or breaching their fiduciary duties. This paper reviews the application of the BJR in Colombia and the unsuccessful bills presented on this matter. In addition, it aims to analyze the economic implications of its adoption and, through a qualitative methodology and from a law and economics perspective, demonstrates its significant macroeconomic and microeconomic benefits.

KEYWORDS

Business Judgment Rule, law and economics, economic efficiency, risk assumption, director's liability.

1. INTRODUCCIÓN

La adopción de la *Business Judgment Rule* (BJR) en el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia ha sido un tema supremamente relevante en los últimos años. De hecho, los proyectos de reforma al régimen societario (Ley 70 de 2015, 002 de 2017 y recientemente en 2021) contemplaban la adopción legislativa de esta institución jurídica de origen anglosajón que ha sido ampliamente desarrollada vía jurisprudencial en el ámbito nacional.

En esencia, la BJR implica que si un administrador toma una decisión de negocio informada, bajo parámetros de mercado, en el mejor interés de la sociedad y sin violar la ley o incumplir sus deberes, las cortes no revisarán la decisión empresarial y el administrador no será declarado responsable (Londoño, 2016, pp. 28-29). Dicho esto, ¿cuáles son las implicaciones económicas de la adopción de la BJR en el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia?

Para responder a la pregunta de investigación se utilizará una metodología cualitativa y se analizará el precedente jurisprudencial de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles con el fin de identificar cómo ha sido interpretada por la Superintendencia de Sociedades (SS) la categoría de buen hombre de negocios consagrada en el primer inciso del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y si los jueces en Colombia pueden entrar a analizar las decisiones de negocio de los administradores.

Además, este artículo utilizará los métodos propios de la economía para el análisis de la institución jurídica de la responsabilidad de los administradores por la toma de decisiones empresariales. Es decir, se hará uso del análisis económico del derecho para así determinar los impactos de este trasplante jurídico a nivel microeconómico y macroeconómico, considerando los beneficios para las empresas y, por consiguiente, para la economía del país. Solo con base en este tipo de estudios puede el legislador tomar decisiones informadas de política pública y de estructuración de un régimen jurídico coherente que facilite y promueva las actividades empresariales.

En el primer capítulo se reseñarán los inicios de la BJR en el derecho estadounidense (A); el régimen de responsabilidad de los administradores en el derecho colombiano (B); y la introducción de la BJR en Colombia (C). Además, se hará énfasis en la jurisprudencia de la SS a partir de 2012, año en el que empezó a funcionar la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, la cual introdujo la BJR.

En el segundo capítulo se estudiará la BJR desde las reglas de inalienabilidad, donde el Estado le asigna el derecho de tomar decisiones discrecionales de negocio al administrador por razones de eficiencia. Se profundizará en la asunción de riesgos y su relación con la rentabilidad (A); en el efecto microeconómico y macroeconómico de la adopción de la BJR (B); y en la BJR como un derecho inalienable que el Estado asigna por motivos paternalistas para maximizar los beneficios de los actores involucrados (C). Finalmente, se presentarán las conclusiones de la investigación.

2. LA BJR: DE ESTADOS UNIDOS A COLOMBIA

Este capítulo llevará al lector desde el origen de la BJR en Estados Unidos hasta su introducción y desarrollo en Colombia vía jurisprudencia de la SS, pasando por los tres intentos de consagración expresa de esta regla en la legislación mercantil a través de los proyectos de reforma al régimen societario: proyectos de Ley 70 de 2015 y 002 de 2017 y de 2021¹. Para ello se hará un resumen de los inicios de la BJR en Estados Unidos, enfocándose en las principales decisiones de las cortes de Luisiana, Alabama y Delaware (A). Posteriormente, se tratará el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia (B) y, finalmente, se analizará la introducción de la BJR en Colombia a través de la jurisprudencia de la SS (C).

A. Breve descripción de la BJR en Estados Unidos

Si bien los contornos actuales de la BJR han sido desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes de Delaware en Estados Unidos, el origen de la misma puede ser trazado a decisiones de las Cortes de Luisiana y Alabama en el siglo XIX (Suescún, 2013, pp. 345-346; Arsht, 1979, p. 97). Así, en 1829 la Corte Suprema de Luisiana señaló que una persona que cumple con los requisitos necesarios para ser director de una compañía no puede ser declarado responsable por tomar una decisión que resulte en pérdidas, siempre y cuando el error cometido sea uno que podría cometer una persona prudente (Arsht, 1979).

Exigir un estándar de conducta más estricto equivaldría a suponer que seres imperfectos tienen perfecta sabiduría, lo que sería problemático para el desarrollo de la economía, puesto que, bajo tales exigencias, ninguna persona le prestaría un servicio a otra (Arsht, 1979). Además, el temor a que el juez revise sus actuaciones y lo declare culpable por cualquier pérdida que sufra la compañía genera una aversión al riesgo del administrador, lo que será contraproducente para la empresa, como se explicará más adelante en este artículo. Así, desde el siglo XIX existía la idea de mostrar deferencia a las decisiones de negocio de los administradores sin demandar de ellos más que una prudencia común (Arsht, 1979).

Otro caso relevante es *Godbold c. Branch Bank*, resuelto en 1847 por la Corte Suprema de Alabama. En ese caso, una junta directiva de un banco nombró a uno de sus miembros como agente encargado de cobrar dinero en nombre del banco y, como contraprestación, le asignó un salario adicional. Posteriormente, se determinó que el nombramiento del director había sido ilegal, por lo que los accionistas demandaron a uno de los directores que aprobó el nombramiento para que devolviera los pagos realizados. La Corte manifestó que los directores asumen la obligación de diligentemente proteger

¹ El proyecto de 2021 presentado por la Superintendencia de Sociedades a sus grupos de interés no ha tenido curso en el Congreso.

los intereses de la compañía, pero eso no implica que deban tener un conocimiento infalible de las materias propias de su cargo y que no se puedan equivocar en el desempeño del mismo. La Corte pone énfasis en que los administradores deben tener un amplio margen de discrecionalidad y que si se les exigiera un estándar de conducta tan estricto, se abstendrían de tomar decisiones beneficiosas para la sociedad o simplemente no aceptarían el cargo de administradores (Arsht, 1979).

Estas decisiones, que datan del siglo antepasado, ya tienen el elemento esencial de la BJR, a saber, la deferencia por parte del juez respecto de las decisiones de negocio de los administradores. Sin embargo, la formulación de la regla como se conoce actualmente proviene de las decisiones de la Corte Suprema de Delaware (Suescún, 2013, pp. 345-346). Un caso hito respecto de este asunto es *Aronson c. Lewis* de 1984, el cual aún hoy es ampliamente citado (Skeel, 2007, p. 1). En este caso, Leo Fink, quien tenía el 47 % de las acciones de Meyers Parking System, Inc. (Meyers), celebró un lucrativo contrato de trabajo con esta compañía. Al finalizar este contrato, Fink sería contratado como asesor y recibiría un elevado salario, incluso si dada su avanzada edad era incapaz de prestar sus servicios. Además, Fink recibió una elevada suma de dinero por parte de Meyers por concepto de préstamos sin interés.

Lewis, uno de los accionistas de Meyers, demandó a los directores por los daños sufridos por la compañía, es decir, propuso una acción derivada². El demandante interpuso la acción sin antes solicitar a los directores que iniciaran acciones legales en nombre de la compañía. El demandante argumentó que acudir a los administradores hubiera sido inútil, ya que: (i) ellos participaron en las transacciones cuestionadas; (ii) Fink nombró a los directores y (iii) para ejercer las acciones correspondientes, los directores habrían tenido que demandarse a ellos mismos. Los demandados contestaron que, como requisito previo a la demanda, el accionista debió solicitar que los directores tomaran acciones legales (Corte Suprema del Estado de Delaware, 1984).

La Corte Suprema de Delaware (1984) falló en favor de los demandados señalando que solo se puede prescindir del requisito previo de solicitar que los directores inicien las acciones legales en nombre de la compañía si los hechos alegados son suficientes para crear una duda razonable de que las acciones de los directores no deberían estar protegidas por la BJR (Balotti y Hanks, 1993):

Se presume que al tomar decisiones empresariales los administradores de una sociedad actúan de manera informada, de buena fe y creyendo honestamente que su actuar beneficia a la compañía.

² De acuerdo con Reyes (2011, pp. 606-607), las acciones derivadas se definen como "... aquellas acciones presentadas por uno o más accionistas, con el propósito de que se resarza o prevenga un daño a la sociedad. En una acción derivada, los asociados demandantes no actúan con fundamento en una legitimación propia, que les pertenezca en su carácter individual. Su accionar se produce con un carácter representativo, con base en una legitimación que le pertenece a la sociedad; la verdadera «parte interesada» es la compañía". Según Reyes (2011), la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 tiene su origen en las acciones derivadas.

Su criterio, libre de abusos, será respetado por las cortes. Quien cuestione la decisión tendrá la carga de demostrar hechos que desvirtúen esta presunción³.

Por medio de esa decisión, la Corte definió las características principales de la BJR, dejando claro que este es un mecanismo legal que busca proteger a los administradores por medio de la presunción de hecho de que los mismos (i) actúan de manera informada; (ii) de buena fe y (iii) con los intereses de la compañía en mente (Suescún, 2013). Tal como lo señalaron las Cortes de Luisiana (1829) y Alabama (1847), el propósito de esta deferencia hacia el criterio empresarial es no desincentivar a los administradores de tomar decisiones en beneficio de la compañía o, incluso, de aceptar ser administradores (Arsh, 1979; Reyes, 2013a).

En ese sentido, como ha reconocido la Corte Suprema de Delaware (1992)⁴, la aplicación de determinado estándar de valoración para juzgar la acción de un administrador es de vital importancia, ya que usualmente determina el resultado del proceso. Cuando la BJR asigna la carga de la prueba a los demandantes que cuestionan la decisión del administrador se erige como un importante mecanismo de protección para el demandado.

Sin embargo, en ciertos casos, si los demandantes desvirtúan la presunción de la BJR, se aplica el estándar de valoración *entire fairness* o principio de ecuanimidad, según el cual los demandados tienen la carga de probar que la transacción fue producto tanto del trato justo (*fair dealing*) como del precio justo (*fair price*). La aplicación de este estándar en las Cortes de Delaware ocurre, por ejemplo, cuando la mayoría de los directores que aprueban la transacción actuaron con conflicto de interés; cuando un accionista mayoritario se encuentra en ambos lados de la transacción y la transacción no se estudió por un comité independiente o no fue aprobada por la mayoría de quienes no tenían interés en la operación; o cuando los directores adoptaron una decisión sin estar suficientemente informados (Corte Suprema del Estado de Delaware 1983, 1985, 1993, 1995)⁵.

En resumen, la BJR es una regla de valoración que a través de una presunción de hecho favorece a los administradores que, sin haber violado sus deberes fiduciarios, han sido demandados por decisiones de negocio. Por ejemplo, las Cortes de Delaware han aplicado esta regla cuando la mayoría de la junta

³ "It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company... Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption" (Corte Suprema de Delaware, 1984). Traducción propia.

⁴ "The choice of the applicable "test" to judge director action often determines the outcome of the case" (Corte Suprema del Estado de Delaware, 1992).

⁵ El estudio del principio de ecuanimidad desborda los propósitos de este artículo que se enfoca en la BJR, para mayores detalles sobre esta regla de valoración véase Suescún (2013, pp. 349-353), Restrepo y Subramanian (2013) y Licht (2019).

directiva no tiene conflicto de interés y es independiente, cuando no hay un accionista controlante o habiéndolo la transacción es aprobada por un comité independiente o por un voto de accionistas totalmente informado y no forzado o fue aprobada por la mayoría de quienes no tenían interés en la operación, o cuando el accionista mayoritario no es la contraparte en la transacción (Dunn, 2014).

Las Cortes de Estados Unidos desarrollaron la BJR desde el siglo XIX. Por su parte, la SS introdujo esta regla en su jurisprudencia en 2013 y se presentaron proyectos de ley para introducirla expresamente en el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia en 2015 y 2017⁶, como se desarrollará más adelante en este artículo.

B. Aspectos generales de la responsabilidad de los administradores en Colombia

Según la Ley 222 de 1995, son administradores “el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones”. La Ley 1258 de 2008 amplió esta definición en su artículo 27 al introducir la noción de administrador de hecho para la sociedad por acciones simplificada. Antes de la expedición de la Ley 222 de 1995, el artículo 200 del Código de Comercio era la única norma que regulaba la responsabilidad de los administradores. El texto inicial se limitaba a aplicar los principios de la división tripartita de la culpa del Código Civil y no era claro si la responsabilidad era solidaria o conjunta. Asimismo, carecía de una regla o estándar adecuado para analizar la conducta de los administradores sociales. Los artículos 23 y 24 de Ley 222 de 1995 intentaron poner fin a las discusiones al señalar que los administradores deben obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y que su responsabilidad será solidaria e ilimitada.

A pesar de esta modificación, importantes doctrinantes han criticado la categoría de buen hombre de negocios consagrada en el primer inciso del artículo 23 de la Ley 222, lo que ha justificado la presentación de proyectos de reforma al régimen societario. Según Francisco Reyes y José Miguel Mendoza, no existe claridad sobre el concepto de buen hombre de negocios que ha tenido “escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial” y que ha perpetuado la idea de que “la conducta de los administradores debe ceñirse... a los postulados que rigen la graduación de las culpas en el Código Civil” (SS, 2015a, pp. 25 y 46). La falta de claridad en el concepto ha facilitado el incumplimiento del régimen de responsabilidad de los administradores y ha sido interpretado “en el sentido de que han de endilgárseles altísimas responsabilidades a las personas encargadas de administrar la

⁶ En 2021 la Superintendencia de Sociedades presentó proyecto de reforma al régimen general de sociedades y de incorporación como legislación permanente de las normas extraordinarias de insolvencia empresarial, el cual no ha tenido curso en el Congreso.

empresa social” lo que “no deja cabida para que en Colombia se respeten las decisiones objetivas de los administradores” conforme a la BJR (SS, 2015a, p. 46; Sabogal, 2012).

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 23 de la Ley 222 señala los deberes fiduciarios de los administradores, conocidos de esta manera porque “existe una relación fiduciaria del administrador con la sociedad, por virtud de la cual esta deposita su confianza en el juicio y consejo de aquel” (Reyes, 2013a, p. 151)⁷. Los deberes específicos consagrados en dicha norma se enmarcan en los deberes de buena fe, cuidado y lealtad⁸. Además, el artículo 24 de la Ley 222 incluyó la presunción de culpa de los administradores⁹ y las causales de exoneración de responsabilidad. De este modo, cuando se viola la ley o se violan los estatutos, o cuando se ha propuesto o ejecutado una decisión sobre distribución de utilidades en contravención a las disposiciones en la materia, se invierte la carga de la prueba en contra del demandado (Reyes, 2011, pp. 602-603), pero no serán responsables quienes no hayan tenido conocimiento de la conducta o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

Adicionalmente, otro aspecto importante en la Ley 222 para lograr el cumplimiento de la ley, los estatutos y los deberes fiduciarios de los administradores es la acción individual de responsabilidad y la acción social de responsabilidad. La primera puede ser ejercida por un asociado por los actos reprochables del administrador y tiene como objetivo la declaratoria de incumplimiento de los deberes del administrador social¹⁰, a diferencia de la segunda, consagrada en el artículo 25 de la Ley 222, que le corresponde a la sociedad y busca, además de lo anterior, la recomposición del patrimonio social (Reyes, 2011, pp. 606-607).

En el aspecto procesal, el Código General del Proceso (CGP), Ley 1564 de 2012, consagró en su artículo 24 la competencia a prevención de la SS para ejercer funciones jurisdiccionales en la reso-

⁷ Para un análisis detallado de los deberes fiduciarios de los administradores véase Reyes (2011, pp. 587-600).

⁸ De acuerdo con Reyes (2011, p. 588), el deber de cuidado conlleva “la obligación de actuar con diligencia en la gestión de los asuntos societarios”. Según la SS (2017, p. 51), lealtad “es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios”.

⁹ Se presume la culpa del administrador en los casos establecidos en los incisos 3º y 4º del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 y el demandante debe probar que se está bajo uno de los supuestos de estos incisos, el daño y el nexo causal, por lo que no debe demostrar la culpa del administrador. Es a este último a quien le corresponde desvirtuar la presunción (Reyes, 2011, p. 603). Por otro lado, “la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores”, por lo que el demandante debe probar “la existencia de un detrimento patrimonial que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de los aludidos funcionarios” (SS, 2014c, p. 8).

¹⁰ Si bien podría presentarse el caso en el cual un asociado reclame perjuicios a nombre propio mediante la acción individual de responsabilidad, es necesario cumplir con una altísima carga probatoria para demostrar el perjuicio directo a causa del incumplimiento de las obligaciones del administrador social (SS, 2016a, 2016c, 2017a, 2017d).

lución de conflictos societarios, incluyendo las diferencias que ocurran entre los accionistas y sus administradores, funciones que corresponden a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles que funciona desde 2012.

