

TEORÍA SOCIOLOGICA SOBRE LA PROFESIÓN JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA *

Germán Silva García**

Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 15 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2009

Resumen

La profesión jurídica ha sido materia especial de inspección teórica tanto por la sociología de las profesiones, como por la sociología jurídica y, para ese efecto, las dos especialidades han bebido de las fuentes de la sociología general. Aun cuando hoy, en parte, varios sectores de la sociología de las profesiones optaron, después de años de discusión, por abandonar la tarea de conceptualización teórica sobre qué es una profesión, al considerarla, finalmente, un asunto estéril¹; a pesar de encontrarse, así mismo, opiniones en el campo de la sociología jurídica, como la expresada por Niklas Luhmann, que consideraba la cuestión de la profesión de abogado como un asunto ajeno a la sociología del derecho²; en este escrito se afirmará que esos esfuerzos enunciados no han sido en vano. La teoría acerca de la profesión jurídica, los avances alcanzados en el proceso de construcción

teórica sobre lo que es una profesión, resultan de significativa relevancia para el análisis de las prácticas jurídicas o, mejor, de la operación del control social jurídico³.

Palabras clave

Profesión jurídica, administración de justicia, abogado, sociología jurídica.

SOCIOLOGICAL THEORYS ON THE LEGAL PROFESSION AND ADMINISTRATION OF JUSTICE

Abstract

The legal profession has been the subject of special inspection by both theoretical sociology of professions, such as sociology and law to this effect; the two specialties have drunk of the sources of the general sociology. Although today, in part, several areas of sociology of the professions they chose, after years of discussion, to abandon the task of theoretical conceptualization of what is a profession, considering that, finally, a sterile affair, despite being, likewise, views the field of legal sociology, as expressed by Nikolas Luhmann, who considered the question of the legal profession as a matter unrelated to the sociology of law in this letter states that these efforts have not been set forth in vain. The theory about the legal profession, the progress achieved in the process of theoretical construction of what is a profession, is of significant relevance for the analysis of legal practices, or rather, the legal operation of social control.

Keywords

Legal profession, the judiciary, lawyer, legal sociology.

INTRODUCCIÓN

Acerca de la primera crítica, aun cuando no pocas de las nociones que se presentaban acerca de las profesiones en general, o de la jurídica

* Artículo resultado de la investigación "El derecho, la guerra y la paz en Colombia", adelantada por la línea de Derecho penal perteneciente al Grupo Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona, Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, profesor e investigador universitario, Director del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE.

¹ "Mirando atrás, este periodo de cambio, que duró unos 20 años –en las décadas de los 50 y los 60-, fue bastante inútil; los investigadores, con mucho esfuerzo pero poco éxito, trataron de definir lo que era una profesión", Julia Evetts. "Sociología de los grupos profesionales: historia, conceptos y teorías", en Mariano Sánchez Martínez, Juan Sáez Carreras y Lennart Svensson (Coord.), *Sociología de las profesiones. Pasado, presente y futuro*, Murcia, DM, 2003, p. 30.

² Niklas Luhmann. *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 2 y 3.

³ SILVA GARCÍA, Germán. La profesión jurídica, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, T.I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 12.

en particular, derivaban en modelos ideales de escasa trascendencia y utilidad teórica (por ejemplo, los que hacían énfasis en el supuesto altruismo de los profesionales), las distintas versiones sobre la profesión jurídica, varias de ellas en abierta contraposición, servían para ilustrar el debate sobre sus propiedades. Mientras que éstas, a su vez, cumplen el papel capital de orientar el análisis referido a la forma como lo jurídico es puesto en acción y sirve para estructurar la sociedad.

Sobre el segundo punto, desde luego, no se sostendrá que el examen de la profesión legal es patrimonio exclusivo de la sociología jurídica⁴. Cuando el enfoque de la interdisciplinariedad ha convertido a las ciencias, que poseen un núcleo propio dado por la especificidad de su objeto de conocimiento, en lo que podría denominarse espectros, porque los límites entre ellas se han vuelto difusos y borrosos, lo que hace de la reivindicación de estrictos campos de competencias profesionales un asunto bizantino en términos científicos; bastante mal se haría al pregonar que, dentro de una misma disciplina como es la sociología, deba haber objetos de conocimiento vedados a algunas de sus especialidades⁵. El punto de vista que se defiende, en contra de la opinión de Luhmann, radica en que los atributos y características de la profesión jurídica repercuten, directa e indirectamente, en la interpretación sobre la operación o aplicación del derecho en la vida social, luego su conocimiento e investigación son indispensables para hacer sociología jurídica. Dentro de esa visión, deben ser bienvenidas las aportaciones que emergen de otras especialidades de la sociología y, naturalmente, aquellas originadas en la sociología general. En realidad, a veces con distintas

finalidades, lo que es irrelevante, la profesión jurídica es