Finalmente, el artículo 167 del CGP se refiere a la carga dinámica de la prueba, por la cual el juez puede, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga en cualquier momento del proceso antes de fallar, “exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. Este artículo es relevante porque “cuando se controviertan contratos con partes vinculadas, podría asignarse la carga de la prueba a los demandados, es decir, al administrador que celebró la operación y al accionista controlante que contrató con la sociedad”¹¹. Lo anterior podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de exclusiones de minoritarios si la operación se lleva a cabo con el voto exclusivo del accionista controlante (SS, 2016b, pp. 8-9).

Una vez reseñado brevemente el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, en el siguiente apartado se revisarán las decisiones de la SS que introducen la BJR en Colombia y los proyectos de reforma de los años 2015 y 2017, que aunque ya fueron archivados, son un importante antecedente para la consagración expresa de la BJR.

C. Introducción de la BJR en Colombia

Francisco Reyes Villamizar fue nombrado superintendente de sociedades en 2014 y en 2015 impulsó la reforma al régimen de sociedades en Colombia. Surgió así el Proyecto de Ley 70 de 2015, presentado por la ministra de comercio, Industria y Turismo el 12 de agosto de 2015 (República de Colombia, 2015). Dicho proyecto tenía, entre otros, el objetivo de “zanjar posibles problemas de interpretación en cuanto a la intervención judicial en la gestión de los administradores”, por lo que en el proyecto de ley se incluyen “los principios en los que se funda la regla de la discrecionalidad en una nueva formulación del deber de cuidado, así como en la denominada deferencia al criterio empresarial de los administradores” (SS, 2015a, p. 46).

Según Congreso Visible (s.f.), el Proyecto de Ley 70 de 2015 fue retirado el 4 de mayo de 2016. Sin embargo, por iniciativa parlamentaria y con el apoyo de la SS, el 20 de julio de 2017 se radicó el Proyecto de Ley 002 de 2017 por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades, el cual fue aprobado en primer debate por la Comisión Tercera del Senado (Portafolio, 2018; SS, 2018), aunque hoy en día se encuentra archivado por tránsito de legislatura (artículo 190, Ley 5

¹¹ La defensa de los accionistas mayoritarios en el caso de una exclusión forzosa de asociados busca que el juez le asigne la carga de la prueba socio minoritario o demandante o que no revise su decisión con base en la regla de la discrecionalidad o BJR (SS, 2016b).

de 1992). Los artículos relevantes, para efectos de este escrito, del Proyecto de Ley 70 de 2015 y del Proyecto de Ley 002 de 2017 son los siguientes:

TABLA 1. COMPARACIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY 70 DE 2015 Y 002 DE 2017 EN LO REFERENTE A BJR

| Proyecto de Ley 70 de 2015 República de Colombia (2015) | Proyecto de Ley 002 de 2017 República de Colombia (2017) |
|---|--|
| <p>Artículo 14. Deber de cuidado. El administrador deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión. (Artículo 6 del Proyecto de Ley 002 de 2017).</p> | |
| <p>Artículo 17. Deferencia al criterio empresarial de los administradores. Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que (sic) tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o de sus deberes, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios. (Artículo 9 del Proyecto de Ley 002 de 2017).</p> | |
| <p>Artículo 18. Recomendaciones emitidas por comités. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los administradores tampoco serán responsables por los perjuicios que se originen en una decisión adoptada de buena fe, con fundamento en una recomendación proferida por un comité de reconocida idoneidad técnica e independencia, elegido por la junta directiva, la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere endilgárseles a los miembros del comité.</p> <p>En todo caso, la exoneración de responsabilidad no será procedente cuando se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad.</p> | <p>Artículo 10. Recomendaciones emitidas por comités. Los administradores no serán responsables cuando tomen una decisión que, a pesar de haber sido nociva para la sociedad, hubiere sido adoptada, de buena fe, con fundamento en una recomendación proferida por un comité de reconocida idoneidad técnica e independencia, elegido por la junta directiva o la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere endilgárseles a los miembros del comité.</p> <p>En todo caso, la exoneración de responsabilidad no será procedente cuando se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad.</p> |

Teniendo en cuenta que en los medios de comunicación circuló que la Superintendencia preparaba un nuevo proyecto de reforma al régimen societario (Portafolio, 2019), la autora de este artículo consultó a esta entidad, que señaló que ya se realizaron varias sesiones de trabajo con diferentes sectores y una mesa de trabajo “se dedicó al régimen de los administradores donde se trataron

temas como los mencionados en la consulta”, entre los que se encontraba la BJR. Según la entidad, no existen actas formales de dichas reuniones, pero afirmó que se encontraba revisando los comentarios allegados para “construir una propuesta” que pueda “ser presentada al congreso como proyecto normativo de reforma”¹².

En agosto de 2021 la Superintendencia presentó a sus grupos de interés el proyecto de reforma al régimen general de sociedades que elimina el criterio del buen hombre de negocios y las reglas de graduación de la culpa y propone la inclusión expresa de la deferencia al criterio empresarial (SS, 2021, pp. 48 y 52):

Artículo 4. Adiciónese el artículo 23-1 a la Ley 222 de 1995, el cual quedará así:

Artículo 23-1. Deber de diligencia y cuidado. El administrador deberá obrar con la diligencia y cuidado que le exijan las circunstancias propias de cada decisión, de acuerdo con la información que tuvo o debió tener, y que le sirvió o debió servir de fundamento...

(...)

Artículo 12. Adiciónese el artículo 200-1 al Código de Comercio, el cual quedará así:

Artículo 200-1. Deferencia al criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores. Los jueces, así como las autoridades administrativas, respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de decisiones de negocios, por cuanto se presumirá que se adoptaron de buena fe y corresponden a un juicio en el mejor interés de la sociedad y suficientemente informado.

Dicha presunción quedará desvirtuada solamente en los casos de mala fe, extralimitación de sus funciones, incumplimiento o violación de la ley o de los estatutos, conflicto de intereses o cuando correspondan a una decisión que iría evidentemente en perjuicio de la sociedad o manifiestamente mal informada.

Como se observa, este nuevo proyecto, que no ha cursado en el Congreso (Asuntos Legales, 2021), es similar a los de 2015 y 2017 en lo relativo a la BJR y consagra expresamente la presunción de que las decisiones de negocios de los administradores se adoptaron de buena fe y corresponden a un juicio en el mejor interés de la sociedad y suficientemente informado (SS, 2021). El texto 2021 no incluye el artículo referente a recomendaciones emitidas por comités que se encontraba en los proyectos de ley anteriores.

¹² La consulta fue la siguiente: “... solicito que me informen si dentro del proyecto de reforma al régimen societario en Colombia que se ha discutido en diferentes mesas en la SS...se encuentra una propuesta de reforma que se refiera al (1) deber de cuidado, (2) deferencia al criterio empresarial de los administradores (business judgment rule) y/o (3) recomendaciones emitidas por comités como se hizo en el Proyecto de Ley 70 de 2015 y Proyecto de Ley 002 de 2017” (SS, 2019a).

Como se puede observar, la redacción de los proyectos de 2015, 2017 y 2021 es muy similar en lo referente a la BJR, razón por la cual se procederá a estudiar dichos textos a la luz de los comentarios que Francisco Reyes y José Miguel Mendoza hicieron sobre el proyecto de 2015. De la lectura de la norma propuesta se puede concluir que los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores si (SS, 2015a, pp. 47-49; SS, 2021, p. 9):

TABLA 2. CHECK LIST PARA QUE OPERE LA DEFERENCIA JUDICIAL A LAS DECISIONES DE LOS ADMINISTRADORES

1. Existe una decisión de negocios tomada por el administrador en ejercicio de sus funciones: acción u omisión que no se deba a un descuido del administrador o a la extralimitación de sus funciones.
2. La decisión corresponde a un juicio objetivo, razonable y suficientemente informado del administrador: el administrador debe haber tomado la decisión luego de formarse una opinión informada al respecto, de manera que los jueces podrán revisar las decisiones insensatas, irracionales o adoptadas sin la información suficiente.
3. El administrador no violó el deber de lealtad al tomar la decisión.
4. El administrador no actuó de mala fe.
5. El administrador no violó la ley o los estatutos.

Como se observa, se adopta la BJR como una presunción de hecho que admite prueba en contrario y se consagra una nueva definición del deber de cuidado, dejando de lado la graduación de las culpas establecida en el artículo 63 del Código Civil y el criticado término “buen hombre de negocios”, que para algunos autores ha sido interpretado en Colombia para otorgarle altísimas responsabilidades al administrador, permitiéndole al juez la intervención *ex post* en las decisiones de negocio (Sabogal, 2012; SS, 2015a, pp. 26 y 47).

Como motivación de la inclusión de la BJR, José Miguel Mendoza se refiere a razones de eficiencia económica, ya que la asunción de riesgos por parte de un administrador incentivará la innovación y redundará en beneficio de la creación de riqueza, incluyendo el incremento del patrimonio social (SS, 2015a, p. 45). Además, de no adoptarse la regla de discrecionalidad, “los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador” (SS, 2015a, p. 46). Por lo tanto, si se cumplen los presupuestos numerados anteriormente, los jueces no podrán revisar *a posteriori* las decisiones adoptadas por los administradores.

Aunque actualmente no se ha promulgado la ley que consagra expresamente la regla de deferencia al criterio empresarial, en la práctica dicho criterio ya está siendo utilizado por la SS en sus decisiones. Ante todo, resulta fundamental señalar que, si bien la SS se ha referido a la categoría de buen hombre de negocios en algunos fallos en los que aplica la BJR, en la práctica no ha comparado la conducta del administrador con este modelo ideal y no se ha preguntado cómo debería haber actuado un buen hombre de negocios en las circunstancias en las que se encontraba el administrador cuyas decisiones se cuestionan¹³. En cambio, la SS se ha enfocado en el cumplimiento o no de la ley y de los deberes del administrador para determinar si se abstiene de intervenir en la decisión del administrador.

Esto se explica teniendo en cuenta que, dadas las críticas a la categoría de buen hombre de negocios a las cuales ya se hizo referencia en este artículo, resultaría poco coherente que la Superintendencia utilizara este modelo abstracto y anacrónico y determinara cuál debía ser la conducta de negocios correcta que debía haber adoptado un buen hombre de negocios en las mismas circunstancias¹⁴.

Una vez aclarado lo anterior, la sentencia fundadora de línea fue el caso Pharmabroker, en el que, si bien no se habló expresamente de la BJR, el juez estableció que no se debe inmiscuir en las decisiones de negocio del administrador, a menos que el demandante pruebe “actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por conflicto de interés”. En este caso los demandantes pretendían que el representante legal de una farmacéutica fuera declarado responsable por los perjuicios que supuestamente le había generado a la compañía al adoptar una política de precios de medicamentos que hacía que se vendieran, según los demandantes, “por debajo del margen de utilidad necesario” (SS, 2013, p. 2).

En el caso Pharmabroker, la Superintendencia (2013) se abstuvo de revisar la decisión de negocios del representante legal porque “los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador” (p. 2), por lo que el criterio del administrador debía prevalecer. Sin embargo, re-

¹³ De acuerdo con la SS, “En la legislación colombiana, este equilibrio entre la discreción y la responsabilidad de los administradores encuentra consagración legal en lo expresado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual los administradores deben actuar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Si bien es cierto que este patrón de conducta apunta un alto grado de cuidado en la gestión de la empresa social, también lo es que la expresión “buen hombre de negocios” lleva implícita la idea de que los administradores están legitimados para asumir riesgos en el curso de los negocios de la compañía”. Igualmente, esta entidad afirmó: “... los administradores no podrían actuar como un “buen hombre de negocios” si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social” (SS, 2014b, pp. 2-3).

¹⁴ Sobre la culpa como error de conducta y la comparación de la conducta del autor con la del buen padre de familia véase Gamboa (2013, p. 167).

sulta importante anotar que el juez tiene potestad de intervenir en las decisiones de los administradores cuando estos hayan violado sus deberes fiduciarios o la ley; de lo contrario, ser excesivamente permisivo con el administrador dejaría desprotegidos a los accionistas y crearía problemas de agencia y riesgo moral, y desincentivaría la creación de empresa. Así, la BJR logra un balance entre la autonomía del administrador en la gestión de los negocios y la responsabilidad que debe asumir si viola sus deberes fiduciarios o la ley.

La Superintendencia ha mantenido el balance entre autonomía y responsabilidad antes señalado, por un lado, al intervenir cuando el administrador viola el deber de lealtad al celebrar operaciones viciadas por conflicto de interés sin haber obtenido la autorización exigida por el artículo 23 numeral 7 de la Ley 222 (SS, 2014a y 2016c, 2014c, 2017b, 2017c, SS, 2019b); cuando el administrador no cumple los límites estatutarios para contratar (SS, 2015b, 2017b); infringe el deber de diligencia por no fijar criterios precisos para las ventas a crédito (SS, 2017b); paga a terceros sin contraprestación para la compañía y viola el deber de cuidado al construir sin licencias ambientales (SS, 2015b); y cuando utiliza activos de la sociedad para desarrollar actividades personales y no lleva contabilidad, no convoca a reuniones sociales ni rinde cuentas de su gestión (SS, 2014c).

Por otro lado, la Superintendencia protege a los administradores al abstenerse de intervenir cuando el demandante no demostró circunstancias que pudieran comprometer el juicio objetivo del administrador, ni demostró actuaciones ilegales, abusivas o violaciones a los deberes fiduciarios. Por ejemplo, en decisiones informadas del administrador sobre ventas de unos inmuebles en los que los demandantes cuestionaban el precio de venta (SS, 2016c, pp. 16-17); en las decisiones sobre manejo de inventarios y contratos de arrendamiento de vehículos celebrados conforme a la ley y cuando los demandantes alegaban falta de creatividad del administrador para adaptarse a las circunstancias de mercado (SS, 2017b); y en decisiones de incumplir obligaciones de la empresa, como el pago de créditos, la suspensión de obras y los pagos a proveedores por falta de recursos de la compañía y no por negligencia del administrador (SS, 2017c, pp. 6-7).

Por lo tanto, tal como lo señala la sentencia hito dominante —el caso Luque Torres—, en el que por primera vez la Superintendencia se refiere expresamente a la BJR, los jueces deben abstenerse de examinar las decisiones de negocio que hayan sido adoptadas conforme a un juicio objetivo del administrador con el fin de que los administradores cuenten con los incentivos para asumir riesgos, sin miedo a que el juez posteriormente revise sus decisiones y los declare responsables por cualquier pérdida, lo cual no significa “que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales” (SS, 2014b, pp. 2-3)¹⁵.

¹⁵ En el caso Luque Torres, se desestimaron las pretensiones de la demanda por no haber sido probado el conflicto de interés que daría lugar al escrutinio judicial de la decisión del administrador.

En conclusión, aunque no existe consagración legal expresa de la BJR en Colombia, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles la ha utilizado a partir de 2013 para fundamentar las sentencias en las que se abstiene de revisar las decisiones de negocio de los administradores, deferencia judicial que garantiza que los administradores tengan incentivos para asumir riesgos que benefician a la economía, como se verá en el segundo capítulo.

TABLA 3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SS 2012-2020 ¿PUEDEN LOS JUECES ANALIZAR LAS DECISIONES DE NEGOCIO DE LOS ADMINISTRADORES?

| | | |
|--|---|--|
| <p>No, los jueces deben abstenerse de revisar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio de su juicio de negocios, a menos que se demuestre la existencia de mala fe, violación de la ley o violación del deber de lealtad.</p> <p>S. Sentencia A. Auto</p> | <ul style="list-style-type: none"> • S. Pharmabroker (11.12.13) no se refiere expresamente a BJR, pero aplica la regla y es citada por otras • A. Gyptec (09.04.14), cita Pharmabroker no se refiere expresamente a BJR pero aplica la regla y es citada por otras • S. Metro Ltda. (11.06.14) pie de página 11 se refiere a regla de la discrecionalidad en el libro de Francisco Reyes • S. Luque Torres (01.09.14) se refiere expresamente a BJR, es ampliamente citada • S. Morocota (08.07.15), cita Luque Torres y Pharmabroker, se refiere expresamente a BJR • S. Gyptec (09.06.16), cita Pharmabroker y Luque Torres, se refiere expresamente a BJR • S. Materiales y Metales Ltda. (02.05.17), cita Luque Torres, Gyptec y Metro, se refiere expresamente a BJR • S. Industrias Hiver (02.10.17), cita Luque Torres y Morocota, se refiere expresamente a BJR • S. Zimmer (08.08.19), cita Luque Torres y se refiere expresamente a BJR | <p>Sí, los jueces deben analizar las decisiones de negocio para asegurarse que el administrador actuó como lo habría hecho un buen hombre de negocios y no causó perjuicios a la sociedad y/o sus accionistas.</p> |
|--|---|--|

Sentencias de reiteración, confirman la intervención del juez en las decisiones del administrador

cuando hay conflicto de interés: SS, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 800-3504 del 27 de febrero de 2015, Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. contra Edward Rico, cita a Luque Torres. Sentencia 800-116 del 03 de septiembre de 2015, Ángela Azuero y otro contra EL Puente S.A., cita Gyptec, Luque Torres y Morocota. Sentencia 800-133 del 15 de octubre de 2015, María V. Cadena y Fernando Cadena contra Amira López de Cadena, Miguel Cadena, Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y MCH S.A.S., cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 800-134 del 20 de octubre de 2015, Gina Leguizamón contra Luz Leguizamón, Rolando Leguizamón e Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 800-142 del 09 de noviembre de 2015, Luz Mancilla y Alfonso Bolívar contra Handler S.A.S., Liliana Castillo, Omar Martínez y Edison Hernández, cita Luque Torres. Auto 800-15368 del 17 de noviembre de 2015, Almacenes Yep S.A. contra Proinmob S.A.S. y Juan Carlos Lopera, cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 800-26 del 13 de abril de 2016 (Wilches) cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 800-43 del 05 de junio de 2017, Almacenes Yep S.A. contra Proinmob S.A.S. y Juan Carlos Lopera, cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 800-116 del 24 de noviembre de 2017 (Saint Andrew's) cita Luque Torres y Los Mangos. Sentencia 800-120 del 06 de diciembre de 2017, El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda y otros, cita Gyptec y Luque Torres. Sentencia 2019-01-015203 del 23 de enero de 2019, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación contra Lawrence Loewy Núñez cita Luque Torres y Morocota.

En síntesis, la regla de la discrecionalidad o BJR de origen anglosajón presume que las decisiones empresariales de los administradores tomadas en ejercicio de sus funciones de buena fe, de manera informada y sin violar los deberes fiduciarios y la ley, son válidas y deben ser respetadas por los jueces. De manera que le corresponde al demandante la carga de la prueba que desvirtúe la presunción.

Esta regla de la discrecionalidad se ha venido aplicando en Colombia gracias a la interpretación, por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la SS, de la categoría de buen hombre de negocios consagrada en el primer inciso del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, como se observó en la línea jurisprudencial. Sin embargo, esta regla de deferencia al criterio del administrador aún no encuentra consagración expresa en la ley, a pesar de los intentos infructuosos por introducirla en la legislación colombiana a través de los proyectos de Ley 70 de 2015 y 002 de 2017 y el nuevo intento del año 2021.

En definitiva, la interpretación de la SS ha permitido que el trasplante jurídico de la BJR en Colombia tenga efectos positivos a nivel microeconómico y macroeconómico. De no aplicarse esta regla, el empresario no podría actuar en el mejor interés de la compañía con el temor a que el juez revise sus actuaciones y lo declare culpable por cualquier pérdida que esta sufra, lo cual produce una aversión al riesgo contraproducente para la empresa y, por consiguiente, para la economía del país. Así, tal como se verá en el siguiente capítulo, por motivos de eficiencia económica resulta conveniente la adopción de la BJR en Colombia, que ya ha venido siendo aplicada por la SS.

3. LA BJR COMO UNA REGLA DE INALIENABILIDAD QUE ASIGNA EL DERECHO DE TOMAR DECISIONES DISCRECIONALES DE NEGOCIO AL ADMINISTRADOR POR RAZONES DE EFICIENCIA

Siguiendo a Calabresi y Melamed (1972, p. 1093), la eficiencia económica es una de las razones para decidir otorgar a una persona un derecho. Para Mankiw (2017, p. 218), la eficiencia es la “propiedad de una asignación de los recursos por la que se maximiza el excedente total que reciben todos los miembros de la sociedad”. Con la BJR, el derecho asignado al administrador es el de tomar decisiones de negocio, con un juicio objetivo e informado, sin que el juez pueda revisar caprichosamente *a posteriori* dicha decisión.

En este capítulo se sostendrá que la principal razón por la cual los jueces deben ser deferentes con el criterio empresarial de los administradores es la eficiencia económica que se deriva de los beneficios que genera la asunción de riesgos por parte de los administradores. En un mundo de incertidumbre y riesgo, las inversiones riesgosas por parte de los administradores dependen de las expectativas que tengan y, si saben que un juez que es experto en derecho y no en negocios podrá posteriormente examinar su decisión, se abstendrán de hacer estas inversiones, lo que en últimas afectará a los accionistas, a la empresa y a la comunidad, lo cual reducirá el excedente total que reciben sus miembros.

En primer lugar, se hará referencia a la asunción de riesgos y su relación con la rentabilidad (A); en segundo lugar, al efecto microeconómico y macroeconómico de la adopción de la BJR (B) y, en tercer lugar, a la BJR como una regla de inalienabilidad para maximizar los beneficios de los actores involucrados (C).

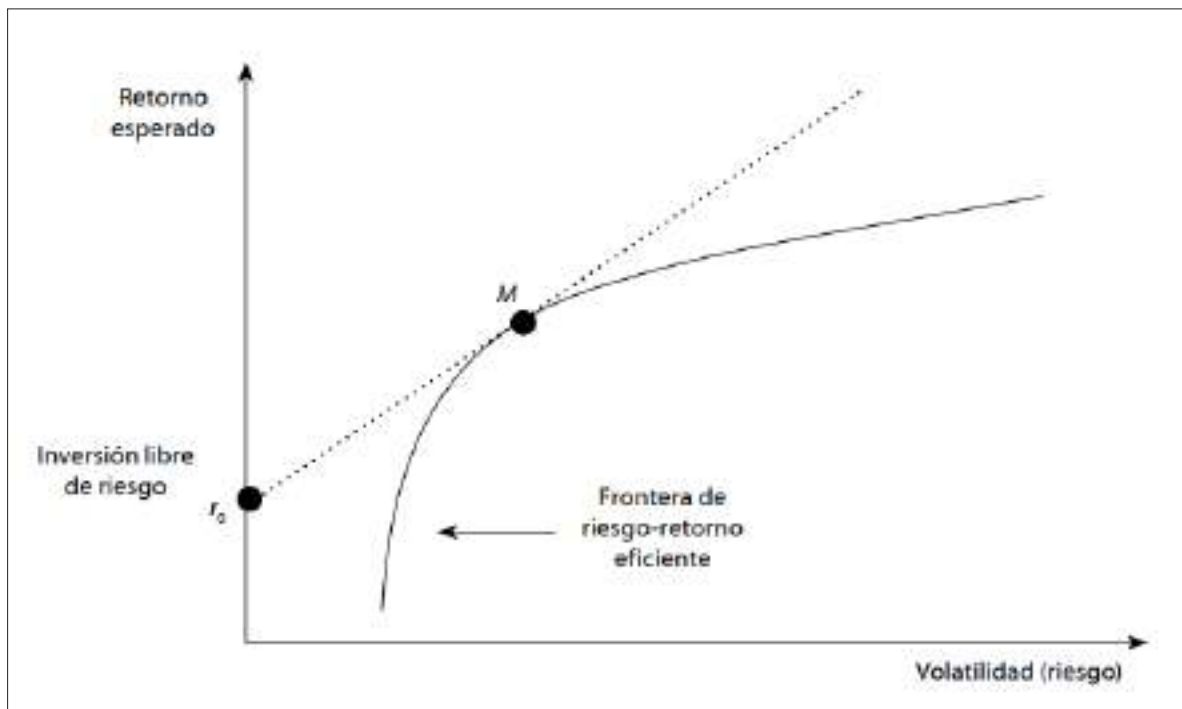
A. Asignación del derecho por eficiencia económica: la asunción de riesgos y su relación con la rentabilidad

Como ya se ha señalado, uno de los propósitos principales de la BJR es evitar que los administradores se abstengan de tomar decisiones riesgosas por el temor a que un juez los declare responsables, en caso de que la decisión resulte ser desacertada en términos empresariales. Tal posición está fundamentada en que la asunción de riesgos tiene una correlación directa con la obtención de mayores utilidades, por lo que el hecho de que el administrador de una compañía asuma ciertos riesgos beneficia a los accionistas. Además, la asunción de riesgos favorece el crecimiento de las compañías y resulta beneficiosa para la economía y la población. En este acápite se analizará brevemente la teoría económica y financiera al respecto, para determinar si tiene fundamento el argumento a favor de la adopción de la BJR por asunción de riesgos.

Para poder explicar la relación entre riesgo y ganancia, lo primero que se debe señalar es que la economía conductual ha demostrado que, en general, las personas son adversas al riesgo. Es así

como Kahneman, Knetsch y Thaler (1991) han demostrado que al momento de tomar una decisión las personas otorgan más importancia a la posibilidad de sufrir una pérdida que a la posibilidad de obtener una ganancia (p. 199). Es decir, para las personas el temor de perder 100 es mayor que la esperanza de ganar 150 (Grant, 2013). Dicho eso, ¿qué implicaciones tiene lo anterior en el campo de las finanzas y las decisiones de inversión?

Un inversionista adverso al riesgo solo asume una inversión riesgosa si la misma implica un retorno lo suficientemente grande, de forma tal que se compense la asunción de ese riesgo. Retomando el ejemplo anterior, la esperanza de ganar 150 puede no ser mayor que el temor de perder 100, pero la esperanza de ganar 250 sí. De esa noción surge el Modelo de Valoración de Activos Financieros (CAPM) desarrollado por Sharpe (1964), el cual permite calcular la tasa de retorno apropiada respecto de un activo, considerando el riesgo que conlleva invertir en ese activo (De Sousa Santana, 2013, p. 734). Así las cosas, el CAPM es una herramienta que permite a un inversionista decidir si invertir o no en un activo (gráfica 1).



Fuente: tomada de De Sousa Santana (2013, p. 734)

GRÁFICA 1. FRONTERA DE RIESGO-RETORNO EFICIENTE

La gráfica 1 indica que las inversiones que tienen una relación riesgo-retorno eficiente son aquellas en las que asumir una unidad más de volatilidad supone una mayor cantidad de retorno. Por el contrario, una inversión no tiene una relación riesgo-retorno eficiente si asumir una unidad

más de volatilidad supone una obtención de una menor cantidad de retorno. Ahora bien, lo que se esperaría de un administrador es que asuma inversiones que tienen una relación de riesgo-retorno eficiente, considerando tanto los riesgos de mercado como los riesgos específicos del activo en el que se va a invertir. Esto evidentemente no implica que la inversión será exitosa, ya que siempre existirá la probabilidad de que el riesgo se materialice y no se obtenga la rentabilidad esperada.

Así, la posibilidad de que un juez inexperto en finanzas analice las decisiones de negocios de los administradores y los declare responsables, supone una distorsión en el análisis de si invertir o no en un activo. Bajo tal panorama, el administrador, para tomar una decisión de inversión, ya no solo analizaría los riesgos de mercado y los riesgos específicos del activo, sino que también tendría en cuenta la posibilidad de ser declarado responsable por un juez que realizaría un análisis *ex post* de sus decisiones de negocio.

Además de considerar en el análisis de invertir la revisión judicial de sus decisiones, el administrador tendrá en cuenta que los beneficios de la inversión recaerán en la compañía y sus accionistas y él no se beneficiará directamente, mientras que las pérdidas las asumirá él por decisión judicial, razón por la cual será más adverso al riesgo y se abstendrá de invertir. Para alinear los intereses del administrador y de los accionistas, en los contratos celebrados con los administradores se pueden incluir “opciones de acciones¹⁶”, gracias a las cuales estos últimos tendrán incentivos para asumir riesgos que beneficien a los accionistas y aumenten el precio de mercado de la acción por encima del precio de la opción de compra.

En definitiva, la revisión judicial supone una distorsión que podría llevar a que se dejen de realizar inversiones que, en principio, tienen una relación riesgo-retorno eficiente. Esto afecta a los accionistas de la compañía, ya que se les privaría de la oportunidad de que se asuman inversiones eficientes que generarían mayores retornos a su inversión, en este caso, sus acciones. Sin embargo, la BJR evita esta distorsión, ya que el juez no analizaría la decisión de negocios en la que el administrador se informó, actuó en el mejor interés de la sociedad y no violó sus deberes fiduciarios y la ley.

Respecto de la asunción de riesgos, algunos autores sostienen que esta no puede ser el fundamento de la adopción de la BJR en Colombia porque en las sociedades existe un gran control de los accionistas mayoritarios, quienes determinan las inversiones que se deben realizar. Adicionalmente, Londoño afirma que las compañías colombianas son en su mayoría cerradas y de capital concentrado, y por esto, “los asociados estarían menos dispuestos a que sus compañías sean gestionadas de manera arriesgada”; además sostiene que “resulta completamente contradictorio

¹⁶ No obstante, las *stock options* pueden incentivar a tomar riesgos excesivos y diluyen a los accionistas iniciales (Reyes, 2013b, pp. 68-71).

y contraintuitivo fomentar decisiones de dirección arriesgadas cuando existe entre los asociados, por lo general, una aversión al riesgo” (Londoño, 2016, pp. 28-29).

Esta posición no resulta convincente, ya que todas las personas por naturaleza son adversas al riesgo, pero un accionista también busca obtener rentabilidad, y para ello debe asumir riesgos, sea en una sociedad abierta o cerrada. En todo caso, no se trata de asumir cualquier tipo de riesgo sino de asumir una inversión que tenga una relación riesgo-retorno eficiente. Además, en las sociedades de familia los administradores también se encuentran expuestos a demandas por las decisiones de negocio que tomen, aún más cuando existen conflictos familiares entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, por lo que resulta necesario proteger al administrador que toma decisiones de negocio.

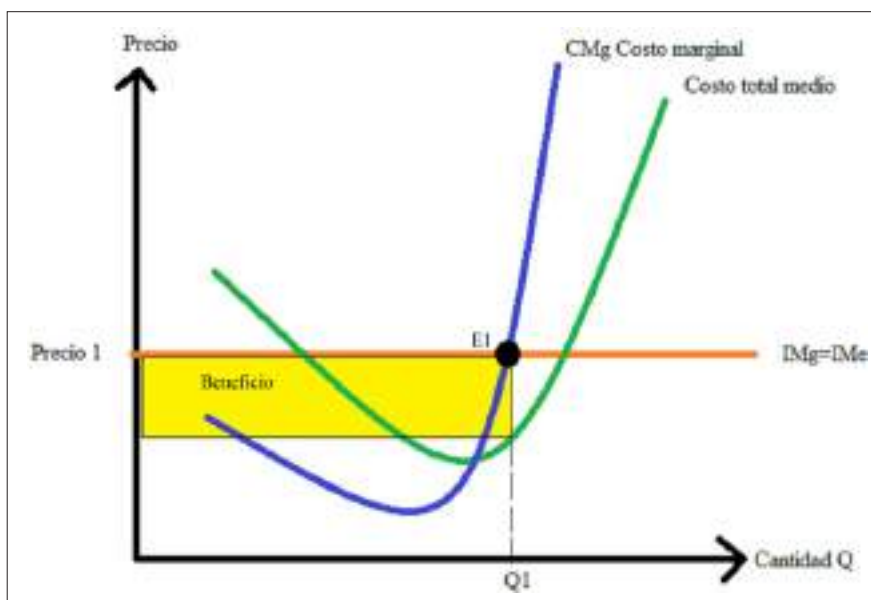
En conclusión, por razones de eficiencia económica es necesario asignarle el derecho de tomar decisiones discrecionales de negocio al administrador sin que el juez las revise *ex post*. En este apartado se demostró que la BJR redundaba en beneficio de los accionistas y de la compañía, ya que el administrador tendrá incentivos para invertir cuando la relación de riesgo-retorno sea eficiente, sin considerar la variable exógena de que el juez podría declararlo responsable por las pérdidas que se deriven de sus decisiones.

B. Asignación del derecho por eficiencia económica: efecto microeconómico y macroeconómico de la adopción de la BJR

Las siguientes gráficas demostrarán que la adopción de la BJR es eficiente desde el punto de vista microeconómico y macroeconómico. Las gráficas parten del supuesto de que hay una división entre propiedad y administración y del escenario de competencia perfecta en el que los consumidores y productores son precio-aceptantes y el ingreso marginal es igual al precio, representado por una línea horizontal.

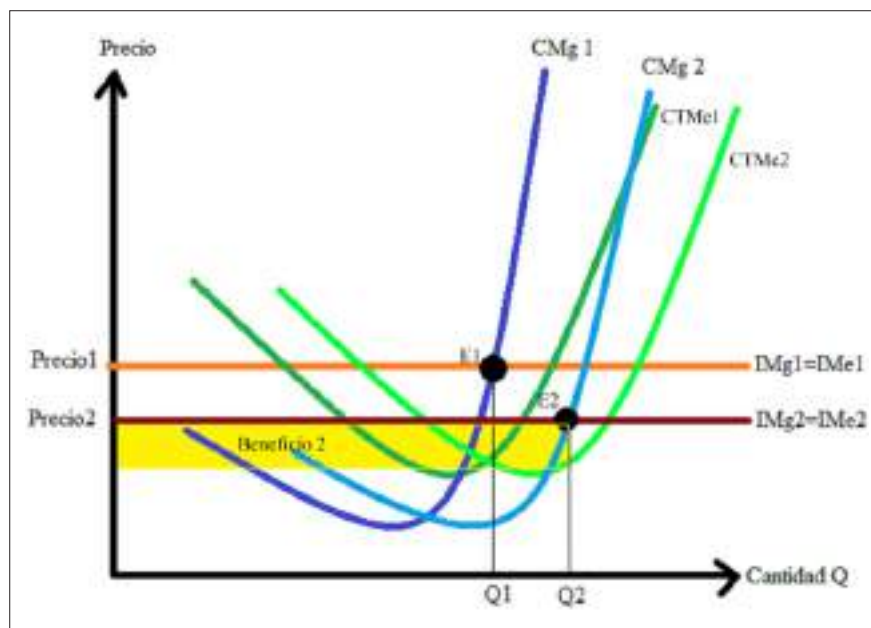
En competencia perfecta, la cantidad (Q) que maximiza el beneficio se establece cuando el costo marginal (CMg) es igual al ingreso marginal (IMg), a esto se le conoce como regla de producción óptima (gráfica 2). Por ende, para una empresa es rentable producir cuando el precio del mercado es mayor que el mínimo costo total medio (CTMe), siendo entonces el *Beneficio* = $(\text{Precio} - \text{Costo total medio}) * \text{Cantidad}$, beneficio representado por el rectángulo amarillo de la gráfica 2. Por lo tanto, si $P > \text{CTMe}$, la empresa es rentable; si $P = \text{CTMe}$, la empresa ni obtiene beneficios ni genera pérdidas y si $P < \text{CTMe}$, la empresa genera pérdidas (Krugman y Wells, 2015, pp. 350-353).

Ahora bien, supongamos que la empresa en competencia perfecta busca mejorar su posición en el mercado a través de la disminución de precios, buscando que aumente la cantidad vendida (Q) llegando a un Precio 2 menor que el Precio 1 y a una cantidad Q2 mayor que cantidad inicial Q1 (Q2, P2), tal como se muestra en la gráfica 3.



Fuente: elaboración propia.

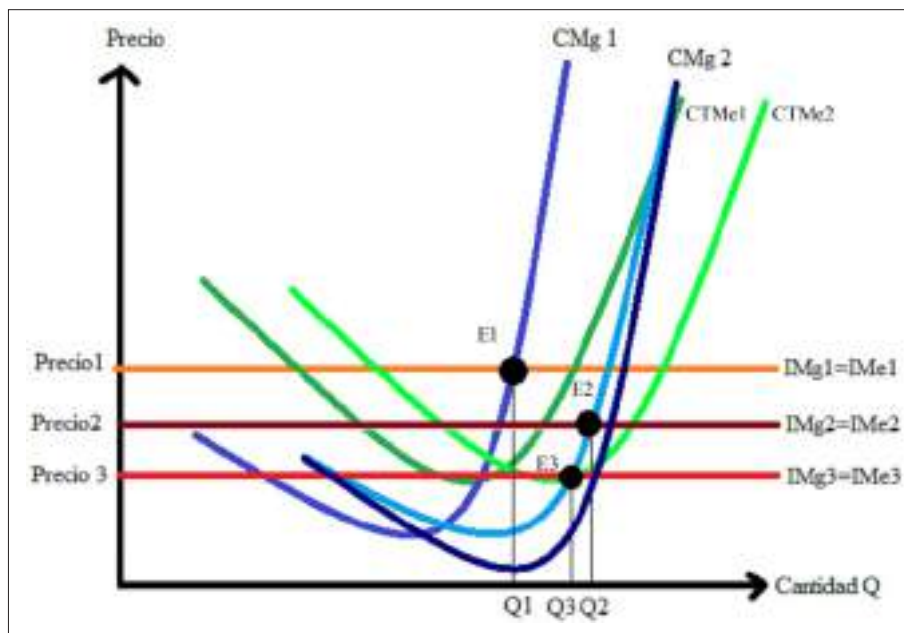
GRÁFICA 2. ESCENARIO DE EQUILIBRIO E_1 EN COMPETENCIA PERFECTA (Q_1, P_1), PUNTO DE VISTA MICROECONÓMICO



Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 3. LA EMPRESA BUSCA MEJORAR SU POSICIÓN EN EL MERCADO

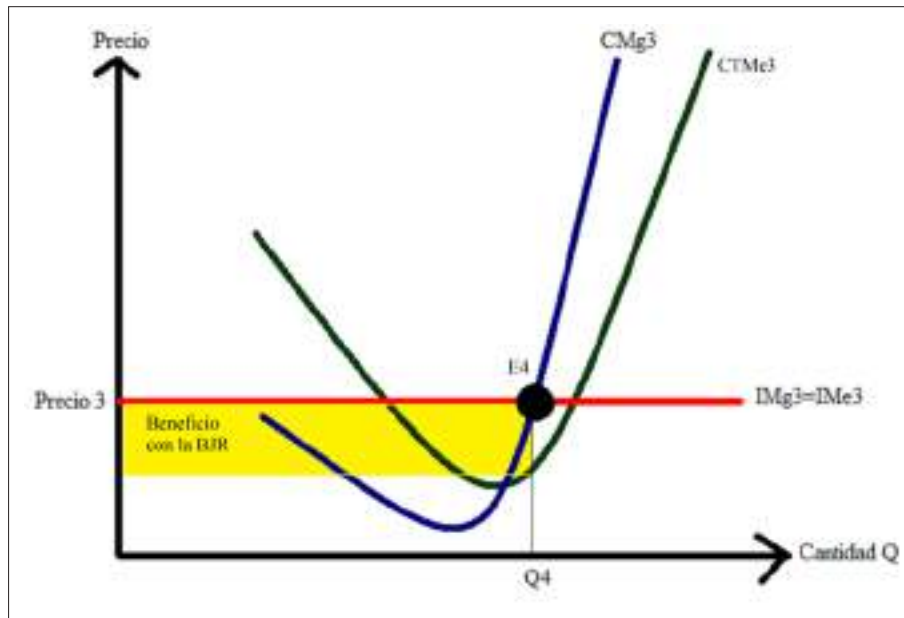
Por situaciones exógenas, ajenas al administrador de la empresa, tales como cambios en la renta de los individuos, cambios en las preferencias o expectativas, cambio en el número de consumidores, la demanda disminuye (gráfica 4) (Krugman y Wells, 2015, p. 71). Así, el precio baja hasta el punto de tangencia con el costo medio total mínimo (CMe₂), también llamado precio de beneficio nulo, por lo que Precio 3 es igual al costo medio total mínimo ($P_3 = CTMe_2$ mínimo) y el beneficio es cero ($\pi = 0$). Asimismo, si el Precio 3 estuviera por debajo del precio de beneficio nulo, producir no sería rentable y habría pérdidas (Krugman y Wells, 2015, p. 355). En cualquiera de estos dos casos, el administrador debe decidir si deja de producir y liquida la empresa o busca disminuir los costos de forma tal que el precio de mercado (Precio 3) esté por encima del costo total medio mínimo para que la empresa sea nuevamente rentable.



Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 4. LA DEMANDA DISMINUYÓ POR RAZONES AJENAS AL ADMINISTRADOR DE LA EMPRESA, LLEGANDO A UN PRECIO 3 (Q_3 , P_3)

Con la aplicación de la BJR el administrador se siente protegido, no ha perdido los incentivos para tomar decisiones empresariales y puede actuar en su mejor criterio para buscar beneficios y oportunidades para la compañía. A pesar de la mala situación que atraviesa la empresa, no será declarado responsable por haber actuado en lo que consideraba el mejor interés de la compañía, y por eso, tal como lo haría en condiciones de mercado, va a intentar recuperar la empresa, y para esto disminuirá sus costos (Costo Marginal CMg y Costo Medio Total CTMe) para que el precio de mercado (Precio 3) esté por encima del costo total medio mínimo, y así poder obtener utilidad para la empresa y sus accionistas (gráfica 5).



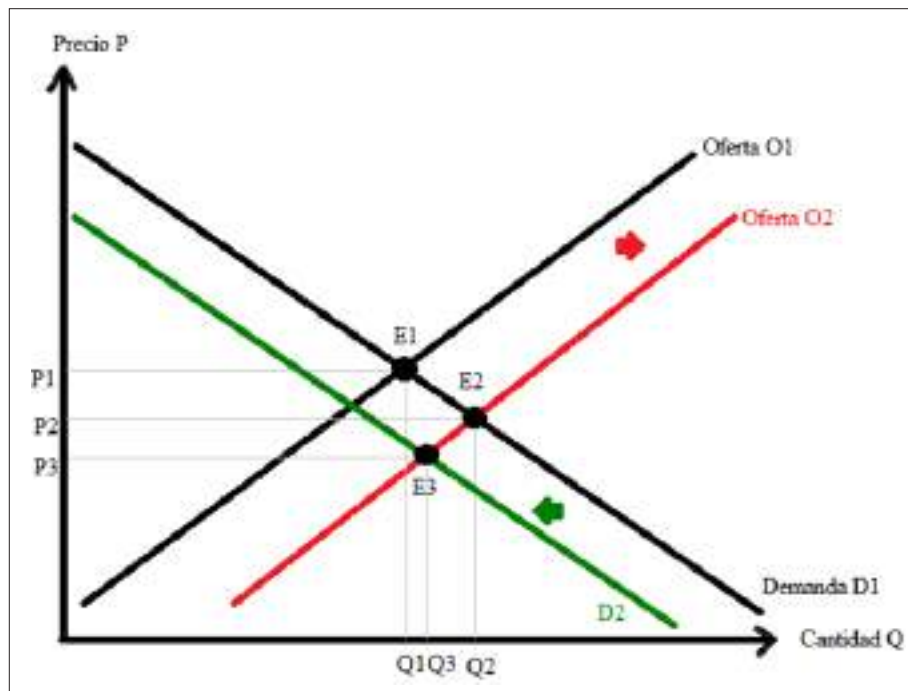
Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 5. CON LA BJR EL ADMINISTRADOR PODRÁ TOMAR DECISIONES DE NEGOCIO Y BUSCARÁ DISMINUIR SUS COSTOS PARA QUE EL PRECIO 3 SE ENCUENTRE POR ENCIMA DEL COSTO TOTAL MEDIO MÍNIMO Y QUE EL BENEFICIO SEA MAYOR A CERO $\pi > 0$

Sin embargo, con la intervención del juez en las decisiones de negocio, es decir, sin la BJR, el juez podrá declarar al administrador responsable por haber bajado el precio a P2 (Precio 2) para lograr aumentar su market share porque, al disminuirse la demanda al Precio 3, la empresa obtuvo beneficio cero ($\pi=0$) o pérdidas. Con esto en mente, el administrador no tiene incentivos para asumir el nuevo riesgo de disminuir sus costos, invirtiendo, por ejemplo, en mejoras tecnológicas, porque existe la probabilidad de que haya pérdida para la empresa y que sea declarado responsable por un juez.

Por ejemplo, el administrador gana \$25 pesos, pero debe invertir \$1000 de la empresa para las mejoras tecnológicas que disminuirían los costos. Teniendo en cuenta la contingencia de que el juez lo condene por la desvalorización de la empresa si la inversión en mejoras tecnológicas no cumple su propósito, lo cual deberá pagar con su propio patrimonio, hará un análisis de costo-beneficio y se abstendrá de invertir, permaneciendo en el precio de beneficio nulo (gráfica 4). En resumen, decidirá permanecer en el punto no óptimo de cantidad Q3 y precio P3 que se observa en la gráfica 4, absteniéndose de emprender nuevos riesgos que podrían llevar a la empresa nuevamente al equilibrio o a la rentabilidad.

Una vez analizado el efecto microeconómico, es necesario referirse al efecto macroeconómico. En primer lugar, la oferta y la demanda se encuentran en el punto de equilibrio E_1 , donde el precio es P_1 y la cantidad Q_1 (gráfica 6). Como la empresa busca mejorar su posición en el mercado a través de la disminución de precios, el productor mejora sus procesos productivos, lo que aumenta su capacidad de forma fundamental. El aumento en la oferta provoca un desplazamiento de la curva de oferta hacia la derecha (Oferta O_2) llegando a un nuevo equilibrio E_2 , aumenta la cantidad ($Q_2 > Q_1$) y disminuye el precio ($P_2 < P_1$).



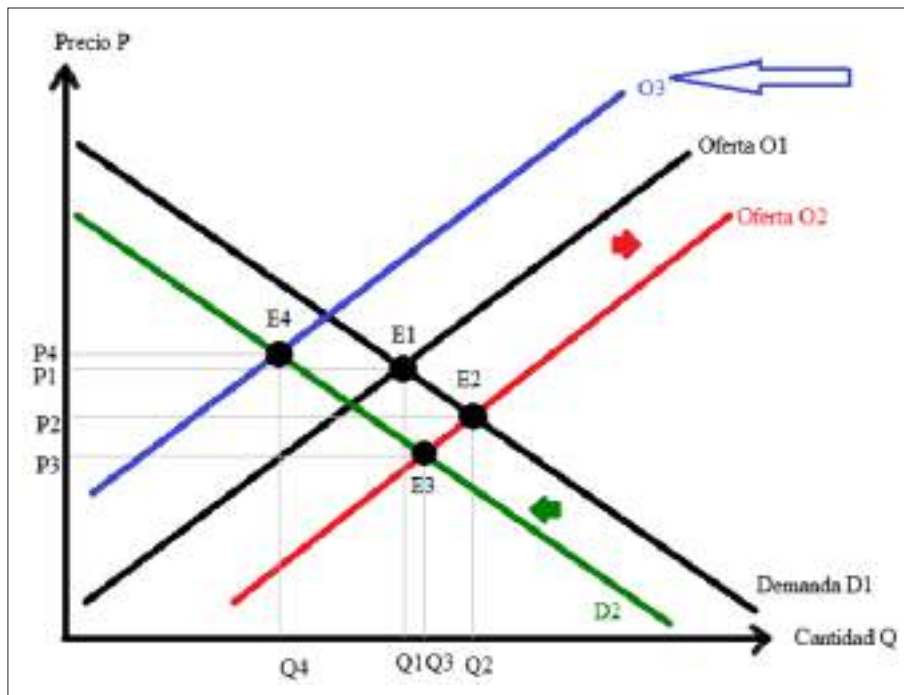
Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 6. DESPLAZAMIENTO DE LAS CURVAS DE OFERTA Y DE DEMANDA

Posteriormente, por factores exógenos, ajenos al administrador, tales como cambios en la renta de los individuos, cambios en las preferencias o expectativas, cambio en el número de consumidores, la demanda disminuye y se desplaza hacia la izquierda (D_2), haciendo que el precio de equilibrio P_2 y la cantidad de equilibrio Q_2 disminuyan al nuevo equilibrio E_3 , donde $P_2 > P_3$ y $Q_2 > Q_3$ (gráfica 6).

Con la aplicación de la BJR, los oferentes, dirigidos por sus administradores, harán todo lo necesario para seguir produciendo en el punto de equilibrio E_3 (Q_3 , P_3) de la gráfica 6, obteniendo beneficios gracias a la inversión en mejoras tecnológicas que disminuirán sus costos por debajo del Precio 3, obteniendo rentabilidad ($\pi > 0$), tal como se observó en la gráfica 5.

Sin la BJR, el juez interviene para revisar las decisiones empresariales de los administradores, y estos, con temor a ser declarados responsables por decisiones de negocios, no disminuyen los costos por debajo del Precio 3, como lo harían en condiciones normales para lograr rentabilidad, como se pudo observar en el efecto microeconómico (gráfica 5). Por tal razón, al obtener beneficio nulo ($\pi=0$) o pérdida (gráfica 4) muchas empresas saldrán del mercado por la quiebra y se liquidarán, lo que conlleva a un desplazamiento de la curva de oferta hacia la izquierda (O3) para llegar a un nuevo equilibrio E4, en la gráfica 7, donde el precio P4 es mayor ($P_4 > P_1 > P_2 > P_3$) y la cantidad demandada es menor ($Q_4 < Q_1 < Q_3 < Q_2$).



Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 7. SIN LA BJR, SE DESPLAZA LA CURVA DE OFERTA HACIA LA IZQUIERDA POR LA SALIDA DE EMPRESAS DEL MERCADO PARA LLEGAR A UN NUEVO EQUILIBRIO E4 DONDE EL PRECIO P4 ES MAYOR ($P_4 > P_1 > P_2 > P_3$) Y LA CANTIDAD DEMANDADA ES MENOR ($Q_4 < Q_1 < Q_3 < Q_2$)

A nivel macroeconómico, la no adopción de la BJR genera ineficiencias para toda la economía y la sociedad. En efecto, el producto interno bruto (PIB) de un país está determinado por “el valor total de todos los bienes y servicios producidos” (Krugman y Wells, 2015, p. 203), y en el punto de equilibrio E4 hay una reducción de la producción (Q_4) y, por consiguiente, menos bienes y servicios en el país, lo cual causa pérdidas para la economía en general (gráfica 7).

En definitiva, los empresarios viven en un mundo de incertidumbre y riesgo y para sus decisiones tienen la información del pasado y no saben con certeza lo que va a pasar a futuro. El mundo real no es de perfecta información y muchas veces los administradores toman decisiones de negocio riesgosas en el mejor interés de la compañía, sin actuar de mala fe, sin violar la ley y sin violar los deberes fiduciarios.

Las inversiones generan un efecto multiplicador en el ingreso¹⁷, sin embargo, estas dependen de las expectativas de los administradores, las cuales se verán afectadas por la intervención del juez. Por consiguiente, si al juez se le otorga la facultad de revisar *ex post* las decisiones de negocio, con la consecuente posibilidad de declarar responsable al administrador por los resultados negativos de sus decisiones, el administrador se abstendrá de tomar decisiones y de realizar inversiones riesgosas, lo cual afecta la competitividad de un país y lleva a una menor producción de bienes y servicios.

La adopción de la BJR no significa que las decisiones de los administradores estén exentas de controles por parte de los jueces. De sostenerse que en ningún caso los jueces pueden intervenir y que la deferencia es absoluta, se generaría riesgo moral¹⁸. Las relaciones de agencia entre administradores (agente) y accionistas (principal) conllevan riesgo moral, por lo que es necesario “motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar que aquel obre en su propio interés”¹⁹. De allí que resulte indispensable “promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión” (SS, 2014b, p. 2) ya que si se revisan judicialmente todas las decisiones de los administradores, se los desincentivaría a tomar decisiones de negocio favorables para los accionistas, y si en ningún caso el juez interviene, habría riesgo moral, ya que el administrador no soportaría los costos y las pérdidas de sus decisiones de negocio sino la compañía.

Con certeza, si el administrador se siente protegido por una BJR absoluta y piensa que nunca será responsable por las decisiones de negocio que tome, tendrá menos incentivos para esforzarse, informarse y tomar decisiones en interés de la compañía. No obstante, esto no ocurre con el enfoque que la SS le ha dado a la BJR y con los artículos consagrados en el Proyecto de Ley 002 de 2017 y en el nuevo proyecto de 2021. De acuerdo con los artículos 9 y 10 del Proyecto de Ley 002 de 2017 y el artículo 12 del Proyecto de 2021, las decisiones de negocio deben corresponder a un juicio razona-

¹⁷ Véase el efecto multiplicador de la inversión en Lange (1943, p. 229): “As a rule, any initial autonomous increment in investment leads to (positive or negative) additional investments, which are induced by the increase in national income resulting from the increase in consumption generated by the initial investment”.

¹⁸ Existe riesgo moral cuando “un individuo tiene más información sobre sus propias acciones que el resto de los individuos. Esto provoca que, en caso de que sea otra persona quien soporta los costos asociados a la falta de esfuerzo o responsabilidad, el incentivo a esforzarse o a ser responsable esté distorsionado” (Krugman y Wells, 2015, p. 588).

¹⁹ Sobre los problemas de agencia en derecho societario véase Reyes (2013b, p. 41).

ble y suficientemente informado del administrador y este será responsable por los perjuicios que ocasione si se comprueba mala fe, violación de la ley, de los estatutos o de los deberes fiduciarios (República de Colombia, 2017; SS, 2021).

Como quedó demostrado, la adopción de la BJR en Colombia es eficiente, tanto a nivel macroeconómico como microeconómico, además genera incentivos para la asunción de riesgos con relación de riesgo-retorno eficiente y no genera riesgo moral.

C. La BJR como una regla de inalienabilidad para maximizar los beneficios de los actores involucrados

Habiendo establecido que en términos de eficiencia económica se debe asignar al administrador el derecho de tomar decisiones de negocio, con un juicio objetivo e informado, sin que el juez pueda revisar *a posteriori* dicha decisión, conviene ahora referirse al tipo de derecho del que se trata. Siguiendo a Calabresi y Melamed (1972), la mayor intervención en la asignación de un derecho se presenta cuando el Estado establece que el mismo es inalienable. Es decir, siendo inalienable, el Estado regula la asignación del derecho y determina que “su transferencia está prohibida entre un comprador dispuesto y un vendedor también dispuesto”, prohibiendo absolutamente su venta o transferencia (p. 1111).

El paternalismo de la regla de inalienabilidad se basa en que el Estado sabe mejor que los individuos qué es lo más beneficioso para la sociedad y para ellos mismos (Calabresi y Melamed, 1972, p. 1111). Así, una vez probado a través del análisis económico del derecho que la adopción de la BJR redundaría en beneficio de los actores involucrados (administradores-accionistas-compañías-comunidad), el Estado debe prohibir su transacción y no debería permitirse pactar en contra de la BJR.

Si se permitiera pactar en contra de la BJR, estableciendo que los jueces no respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con dicha compañía, se perderían los beneficios sociales que se buscan con la BJR, los cuales, como se ha visto al estudiar los efectos microeconómicos y macroeconómicos, no están exclusivamente dirigidos a los accionistas y a las compañías, sino a la sociedad en general.

Al pactar en contra de la BJR, los administradores no tendrían incentivos para asumir riesgos en interés de la compañía y, bajo el supuesto de que la administración está separada de la propiedad de la empresa, los administradores consultarían todas sus decisiones a los accionistas. Por regla general, esto causaría la parálisis de la empresa y restringiría la autonomía del administrador, que en muchas ocasiones es más experto en los temas de negocio que los propios accionistas. Así, la toma de decisiones diarias del negocio se vería afectada porque el administrador, buscando protegerse ante intervenciones judiciales, trasladaría el riesgo de la toma de la decisión a los accionistas y dejaría de actuar de forma autónoma siguiendo su juicio de negocios.

En suma, en este capítulo se demostró que la eficiencia económica y, por consiguiente, la maximización del excedente total que reciben todos los miembros de la sociedad es la principal razón para decidir otorgar al administrador el derecho a que el juez respete su criterio empresarial. Gracias a la BJR, el juez no podrá revisar *a posteriori* las decisiones de negocio del administrador, salvo que se pruebe mala fe, violación a la ley o violación a los deberes fiduciarios.

La BJR, lejos de representar un beneficio exclusivo para los accionistas y la compañía, también genera beneficios a nivel macroeconómico, lo que incentiva la toma de riesgos en búsqueda de rentabilidad y las inversiones que a su vez multiplican el ingreso. En definitiva, la adopción de la BJR en el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia genera beneficios microeconómicos y macroeconómicos.

4. CONCLUSIONES

La adopción de la BJR en el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia es eficiente en términos macroeconómicos y microeconómicos y maximiza el excedente total que reciben todos los miembros de la sociedad. Como se estudió a lo largo de este artículo, la BJR protege al administrador al tiempo que beneficia a los accionistas, a las compañías y a la sociedad en general. Asimismo, en este artículo se pudo establecer que en la práctica jurídica colombiana la SS ya está aplicando la BJR.

A través de los métodos propios de la economía se estudió la institución jurídica de origen anglosajón, pudiendo establecer que es deseable y eficiente la deferencia de los jueces al criterio empresarial de los administradores. No obstante, en ningún caso la regla de la discrecionalidad o deferencia será absoluta ya que esto generaría riesgo moral. Así, la presunción puede ser desvirtuada si se prueba mala fe, violación a la ley o a los deberes fiduciarios de los administradores o que la decisión no fue suficientemente informada.

En suma, la regla de la discrecionalidad es fundamental para incentivar las inversiones que tienen una relación de riesgo-retorno eficiente y que conllevan al efecto multiplicador en el ingreso, inversiones que se realizan con base en las expectativas de los administradores, que gracias a la BJR no tienen que preocuparse porque un juez examine *a posteriori* sus decisiones empresariales tomadas conforme a un juicio objetivo e informado y en el mejor interés de la compañía.

REFERENCIAS

Artículos

- Arsht, S. (1979). The Business Judgment Rule Revisited. *Hofstra Law Review*, Universidad Hofstra, 8 (1), 93-134, 97
- Balotti, F. y Hanks, J. (1993). Rejudging the Business Judgment Rule, *The Business Lawyer*, American Bar Association, 48 (4), 1337-1353, 1337.
- Calabresi, G. y Melamed, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, Universidad de Harvard, 85 (6), 1089-1128.
- De Sousa Santana, F. (2013). Modelo de valoración de activos financieros (CAPM) y teoría de valoración por arbitraje (APT): un test empírico en las empresas del sector eléctrico brasileño. *Cuadernos de Contabilidad*, Pontificia Universidad Javeriana, 14 (35), 731-746.
- Lange, O. (1943). The Theory of the Multiplier. *Econometrica*, The Econometric Society, 11 (3/4), 227-245.
- Licht, A. (2019). Farewell to Fairness: Towards Retiring Delaware's Entire Fairness Review, *European Corporate Governance Institute (ECGI)*, 439, 1-66.
- Londoño González, S. (2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico colombiano? *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 55, 1-38.
- Restrepo, F. y Subramanian, G. (2013). The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure and Outcomes: Evidence on the Unified Approach. *Rock Center for Corporate Governance*, Universidad Stanford, 153, 1-35.
- Sabogal, L. F. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la "Regla del Buen Juicio Empresarial" [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? *Revista E-Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, 11 (1), 102-163.
- Skeel, D. A. Jr. (2007). The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis, *Faculty Scholarship*, Universidad de Pennsylvania, 182, 1-34, 1.
- Suescún De Roa, F. (2013). The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva. *Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana*, 127, 341-371, 345-346.

Superintendencia de Sociedades

- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2013). Sentencia 801-72 del 11 de diciembre de 2013, Aldemar Tarazona contra Alexander Ilich León (Pharmabroker).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2014a). Auto 800-5205 del 9 de abril de 2014 (Gyptec).

- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2014b). Sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014, Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación (Luque Torres).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2014c). Sentencia 801-34 del 11 de junio de 2014, Metro Ltda., José Dionel Mancipe Rondón y Juan Pablo Espinosa contra Carlos Guerrero Jaramillo (Metro Ltda.).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2015b). Sentencia 800-85 del 8 de julio de 2015, Morocota Gold S.A.S. contra Alejandro Rincón y Luz Martínez (Morocota).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2016a). Sentencia 800-26 del 13 de abril de 2016, Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro (Wilches).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2016b). Auto 800-6317 del 25 de abril de 2016, Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A. (Embohuila).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2016c). Sentencia 800-52 del 9 de junio de 2016, Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros (Gyptec).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2017a). Sentencia 800-21 del 30 de marzo de 2017, Laurel Ltda. contra Santiago Rojas Maya y Chubb Seguros de Colombia S.A. (Chubb).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2017b). Sentencia 800-35 del 2 de mayo de 2017, José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez (Materiales y Metales Ltda.).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2017c). Sentencia 800-94 del 2 de octubre de 2017, Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas (Hiver).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2017d). Sentencia 800-116 del 24 de noviembre de 2017, Julio Ramón Gálvez Ospina contra Saint Andrew's S.A. en liquidación y otros (Saint Andrew's).
- Superintendencia de Sociedades (2019a). *Oficio 2019-01-417954 del 20 de noviembre de 2019 en respuesta al derecho de petición 2019-01-366757 del 11 de octubre de 2019.*
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2019b). Sentencia 2019-01-015203 del 23 de enero de 2019, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación contra Lawrence Loewy Núñez (Lawrence Loewy Núñez).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles (2019c). Sentencia 2019-01-298217 de 8 de agosto de 2019, Sandra Beatriz Martínez González contra Sagrotrán S.A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. e Inversiones Zimmer S.A. (Zimmer).

Cortes de Estados Unidos

- Corte Suprema del Estado de Alabama (1847). Goldbold. c. Branch Bank.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1983). Weinberger c. UOP Inc., 457 A.2d, 711.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1984). Aronson c. Lewis, 473 A.2d 805, 2EXC 28.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1985). Smith c. Van Gorkom, 488 A.2d 858.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1992). Stroud c. Grace, 606 A.2d 75.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1993). Cede & Co. c. Technicolor Inc., 634 A.2d 345.
- Corte Suprema del Estado de Delaware (1995) Cinerama Inc. c. Technicolor Inc., 663 A.2d 1156.
- Corte Suprema del Estado de Luisiana (1829). Percy c. Millaudon et al. 8 Mart. (n.s.) 68.

Libros

- Gamboa, J. I. (2013). Elemento subjetivo: la culpa y el dolo en la responsabilidad civil, en Castro de Cifuentes, M. (coord.), *Derecho de las Obligaciones*, vol. I, t. II, Bogotá: Universidad de los Andes, Temis, 155-230.
- Reyes Villamizar, F. (2013a) *La Sociedad por Acciones Simplificada* (3ª ed.). Bogotá: Legis.
- Reyes Villamizar, F. (2013b). *Análisis Económico del Derecho Societario* (2ª ed.). Bogotá: Legis.
- Reyes Villamizar, F. (2013c). *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (pp. 223 -227) (4ª ed.). Bogotá: Legis, .
- Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario*, t. I (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Krugman, P. y Wells, R. (2015). *Microeconomía* (3ª ed.). Barcelona: Reverté.
- Mankiw, G. y Taylor, M. P. (2017). *Economía* (3ª ed.). Madrid: Paraninfo.

Normas colombianas

- Presidencia de la República (1971). Decreto 410, *Código de Comercio Colombiano*.
- República de Colombia (1995). Ley 222, *por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia (2012). Ley 1564, *por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*.
- Superintendencia de Sociedades (2012). Resolución 511-004064, *por medio de la cual se definen los grupos internos de trabajo que en adelante conformarán la Superintendencia de Sociedades*.
- Superintendencia de Sociedades (2017). *Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017*.

Fuentes de internet

- Asuntos Legales (13 de diciembre de 2021). *La modernización del régimen societario propende por la protección del minoritario*. <https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/la-modernizacion-del-regimen-societario-propende-por-la-proteccion-del-minoritario-3275444>
- Congreso Visible (s.f.). *Proyecto de Ley 70 de 2015 por medio del cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones*. <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/8114/>
- Dunn, G. (18 de noviembre de 2014). *Determining the likely standard of review applicable to board decisions in Delaware M&A transactions*. https://www.gibsondunn.com/ma-report-determining-the-likely-standard-of-review-applicable-to-board-decisions-in-delaware-ma-transactions-april-2017-update/#_edn5
- Grant, H. (2 de julio de 2013). *The Hidden Danger of Being Risk-Averse*, *Harvard Business Review* <https://hbr.org/2013/07/hidden-danger-of-being-risk-averse>
- Portafolio (12 de agosto de 2019). *Preparan reforma al régimen de sociedades y a ley de insolvencia* <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/preparan-reforma-al-regimen-de-sociedades-y-a-ley-de-insolvencia-532499>
- Portafolio (25 de abril de 2018). *A segundo debate pasa reforma al régimen de sociedades*. <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/a-segundo-debate-pasa-reforma-al-regimen-de-sociedades-516557>
- República de Colombia (2015). *Gaceta del Congreso 594, Proyecto de Ley 070 de 2015 Cámara por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones*. <http://svrpubin-dc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=13-08-2015&num=594>
- República de Colombia (2017). *Gaceta del Congreso 583, Proyecto de Ley 002 de 2017 por medio del cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones*, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20002-17%20Regimen%20Societario.pdf>
- República de Colombia (s.f.). *Proyectos de ley periodo legislativo 2014-2018*. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2017-2018/article/2>
- Superintendencia de Sociedades (2015a). *Proyecto de reforma al régimen societario*. <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>
- Superintendencia de Sociedades (25 de abril de 2018). *Comisión Tercera de Senado aprueba reforma al régimen de sociedades*. <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/Comisi%C3%B3n-Tercera-de-Senado-aprueba-reforma-al-r%C3%A9gimen-de-sociedades.aspx>
- Superintendencia de Sociedades (22 de agosto de 2021). *Exposición de motivos proyecto de reforma al régimen general de sociedades y de incorporación como legislación permanente de las normas extraordinarias de insolvencia empresarial*. <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documents/PL-Actualizacion-Regimen-Societario.pdf>



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.59.340.325>

Populism and Democracy: An Analysis of the Outcomes of Populism*

*Populismo y democracia: Un análisis de
los resultados del populismo*

C L A U D I O B A L D E R A C C H I

Ph.D. in Political Science, Assistant Professor, Universidad del Norte, Km.5
Vía Puerto Colombia, Barranquilla, Colombia, cbalderacchi@uninorte.edu.co.

* This study was funded by Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Abstract

An influential strand of literature has consolidated the idea that populism can also benefit democracy. However, even highly inclusionary experiences in Bolivia, Ecuador, and Venezuela suggest that the relationship with liberal institutions may not be populism's main democratic problem, and that the quality of populism-induced inclusion is inherently incompatible with populism's ultimate goal of realizing popular will. Unlike more vulnerable, traditional critiques based on liberal priorities, this, in turn, questions the recently accepted positive effects of populism, suggests that populism may, paradoxically, suffer from some of the same limitations of liberal institutions, and corroborates, from a more effective perspective, the idea that populism is inherently unlikely to favor democracy, be it liberal or not. Through the analysis of these problems, this article contributes to a critical reassessment of dominant understandings of the relationship between populism and democracy.

KEY WORDS

Democracy; populism; outcomes; quality of inclusion; popular will.

Resumen

Una influyente corriente de la literatura ha consolidado la idea que el populismo puede también beneficiar a la democracia. Sin embargo, incluso experiencias altamente incluyentes en Bolivia, Ecuador y Venezuela sugieren que la relación con las instituciones liberales no es posiblemente el principal problema democrático del populismo y que la calidad de la inclusión generada por el populismo es intrínsecamente incompatible con su principal objetivo de realizar la voluntad popular. A diferencia de críticas tradicionales más vulnerables basadas en prioridades liberales, esto, a su vez, cuestiona los efectos positivos del populismo recientemente aceptados, sugiere que el populismo puede paradójicamente sufrir de las mismas limitaciones de las instituciones liberales y corrobora, desde una perspectiva más eficaz, la idea que el populismo es intrínsecamente incapaz de favorecer la democracia, sea esta liberal o no. A través del análisis de estos problemas, este artículo contribuye a una reevaluación crítica de comprensiones dominantes de la relación entre populismo y democracia.

PALABRAS CLAVE

Democracia, populismo, resultados, calidad de la inclusión, voluntad popular.

1. INTRODUCTION

Scholars have devoted significant efforts to study populism, its constitutive features, and its democratic impact. Regarding the latter, long considered a danger for democracy, populism has been recently reassessed, with scholars such as Rovira Kaltwasser (2012), Stavrakakis et al. (2016), De la Torre (2010), and Mudde and Rovira Kaltwasser (2012a), highlighting both positive and negative effects on democracy, particularly, among the former, the ability to produce inclusionary outcomes. Such positive outcomes have been largely accepted, corroborating the idea that, though problematic in other respects, particularly in its relation with liberal institutions, populism can contribute to democracy (henceforth, ambivalence theories). The existence of significant convergence in a field notoriously characterized by disagreement is noteworthy, and it is even more notable once we consider its implications. The widespread recognition of a positive contribution in spite of other negative features can indeed present populism as a reasonable alternative to foster democracy.

In this paper, I examine the effects of populism in power and question these now dominant views. Does populism contribute to democracy when in power? In particular, do populism's recently recognized positive effects effectively contribute to democracy and to its primary goal of realizing popular will? Drawing on the highly inclusionary, and, therefore, expectedly democratically ambivalent, populist experiences in Morales's Bolivia, Correa's Ecuador, and the Bolivarian Venezuela, I maintain that due to the flawed quality of populism-induced inclusion, populism is inherently unlikely to provide a democratic contribution, independently of its impact on liberal institutions. This is the case then, even when democracy is defined on the basis of populists' democratic promises and the prioritization of popular will over liberal guarantees, thus, closer to what Mudde and Rovira Kaltwasser (2012a: 10) describe as "*democracy without adjectives*", that is, a regime limited to "*the combination of popular sovereignty and majority rule*".

Of course, the idea that populism is unlikely to contribute to democracy is not new. However, because of the common focus on the problematic relationship between populism and liberal institutions, the main reasons behind this conclusion may have been misunderstood, thus facilitating the recent rise of theories recognizing populism's democratic potential. Unlike more traditional arguments, in the attempt to offer a different and more productive critique, my assessment is not based on populism's negative effects on liberal institutions but, rather, on populism's own democratic goals, and on the problematic quality of its inclusionary outcomes. As explained below, this is important because a critique based on populism's illiberal effects would not undermine ambivalence theories, given that these theories precisely suggest, through a logical argument, that populism's illiberalism is not incompatible with certain democratic advances. Through its critique, this paper complements existing analyses that have first rejected populism's democratic ambivalence (e.g. Levitsky and Loxton 2013, 2012; Müller 2016; Weyland 2018).

With respect to the definition of populism, scholars have notoriously focused on different aspects, such as ideas (e.g. Hawkins, 2010; Mudde, 2004; Mudde and Rovira Kaltwasser, 2012a), or the personal features and strategy of political leaders, including their relationship with followers (e.g. Weyland, 2001). In this paper, populism is defined on the basis of Mudde's (2004: 543) increasingly accepted definition, where populism corresponds to an anti-elite ideology celebrating popular will. This provides the opportunity to highlight crucial goals and features of populist forces. At the same time, as observed by scholars adopting ideational definitions such as Pappas (2016) and Hawkins (2010: 42-43), charismatic, personalistic leaderships significantly contribute to populism's success, and should therefore be considered, even from the perspective of ideational definitions, to properly understand populism in power. All of the cases examined in this paper have combined a populist ideology à la Mudde (2004) and – in Venezuela until Chávez's death – a charismatic leadership. While the effects of Chávez's charismatic leadership are important also to understand successive developments (see next sections), in Bolivia, as discussed below, Morales's charismatic leadership coexisted with vigorous social movements (see Anria, 2010: 122; and Madrid, 2008).

In the next sections, first, I present existing views on the relationship between populism and democracy. Then, I explain why the flaws of populism-induced inclusion make a populist democratic contribution inherently unlikely. After discussing these not ignored but commonly underestimated flaws, and after justifying the selection of the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan cases, I examine examples from these experiences. Besides examining the outcomes of populism, this paper also contributes to the more general debate on democracy and democratization. In particular, it aims to shed light on the complexities of the relationship between democracy and inclusion¹.

2. POPULISM AND DEMOCRACY

Observers have traditionally considered populism as a negative factor for the prospects of democracy. However, a strand of literature that has been gaining strength in the last few years has highlighted its multi-faceted effects. Among these authors, Rovira Kaltwasser (2012) maintains that, once examined through the Dahlian concepts of public contestation and inclusion, populism can affect the former, but is also conducive to a more inclusive political regime. In a somehow similar vein, though aware of its illiberal features and the potentially negative effects of a strong leader, Stavrakakis et al. (2016) observe that populism can facilitate the inclusion of excluded social groups and hence correct democracies' tendency to ignore the people in their major decisions. Similarly, while distinguishing democracy from its more specific liberal version, in a recent

¹ On this point, though recognizing some of the limitations of the Bolivian incorporation process, in a recent, interesting critique to existing measures of democracy, Wolff (2018) observes that political incorporation should be measured to avoid missing crucial democratic advances, and, hence, to properly evaluate the quality of democracy.

interview (Flores and Ortega, 2016: 21), Mudde observes that, although “populism goes against core elements of liberal democracy, notably minority rights, pluralism, and separation of powers”, it does embrace popular sovereignty and democracy. Though recognizing some of the problems discussed in this paper such as the lack of autonomy of the newly incorporated (chapter 5), also De la Torre (2010) tends to accept the ambivalence thesis noting how, in spite of its negative impact on liberal institutions, “Populism continues to be an important democratizing force that has mobilized those previously excluded from participation in government” (148). More generally, according to Canovan (1999), by favoring the renewal of its institutions, populism may contribute to the vitality of democracy, and, therefore, to a political system closer to the people. In short, among the aforementioned arguments, a crucial, recurring theme is that populism conflicts with liberal institutions but, at the same time, can produce democratic benefits through its inclusionary effects. This idea has gained significant influence, such to achieve, according to Ruth (2018: 356), the status of “tentative consensus” in the field of populism studies.

Despite the current tendency to recognize populism’s democratic ambivalence, other scholars have instead reaffirmed its predominantly undemocratic impact. According to Levitsky and Loxton (2013, 2012), populism is inclusionary, but its negative impact on liberal institutions is conducive to competitive authoritarianism, thus, proving, as explained in their 2012 study, an obstacle to the rise of new majorities. By underlining its anti-pluralism and its negative consequences, including exclusion, with a similar focus on liberal institutions, Müller (2016: 55-56) notes that populism’s negative impact on these institutions inevitably extends to elections and “democracy as such”, in an argument, apparently, though not explicitly, linking populism with competitive authoritarian scenarios, while, according to Weyland (2018), populism’s problem lies in the fact that populists’ personalistic relationship with followers makes attacks on both liberal institutions and opponents ready to counterattack a strategic necessity. Recently, Houle and Kenny (2018) have maintained that besides affecting the rule of law and institutional checks to the concentration of power, populism in power also fails to bring about advances in certain dimensions of redistribution and participation.

In brief, in line with a more traditional view, populism has been long conceived as pernicious for democracy, primarily because of its effects on liberal institutions. Then, following the emergence of what is today a highly influential school of thought, populism has been increasingly viewed as producing ambivalent effects on democracy, thanks to its positive impact on inclusion. Finally, recent contributions have advanced doubts on such ambivalence, thus providing a first critique. The jury, then, is still out, and different views on populism continue to have significant implications.

Though recognizing the crucial contribution of ambivalence theories in highlighting the complexity of the phenomenon, I argue that the analysis of underestimated problems inescapably associated with populism questions the democratic virtues recently attributed to populist projects. More specifically, on the basis of the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan cases, I argue that

populism's problems go beyond the largely recognized weakening of liberal institutions and affect the quality of that same populism-induced inclusion supposedly responsible for populism's democratic advances. By affecting populism's primary goal of realizing popular will, such problems make populism's democratic contribution inherently unlikely, even when democracy is defined according to a populist perspective. Paradoxically, then, in terms of general democratic outcomes, populism may be affected by a crucial limitation of many liberal democracies, that is the difficulty in translating inclusion – occurring through the formal extension of civil and political rights in the case of liberal democratic institutions – into the realization of popular will. Whereas, among the considered populist cases, De la Torre (2014: 457) views Correa's failure to produce participatory democratic benefits as an "exception", my analysis suggests that, even in this realm, populism's democratic contribution is inherently problematic.

Importantly, the argument that I present in this paper is different from previous contributions. As noted above, unlike traditional critiques, it does not focus on populism's negative impact on liberal institutions. This would make it vulnerable to ambivalence theories because such theories recognize, and reasonably incorporate, populism's illiberalism in their reasoning. By focusing on populism's own democratic goals and inclusionary effects, my argument complements, from a different perspective, more recent contributions that have first questioned populism's ambivalence. In the case of Levitsky and Loxton's (2012, 2013) contribution, though raising important points, populism's negative effects on democracy continue to be essentially associated with its impact on liberal institutions. Although I recognize that declining liberal institutions may, depending on the intensity of such decline, corroborate the quality problems of populism's inclusionary effects (see below), I argue that the main reasons behind populism's inadequacy to produce democratic benefits lie elsewhere. Similarly, Müller (2016) is right in underlining the relevance of liberal institutions for the electoral process and, therefore, for "democracy as such", but, considering that populism's negative impact on these institutions may be more or less intense, and therefore not sufficient to violate the freedom and fairness of elections, what he describes as its anti-pluralism and the resulting exclusionary effects should be assessed independently of liberal institutions to effectively challenge populism's democratic ambivalence. Moreover, however important, populism's anti-pluralistic conception of reality does not seem to automatically translate into practices able to question populism's democratic ambivalence as, instead, apparently suggested by Müller (2016). Rather, such practices appear influenced by populism's interaction and association with relevant factors and contexts (see next section). Finally, unlike Houle and Kenny (2018), who provide empirical evidence that populism may be less effective than expected in producing certain dimensions of inclusion, I do not question the ability of populism to produce inclusion but, rather, the quality of the latter and, as a consequence, its contribution to democracy. To be sure, the problems affecting populism-induced inclusion, discussed in the next section, have been considered by the literature on populism. However, this paper does not aim to merely report them, but, rather, show that their impact on populism's alleged democratic virtues, on its primary goal of realizing

popular will, and, ultimately, on democracy, however defined, may have been underestimated. For example, some of those same authors supporting the ambivalence thesis recognize some of these problems, yet without viewing them as incompatible with the idea that populism's inclusionary effects can contribute to democracy. Demonstrating that this is not the case and that populism is inherently unlikely to realize its own democratic goals, not just liberal priorities, is among the goals of this paper.

Among recent cases of populist rule, the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan cases are particularly appropriate to examine populism's ability to generate democratic benefits through inclusion. Given the extent of their inclusionary outcomes and the highly exclusionary character of preexisting societies, they can be viewed as "most-likely" cases (Eckstein 1992: 158) for ambivalence theories. As suggested by Eckstein (1992: 158), when examining a theory, a "most-likely" case is a case where the theory is expected to work and where its potential disconfirmation is therefore particularly significant. Arguably corroborating the interpretation of these experiences as "most-likely" cases for ambivalence theories, Rovira Kaltwasser (2012: 200) describes the ambivalence hypothesis as particularly applicable to highly exclusionary societies, while referring, together with Mudde, to the Bolivian and Venezuelan experiences as "prototypical" of Latin American populism and its inclusionary features (Mudde and Rovira Kaltwasser, 2013). Coherently, advocates of populism's democratic ambivalence have resorted to some of these experiences and their inclusionary features to support their theses, including Stavrakakis et al.'s (2016) analysis of Chavista populism, and Rovira Kaltwasser's (2012: 199) reference to Evo Morales's inclusionary approach.

Of course, highlighting the flaws of populism and of its inclusionary effects is not to say that non-populist governments or the contested status quo are necessarily better, more democratic, or that they do not produce exclusion. For example, even without considering the way it rose to power, the government that succeeded Morales in Bolivia presented non-democratic traits. Similarly, the goal of this paper is not to normatively assess the governments under consideration.

With respect to the concept of inclusion, as highlighted by Mudde and Rovira Kaltwasser's (2013) and Levitsky and Loxton's (2012) discussion and adoption of Filc's definition, besides its material dimension, inclusion also presents a symbolic and political side, ranging from aspects such as representation, participation, and discursive inclusion, to how material resources are assigned. While inclusion may be always valuable, we should not assume that it necessarily leads to popular sovereignty, and, therefore, to democracy. In accordance with a populist perspective, I view inclusion as more likely to contribute to popular sovereignty and the realization of popular will when it is comprehensive, non-discriminatory, and when it provides the newly included with the opportunity to autonomously influence public decision-making.

3. UNDERESTIMATED PROBLEMS?

The analysis of populism-induced inclusion requires a more general examination of populism's effects. Besides suggesting that populism is democratically ambivalent, building on minimal definitions such as Mudde's (2004), Rovira Kaltwasser (2012: 198-199) observes that some of its main inclusionary and exclusionary outcomes result from the specific ideologies with which it combines. Following from this argument, populism would not be necessarily bad for democracy, and it would not be responsible for effects resulting from other ideologies such as the exclusionary and authoritarian features characterizing European populist experiences (Rovira Kaltwasser, 2012: 198-199). The argument separating the effects of populism from those of other ideologies is compelling, shedding light, in turn, on its multiple forms. However, as discussed also by Enyedi (2017), and Arato and Cohen (2017: 287), while populism's inclusionary effects do not seem to represent an exclusive feature of populist projects, a number of negative effects appear instead associated with its constitutive elements.

With respect to the latter effects, problems of different nature have recurrently affected populism. Though not necessarily a primary concern for populists, in line with what was discussed in the previous section, significant consensus, including Enyedi (2017), seems to exist on the intrinsically troubled relationship between populism and liberal institutions, and on the tendency of the former to erode the latter. Moreover – and much more central both from a populist perspective and for the goals of this paper – populism seems to be associated with problems such as the arbitrary exclusion of significant segments of the people, restrained popular participation in public decision-making, and the creation of unaccountable elites. These, not ignored, but arguably underestimated problems, are particularly serious, because they question the inclusionary advances of populism, their contribution to the realization of popular will, and, therefore, a large part of what have been recognized as populism's democratic benefits. Importantly, they do not necessarily result from populism's impact on liberal institutions. Moreover, they can also limit the inclusionary potential of other inclusionary ideologies that have occasionally combined with populism, such as in the case of leftist ideologies in Bolivia, Ecuador, and Venezuela. In line with the previous section, this last point does not suggest that a non-populist left is necessarily better or more democratic than a populist one.

With respect to populism's exclusionary effects, coherently with Mudde's (2004) reference to populists' characteristic identification of a corrupt part of society, these are recognized even by proponents of ambivalence theories (Mudde 2015: paragraph 8; Mudde and Rovira Kaltwasser 2013). Although these authors do not seem to consider these effects as capable of denying populism's positive outcomes, their severity in some of the most inclusionary populist experiences (see below) may suggest otherwise². In particular, populism's exclusionary tendencies appear especially intense

² For example, as suggested by Houle and Kenny (2018), the demobilization of opponents may be responsible for populism's failure to improve the electoral turnout in Latin America.

in already highly exclusionary societies where the high polarization resulting from both populism and powerful traditional elites often provide further incentives for exclusion^{3,4}. This is not irrelevant, given that, according to Rovira Kaltwasser (2012: 200), the hypothesis of populism's democratic ambivalence is precisely based on its inclusionary, redeeming effects in these societies.

The creation of unaccountable elites and restrained popular participation in public decision-making are no less problematic. As noted above, according to Pappas (2016) and Hawkins (2010: 42-43), charismatic, personalistic leaders favor populism's success, which, in turn, suggests that they are a likely element of populism in power, even when populism is defined in ideational terms. Even though such leaders may be committed to the advancement of popular sectors, the preponderance and largely unquestionable character of such leadership undermines populist administrations' accountability, and, as it has often been noted, followers' autonomous participation in public decision making. Once again, these problems seem more intense where polarization is high⁵, which is, as noted above, a recurrent condition when populism combine with pre-existing exclusionary contexts, and, therefore, with scenarios that should, instead, supposedly highlight populism's democratic potential.

In short, because of the likely problematic features described above, however valuable in other respects, the type of inclusion resulting from populist governments is unlikely to contribute to popular sovereignty and to the realization of popular will. Certainly, in countries such as Chávez's Venezuela, populism may have contributed to generate popular support for inclusionary ideologies and, therefore, to win the resistance of reluctant economic and political elites. However, populism is not always successful in making inclusionary policies more popular. Furthermore, what is suggested here is not that populism cannot produce inclusion, but, rather, that this kind of inclusion is unlikely to contribute to popular sovereignty.

In the next sections, I examine the previously discussed outcomes in light of examples from the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan cases. These are not meant to provide definitive evidence, and they cannot capture all the complexities of these experiences. Yet, they may serve to highlight the need for a reconsideration of dominant interpretations of the relationship between populism and democracy. Importantly, as reminded above, the goal is not to merely report problems that are, in part, already known, but, rather, to highlight how their impact may have been underestimated, thus leading to more optimistic views of the democratic potential of populism.

³ According to Weyland (2018), who conceives populism as a strategy, the clash between personalistic populists and opponents would originate from the strategic and organizational needs of the former and would even likely lead to the death of democracy.

⁴ With a similar logic, Balderacchi (2016) shows how exclusionary, polarized contexts can affect the inclusiveness of participatory mechanisms.

⁵ See, for example, Stavrakakis et al. (2016: 71), on the relation between Chávez and followers under intense polarization, discussed below.

4. INCLUSION AND EXCLUSION

The rise to power of Chávez, Correa, and Morales at the turn of the century initiated a new era in Venezuela, Ecuador, and Bolivia. In each of these countries, populist governments promoted the adoption of a new constitution and the development of inclusionary policies, including, with different fortunes, both economic programs aimed at the most vulnerable sectors and participatory initiatives. At the same time, in line with their populist ideology, they developed a polarizing discourse, often targeting and delegitimizing the opposition. In a context characterized by pre-existing exclusion and powerful traditional elites, the divisive ideas and transformational goals of populist forces were, in turn, met with resistance and, sometimes, undemocratic means, such as the attempted coup against Chávez in 2002. The resulting high polarization strengthened the exclusionary nature of the populists' ideology, fostering further exclusion of those not supporting the government, be they conservative members of the opposition, or even actors with apparently solid popular credentials.

To be sure, these populist experiences are notoriously subject to different, and sometimes conflicting interpretations. Yet, as shown below, a considerable number of authors seem to converge on the existence of significant exclusionary measures. In Venezuela, the tension and polarization resulting from both the government and the opposition created a climate of distrust that reinforced populist exclusionary tendencies, in a process extending beyond those responsible for the most aggressive and less democratic anti-government strategies. Among some of the most notorious examples, in the years following the attempted coup, the government was accused of discriminating those who signed to promote the 2004 recall referendum and whose names were published in the now well-known *Lista Tascón* (see, for example, Kornblith, 2013: 52). Some evidence of such discriminatory practices is provided by Hsieh et al. (2011), who note that the earnings and employment probability of signers declined after the publication of their names. Moreover, in a process primarily affecting the opposition, hundreds of candidates were excluded from elections in violation of the Constitution, such as in the 2008 regional contest (Corrales and Hidalgo, 2013: 57). Over time, exclusionary policies became more explicit. In the wake of Chávez's death, a minister explicitly encouraged political discrimination within the public administration (Kornblith, 2013: fn. 12 drawing on *El Nacional*), while, in 2016, the government announced the removal of public managers who had supported the attempted recall referendum against Maduro (Chinae and Kai, 2016). In part fueled by the 2014 anti-government protests, under Maduro, similar exclusionary practices intensified, as demonstrated by the cases of Popular Will leader Leopoldo López, and former presidential candidate Henrique Capriles, the first sentenced to about fourteen years of prison (see Lafuente, 2015), the second barred from public offices for 15 years (see Telesur, 2017). In addition, in controversial processes, in the months preceding the 2018 presidential election, opposition parties such as *Primero Justicia* and the MUD coalition were banned (see Clarín, 2018). Besides political opponents, exclusion apparently extended to groups that are commonly associated, even from a leftist populist perspective, with the concept of the people. For example, according to García-Guadilla (2018:76), influenced by existing polarization, exclusionary

practices often characterized the inclusionary initiatives of the Chávez administrations, with exclusion “[applying] not only to those who oppose the regime—mainly the middle and upper classes—but also to popular sectors that do not align ideologically with the Bolivarian process of transformation”.

Even in Bolivia, where some social organizations were able to partially constrain the action of the executive, and where the government adopted, on some matters, a certain dose of pragmatism, populism’s divisive character, and the highly polarized context, favored the exclusion of actors opposing or not embracing the government’s project. In the years following Morales’s rise to power, former presidents and other political opponents were the target of investigations. These, and other practices, including the apparently biased disqualification of opposition candidates, the removal of elected officials, and the political use of justice, became part of a more general approach of the Morales government towards the opposition (Sánchez-Sibony, 2021). With respect to the latter, in a practice then further developed under the Ññez government, the politicization of justice certainly represented a major source of concern under Morales. Recently, when key members of the opposition expressed concerns on this matter, they were dismissed, among other labels, by Minister of the Presidency Martínez, as “golpistas” (Agencia EFE, 2017). Moreover, when in disagreement, governmental accusations of proximity to conservative or imperialist goals delegitimized and marginalized critical civil society organizations such as NGOs or indigenous groups (Achtenberg, 2015; Webber, 2017). As noted by Webber (2017: 340), the strategies of the MAS ruling party, in the clash with certain indigenous organizations, even included the violent occupation of the CONAMAQ’s headquarters and the attempt of pro-government supporters to remove CIDOB’s leadership. Also an author underlining the inclusionary advances of the Bolivian experience, such as Wolff (2018: 9), notes how the alliance with the government was a necessary condition for the incorporation of different categories of popular organizations.

In Ecuador, while delegitimizing the opposition with his proclaims, after his election, Correa’s project of a constituent assembly resulted in a conflict with traditional parties. This led to an institutional crisis with Congress, decisive for his political project, and, possibly, for the survival of his government. In a highly polarized process involving drastic measures on both sides, a key outcome was the ousting of numerous legislators of the opposition following a decision of the Supreme Electoral Tribunal (see Conaghan, 2008: 51-52). After defeating and marginalizing the opposition, Correa developed a low toleration towards criticism, as shown by his relation with civil society organizations and social movements. As observed by Becker (2013), Correa delegitimized social movements that opposed his policies as instruments of the right (56-57), while, in the clash between the government and social movements over extractive policies, numerous activists were accused of terrorism, including the leaders of some of the largest indigenous organizations of the country (52). Similarly, besides describing the verbal attacks and charges of terrorism as part of the government’s “bullying” against the indigenous movement (41), De la Torre (2013: 40) notes how charges of terrorism were filed, “with scant evidence”, also against leftist students. Moreover, environmental and other civil so-

ciety organizations, including Acción Ecológica, Fundación Pachamama, and Fundamedios, were shut down or targeted through decrees later repealed by Correa's successor, Moreno (El Comercio, 2017), in what amounted, according to the government's critics, to the repression of dissent. Among them, Wilkinson (2015: paragraph 1) describes the Correa administration as "harassing, intimidating, and punishing environmental activists and indigenous leaders".

In short, the relationship between these governments and actors that opposed or did not share their projects was complex and characterized by different nuances that cannot be fully addressed here. However, under conditions of significant polarization resulting from both populism and contextual conditions, even for groups with strong popular credentials, the status of legitimate members of the people became increasingly contingent – rather than on pre-determined, however constructed and arbitrary, populist criteria – on their loyalty to ruling populist forces. According to authors such as Müller (2016: 20), and Arato and Cohen (2017: 287-289), such a precondition for inclusion, and the resulting exclusion, would be intrinsic to populism and its "*pars pro toto*" conception of popular representation. However, the effects of such conception were magnified by its interaction with pre-existing exclusionary contexts, where, in principle, populism's positive effects should have emerged with more clarity. Although the generation of exclusionary effects is not exclusive to populist projects, this, in turn, severely undermined the ability of otherwise valuable inclusionary efforts to contribute to the realization of popular will, and, therefore, to the advancement of populism's democratic goals.

5. INCLUSION AND PUBLIC DECISION-MAKING

Another problem affecting more positive or ambivalent assessments of populism is the tendency to assess inclusion without fully considering the ability of the newly included to influence public decision-making. This ability is crucially affected by the typically preponderant role of populist leaders. Similar to populism's exclusionary effects, the problem has long been recognized (see, for example, Rovira Kaltwasser, 2012: 192; Canovan, 1999: 14), but somehow underestimated in the analysis of populism's impact on democracy.

Although they were accompanied by different social actors, particularly in Bolivia, in each of these countries, Chávez, Correa, and Morales played a fundamental role, and significantly personalized, though to a different extent, the three revolutions. As it is generally acknowledged, even among those recognizing more positive or ambivalent outcomes, in turn, the centrality of these leaders inevitably produced an impact on the nature of these experiences, complicating the rise of autonomous views. For example, in Venezuela, according to Ellner (2011), among a number of initiatives favoring popular empowerment, Chávez's undisputed leadership undermined "collective decision-making", (434), the selection of leaders from below (435), "internal debate" (439) and, ultimately, "diversity of positions" (447). Similarly, though underlining the empowering impact of a charismatic leadership

on popular sectors and the existence of bottom-up impulses, Stavrakakis et al. (2016) highlight a number of negative effects associated with Chávez's all-powerful leadership, including the marginalization of the movement on essential decisions (63), and the frustration of what these authors define as "an egalitarian emancipation of the people" (63). The danger of equating inclusion with quality inclusion is apparent in Correa's Ecuador where inclusion, following De la Torre (2013, 2014), did not even translate into the permanent mobilization of popular sectors, which was instead subordinated to technocratic rule. In fact, Correa's persona and personalistic political project arguably played against the development of an autonomous movement that could have emerged from the *forajidos* revolt in 2005, when the citizenry contributed to the fall of an increasingly authoritarian Gutiérrez. Similarly, Correa certainly represented the toughest competitor of pre-existing and already relevant social organizations, such as the indigenous movement. In Bolivia, popular participation certainly proved more autonomous, with social movements sometimes effectively influencing the action of the government, thus contributing to higher quality inclusion. However, this resulted from the almost unique and mutually convenient relationship between Morales and social movements, not from the typical features of populist governments. On the latter, similar to other populist cases, the relationship between social movements and Morales included, as observed by Anria (2010: 122), also "top-down attempts of cooptation by a charismatic leader".

The valuable analyses of Ellner (2011) and Stavrakakis et al. (2016) are useful to understand why the problem may be underestimated. For example, although his focus is on the Venezuelan experience rather than populism, besides recognizing Chavismo's empowering impact, what emerges from Ellner's (2011) account is that, however negative in the aforementioned aspects, the reverence for Chávez did not completely prevent the existence of dissent and diverging opinions within Chavismo. Yet, it can be argued that the largely undisputed role of the leader and its effects on the party and the movement may facilitate the repression of that remaining area of dissent, particularly when this is no longer considered acceptable, as arguably demonstrated under Maduro.

Similarly, in an analysis recognizing populism's democratic potential, supporters of populism's democratic ambivalence, such as Stavrakakis et al. (2016), do acknowledge the inherent nature of the leadership problem and that the overall positive impact of populism is contingent on its resolution, but they seem to end up underestimating its complexity. In particular, they view the problem as resolvable through leaders, defined as "vanishing mediators", willing to cede power and avoid the perpetuation of their leadership (Stavrakakis et al., 2016). Unfortunately, this solution does not appear as viable, at least in Latin America. In this region, by promoting the removal or revision of term limits with different fortunes, both populist and non-populist leaders have shown their attachment to power, including Cartes in Paraguay, Chávez in Venezuela, Correa in Ecuador, Fujimori in Peru, Hernández in Honduras, Morales in Bolivia, and Uribe in Colombia. Moreover, Stavrakakis et al. (2016) may be certainly right in arguing that, in the case of Chávez, a number of contextual factors, particularly polarization, contributed to a non-"vanishing" leader. As these authors note, referring

to the risk of followers passively subject to a charismatic leader and to the resulting failure to bring about popular empowerment: “Avoiding such an outcome would require a delicate balancing act that neither Chávez was willing to undertake nor the movements were prepared to demand or to impose in an extremely polarized political setting” (Stavrakakis et al., 2016: 71). Unfortunately, populism inherently contributes to polarization. Therefore, the unfeasibility of a “vanishing” leader in Venezuela was not simply related to Venezuela’s specific conditions but, also, to populism’s intrinsic features.

Following authors such as Levitsky and Loxton (2012), concerns regarding the ability of the newly included to influence public decision-making emerge also with respect to the widely recognized troubled relationship between populism and liberal institutions. As reminded above, according to these authors (2012) and their analysis of Fujimori’s Peru, by undermining liberal rights, populism can hinder the rise of new majorities and lead to the emergence of competitive authoritarianism, a thesis reasserted in their 2013 study of the Andean region. Unlike similar arguments stressing a direct relationship between populism and competitive authoritarianism, in Bolivia, Ecuador, and Venezuela, a number of additional factors seem to have contributed to the significant weakening of liberal democracy and the extent of populism’s negative impact on liberal institutions is therefore unclear⁶. More generally, populism appears insufficient to explain the decline of horizontal accountability (Ruth, 2018), or the emergence of competitive authoritarianism, even under favorable institutional conditions (see Balderacchi, 2018). However, as explained below, in these countries, declining liberal guarantees have certainly affected the ability of the people to effectively express their preferences. Therefore, though not decisive, populism’s (not easily measurable) contribution to the erosion of liberal institutions appears to have reinforced the problem of low-quality inclusion deriving from its other problematic features. Interestingly, in some recent cases, the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan governments have adopted manipulations similar to those described by Levitsky and Loxton (2012) in Fujimori’s Peru, such as the creation of obstacles to opposition-sponsored referenda. In particular, by transforming elected bodies into empty shells, or by hindering popular referenda, in these three countries, dubiously independent courts or institutions devoid of direct popular legitimacy were key to constrain popular preferences, despite populism’s emphasis on popular will and its wariness towards liberal institutions⁷. For example, in Venezuela, following legislative elections providing the opposition with a resounding majority in 2015, the Supreme Tribunal of Justice (TSJ) made the National Assembly increasingly irrelevant. The functions of the National Assembly were eventually assumed by the new government-sponsored National Constituent Assembly, an institution, boycotted by the opposition, whose members were elected, according to Partlett (2017), through electoral rules designed to favor

⁶ See also Mudde and Rovira Kaltwasser (2012b: 210), regarding Venezuela.

⁷ Referring to the Bolivian and Venezuelan cases, according to Weyland (2018: 331), the mutable commitment towards national-level direct popular consultations would not be surprising, but, rather, a consequence of populism’s intrinsic opportunism. However, a similar approach does not seem rare.

the government. In Ecuador, under Correa, the National Electoral Council (CNE) arguably hindered the attempts to promote referenda on policies or proposals supported by the government, such as the removal of term limits for elected officials (see El Universo, 2015) and the government's extractive policies in the Yasuni National Park (see Wilkinson, 2015). In Bolivia, in February 2016, a referendum promoted by the government to modify the constitution and enable President Morales to run for reelection was defeated. However, in November 2017, a controversial sentence of the Constitutional Tribunal removed constitutional term limits for all elected officials.

In short, sometimes not fully considered, in other cases viewed as a tractable problem, inclusion characterized by restrained popular participation in public decision-making has represented a recurrent trait of populist experiences in power. Although inclusion may still be considered as valuable, when affected by these problems, it does not appear compatible with the idea of realizing popular will, and, therefore, democracy.

6. POPULISM AS A SOLUTION FOR UNACCOUNTABLE ELITES?

Related to some of the previously examined problems, populism also presents features capable of creating a context favorable to unchecked actors in pursuit of personal interests. This, of course, directly contradicts populism's goal to transfer power from de facto unaccountable elites to the people.

As observed by Hawkins (2010: 170), charismatic leaderships make populist movements more dependent on the leader. At the same time, as reminded above, according to both Hawkins (2010: 42) and Pappas (2016), the presence of a charismatic leader increases populism's chances of success, thus raising the likelihood that a charismatic leader will accompany populism in power. The crucial contributions and the resulting essential role of leaders in governing populist projects may transform them into largely unquestionable, and, therefore, unaccountable elements. These features are reinforced by what, as noted in the previous section, Stavrakakis et al. (2016: 71) described, in the Venezuelan case, as the tendency of both the populist leader and his followers to accept a relationship skewed towards the dominance of the former in the presence of polarization. Besides creating an essential and largely unquestionable leader, populism is also largely believed to weaken liberal institutions, thus possibly creating an explosive combination where both vertical and horizontal accountability are weakened (on the concepts of vertical and horizontal accountability, see O'Donnell, 1998). Even leaving aside the dangers posed to the minority, in such a scenario, the leader or other groups or individuals close to the former may take advantage of such a context to pursue personalistic interests, thus undermining the realization of popular will, and, therefore, the very own goals of populist projects.

For example, in Venezuela, in a similar scenario marked by the existence of different factions within Chavismo, groups of power have, apparently, insulated themselves from any effective system

of control, to allegedly take part in a number of highly questionable practices. Among them, the so-called *boliburgueses*, who, according to Naím (2013: paragraph 9), “have amassed enormous wealth through corrupt deals with the government”. Moreover, an investigation of the Associated Press (Dreier and Goodman, 2016) has highlighted how groups within the military profited from the food crisis in Venezuela through kickbacks, overpayments, and the provision of licenses to non-functioning companies. In the attempt to reject the relationship between socialism and corruption, Ellner (2016) notes that what favored corruption under Chavismo was not socialism but, rather, among other factors, insufficient efforts to develop the rank and file, and, therefore, control from below. Ellner (2016) seems to be right on the lack of an inherent link between socialism and corruption. However, if he is correct on the importance of the rank and file to check corruption, then a more significant link may exist between populism and corruption, given populism’s aforementioned negative impact on a balanced relationship between leaders and followers.

Moreover, though rejected by the government, and coming from one of its traditional rivals, significant charges have concerned top Venezuelan officials. Recently, U.S. institutions have accused current and former prominent Venezuelan state officials, including former vice-president El Aissami, of crimes related to drug trafficking (see Hernández and Brodzinsky, 2017). It is worth noting that some of these accusations were formulated or refer to years preceding Maduro’s rise to power (Hernández and Brodzinsky, 2017). Later, in May 2018, on the eve of the presidential election confirming Maduro in power, the U.S. government eventually sanctioned the former President of the Constituent Assembly Cabello, accusing him, as well as Maduro, of activities related to drug trafficking (Wroughton, 2018). Interestingly – in what might be viewed as a further example of the negative consequences of a largely unquestionable populist leadership should the accusations against Cabello be confirmed – Ellner (2011: 436) notes that, on different occasions, Chávez ignored the preferences of the Chavista base in his decisions to support and impose Cabello from above.

To be sure, the existence of power groups insulated from both vertical and horizontal controls is a recurrent trait of many countries. However, what emerges from the previous discussion is that, because of its inherent features, populism may reproduce and, in some cases, even deepen the problem. This questions the idea of populism as a medicine for democracies under the control of unaccountable elites. Moreover, other cases such as Berlusconi in Italy suggests that, even in more consolidated democracies, populism risks being accompanied by actors that, far from realizing popular preferences, may pursue highly personalistic interests taking advantage of mild or non-existent control from their own followers. During his administrations, Berlusconi promoted a number of what have been commonly defined as *ad personam* laws, that is, laws that, according to Berlusconi’s critics, pursued his personal interests to the detriment of the common good. These laws have reportedly ranged from attempts to help Berlusconi in his trials, to measures favoring his economic interests (La Repubblica, 2009). Though limited – but only in part – by relatively solid liberal institutions, in an increasingly polarized context, Berlusconi’s alleged attempts to

subordinate public interests to his personal goals have been hardly questioned by his voters and the members of his party. As noted by Mariotti (2011: 52) in her description of interviews with members of Berlusconi's Forza Italia sitting in Parliament: "every interviewee showed a desire to please the leader and to avoid disappointing him, just as a child might do with a parent".

In short, rather than promoting a political system more responsive to popular preferences, the features of populism may actually favor the pursuit of personalistic interests to the detriment of the common good, thus questioning, once again, populism's inclusionary democratic benefits.

7. CONCLUSIONS

As highlighted throughout the paper, the problematic relation between populist inclusion and popular sovereignty questions populism's recently recognized democratic benefits, and, therefore, the now largely accepted idea of populism's democratic ambivalence. In particular, it suggests that populism's problematic aspects do not primarily concern its relationship with liberal institutions, and that populism is prone to failure with respect to its own democratic goals, not just those of liberalism. Interestingly and paradoxically, then, if we consider that liberal institutions have also ensured a certain type of inclusion through the formal extension of individual rights, populism may share an important limitation of liberal institutions in many democracies, namely the difficulty in translating inclusion into the realization of popular will. As noted above, the goal of this paper was not to provide a general assessment of the governments under consideration. Accordingly, the examples described in the previous sections were not meant to provide a detailed account of the Bolivian, Ecuadorian, and Venezuelan cases, but, rather, to help problematize what is now an established understanding of populism's impact on democracy.

REFERENCES

- Achtenberg, Emily. 2015. "What's Behind the Bolivian Government's Attack on NGOs?" <https://nacla.org/blog/2015/09/03/what%27s-behind-bolivian-government%27s-attack-ngos> (accessed February 11, 2020).
- Agencia EFE. 2017. "Líderes Opositores de Bolivia se Unen para Denunciar la Persecución de Morales" <https://www.efe.com/efe/america/politica/lideres-opositores-de-bolivia-se-unen-para-denunciar-la-persecucion-morales/20000035-3236589> (accessed February 10, 2017).
- Anria, Santiago. 2010. "Bolivia's MAS: Between Party and Movement" In: Cameron M and Hershberg E (eds.), *Latin America's Left Turns: Politics, Policies & Trajectories of Change*. Boulder: Lynne Rienner, pp.101-125.
- Arato, Andrew, and Cohen Jean L. 2017. "Civil Society, Populism and Religion" *Constellations* 24: 283-295.
- Balderacchi, Claudio. 2016. "Problems and Contradictions of Participatory Democracy: Lessons from Latin America" *Contemporary Politics* 22(2):164-177.

- Balderacchi, Claudio. 2018. "Political Leadership and the Construction of Competitive Authoritarian Regimes in Latin America: Implications and Prospects for Democracy" *Democratization* 25(3):504-523.
- Becker, Marc. 2013. "The Stormy Relations between Rafael Correa and Social Movements in Ecuador" *Latin American Perspectives* 40(3):43-62.
- Canovan, Margaret. 1999. "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy" *Political Studies* XLVII:2-16.
- Chinae, Eyanir and Kai Daniel. 2016. "Presidente de Venezuela fija plazo de 48 horas para despedir a funcionarios que pidieron revocatorio" <https://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTAKCN10Y037> (accessed 4 August 2018).
- Clarín. 2018. "Venezuela: inhabilitan a otro importante partido opositor para las elecciones" https://www.clarin.com/mundo/venezuela-inhabilitan-importante-partido-opositor-elecciones_0_HkPOijmIG.html (accessed 4 August 2018).
- Conaghan, Catherine M. 2008. "Ecuador: Correa's Plebiscitary Presidency" *Journal of Democracy* 19(2):46-60.
- Corrales Javier and Hidalgo, Manuel. 2013. "El régimen híbrido de Hugo Chávez en transición" (2009-2013). *Desafíos* 25(1):45-84.
- De la Torre, Carlos. 2010. *Populist Seduction in Latin America*. Second edition. Athens: Ohio University Press.
- De la Torre, Carlos. 2013. "Technocratic Populism in Ecuador" *Journal of Democracy* 24(3):33-46.
- De la Torre, Carlos. 2014. "The People, Democracy, and Authoritarianism in Rafael Correa's Ecuador" *Constellations* 21(4):457-466.
- Dreier Hannah, and Goodman Joshua. 2016. "Venezuela Military Trafficking Food as Country Goes Hungry" December 28. <https://www.ap.org/explore/venezuela-undone/venezuela-military-trafficking-food-as-country-goes-hungry.html> (accessed 8 April 2018).
- Eckstein, Harry. 1992. "Case Study and Theory in Political Science" In *Regarding Politics: Essays on Political Theory, Stability, and Change*. Berkeley: University of California Press, pp.117-173. <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft0k40037v/>
- El Comercio. 2017. "Lenín Moreno derogó los decretos 16 y 739 y establece seis causales de disolución de ONG" <https://www.elcomercio.com/actualidad/leninmoreno-deroga-decreto16-organizacionessociales-rafaelcorrea.html> (accessed 5 August 2018).
- El Universo. 2015. "CNE niega pedido de consulta de Compromiso Ecuador y la enviará a la Corte Constitucional" <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/13/nota/4553026/niegan-pedido-consulta-sobre-reeleccion-indefinida-guillermo-lasso> (accessed 2 May 2018).
- Ellner, Steve .2011. "Venezuela's Social-based Democratic Model: Innovations and Limitations" *Journal of Latin American Studies* 43(3):421-449.
- Ellner, Steve. 2016. "Beyond the Boliburguesía Thesis" <https://nacla.org/news/2016/06/09/beyond-boliburgues%C3%ADa-thesis> (accessed 8 April 2018).

- Enyedi, Zsolt. 2017. "Populism is indeed a Threat to Democracy – And the Positive Case for It is Rather Feeble" <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2017/07/24/is-populism-really-a-threat-to-democracy/#-Five> (accessed 2 August 2018).
- Flores, Claudia and Ortega, Gabriela. 2016. "Entrevista a Cas Mudde" *La Revista de ACOP* n.7, Etapa 2, July, 18-23. https://compolitica.com/wp-content/uploads/publicaciones/N%C3%BAm.7_Eta.2_La_revisita_de_ACOP_Julio2016.pdf (accessed 19 September 2018).
- García-Guadilla, María Pilar .2018. "The Incorporation of Popular Sectors and Social Movements in Venezuelan Twenty-First-Century Socialism" https://www.academia.edu/36864722/The_Incorporation_of_Popular_Sectors_and_Social_Movements_in_Venezuela_Twenty-First_Century_Socialism (accessed 7 January 2020). In: Silva E and Rossi F (eds.) *Reshaping the Political Arena in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 60-77.
- Hawkins Kirk A. 2010. *Venezuela's Chavismo and Populism in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hernández, Alicia and Brodzinsky Sibylla. 2017. "Venezuelan VP Claims Show There's No Separation of Drugs and State" February 17, <https://www.theguardian.com/world/2017/feb/17/venezuelan-vice-president-just-latest-to-be-called-drug-trafficker> (accessed 12 April 2018).
- Houle, Christian and Kenny, Paul D. 2018. "The Political and Economic Consequences of Populist Rule in Latin America" *Government and Opposition* 53(2):256-287.
- Hsieh Chang-Tai, Miguel Edward, Ortega Daniel and Rodriguez Francisco. 2011. "The Price of Political Opposition: Evidence from Venezuela's *Maisanta*" *American Economic Journal: Applied Economics* 3(2):196-214.
- Kornblith, Miriam. 2013. "Chavismo After Chávez?" *Journal of Democracy* 24(3):47-61.
- La Repubblica (2009), "Ecco le leggi che hanno aiutato Berlusconi" <http://www.repubblica.it/2009/11/sezioni/politica/giustizia-18/scheda-leggi/scheda-leggi.html> (accessed 10 August 2018).
- Lafuente, Javier. 2015. "La Justicia Venezolana condena a Leopoldo López a 13 años de prisión" https://elpais.com/internacional/2015/09/10/actualidad/1441891200_087531.html (accessed 4 August 2018).
- Levitsky, Steven and Loxton James. 2012. "Populism and Competitive Authoritarianism: the Case of Fujimori's Peru" In: Mudde C and Rovira Kaltwasser C (eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*. Cambridge: Cambridge University Press, 160-181.
- Levitsky, Steven and Loxton James. 2013. "Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes" *Democratization* 20(1):107-136.
- Madrid, Raul. 2008. "The Rise of Ethnopolitics in Latin America" *World Politics* 60(3):475-508.
- Mariotti, Claudia. 2011. "Berlusconism: Some Empirical Research" *Bulletin of Italian Politics* 3(1):35-57.

- Mudde, Cas. 2015. "The Problem with Populism" <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/17/problem-populism-syriza-podemos-dark-side-europe>(accessed 4 May 2018)
- Mudde, Cas.2004. "The Populist Zeitgeist" *Government and Opposition* 39(4):541-563.
- Mudde, Cas and Rovira Kaltwasser, Cristóbal. 2013. "Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America" *Government and Opposition* 48(2):147-174.
- Mudde, Cas and Rovira Kaltwasser, Cristóbal. 2012a. "Populism and (Liberal) Democracy: A Framework for Analysis" In: Mudde C and Rovira Kaltwasser C (eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*. Cambridge:Cambridge University Press,1-26.
- Mudde, Cas and Rovira Kaltwasser, Cristóbal. 2012b. "Populism: Corrective and Threat to Democracy" In: Mudde C and Rovira Kaltwasser C (eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*. Cambridge:Cambridge University Press,205-222.
- Müller, Jan-Werner.2016. *What is Populism?*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Naím, Moisés.2013. "Hugo Chávez R.I.P.: He Empowered the Poor and Guttled Venezuela" <https://carnegieendowment.org/2013/03/05/hugo-ch-vez-r.i.p.-he-empowered-poor-and-guttled-venezuela-pub-51124> (accessed 11 April 2018).
- O'Donnell, Guillermo.1998. "Horizontal accountability in New Democracies" *Journal of Democracy* 9(3):112-126.
- Pappas, Takis S.2016. "Are Populist Leaders 'Charismatic'? The Evidence from Europe" *Constellations* 23(3):378-390.
- Partlett, William. 2017. "What's Wrong with Venezuela's Constituent Assembly?" <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/what-s-wrong-with-venezuela-s-constituent-assembly>(accessed 14 April 2018).
- Rovira Kaltwasser, Cristóbal. 2012. "The Ambivalence of Populism: Threat and Corrective for Democracy" *Democratization*19(2):184-208.
- Ruth, Saskia P.2018. "Populism and the Erosion of Horizontal Accountability in Latin America" *Political Studies* 66(2): 356-375.
- Sánchez-Sibony, Omar.2021. "Competitive Authoritarianism in Morales's Bolivia: Skewing Arenas of Competition" *Latin American Politics and Society* 63(1):118-144.
- Stavrakakis, Yannis, Kioupiolis Alexandros, Katsambekis Giorgos ,Nikisianis Nikos and Siomos Thomas.2016. "Contemporary Left-wing Populism in Latin America: Leadership, Horizontalism, and Postdemocracy in Chávez's Venezuela" *Latin American Politics and Society* 58(3):51-76.
- Telesur. 2017. "Henrique Capriles es inhabilitado por ilícitos administrativos" <https://www.telesurtv.net/news/Henrique-Capriles-es-inhabilitado-por-ilicitos-administrativos-20170407-0044.html> (accessed 4 August 2018).

- Webber, Jeffery R.2017. "Evo Morales, *transformismo*, and the Consolidation of Agrarian Capitalism in Bolivia" *Journal of Agrarian Change* 17:330-347.
- Weyland, Kurt.2001. "Clarifying A Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics" *Comparative Politics* 34(1):1-22.
- Weyland, Kurt.2018. "Populism and Authoritarianism" In: De la Torre C (ed) *Routledge Handbook of Global Populism*. Routledge,319-333.
- Wilkinson, Daniel.2015. "Ecuador's Authoritarian Drift" *Foreign Affairs Snapshot* August 27, 2015.<https://www.foreignaffairs.com/articles/ecuador/2015-08-27/ecuadors-authoritarian-drift> (accessed 2 May 2018).
- Wolff, Jonas.2018. "Political Incorporation in Measures of Democracy: A Missing Dimension (and the Case of Bolivia)" *Democratization* 25(4):692-708.
- Wroughton, Lesley.2018. "U.S. Accuses Maduro, Venezuelan Party Official of Drug Trade Profiteering" May 18. <https://www.reuters.com/article/us-usa-venezuela-sanctions/u-s-accuses-maduro-venezuelan-party-official-of-drug-trade-profiteering-idUSKCN1IJ2JZ> (accessed 15 June 2018).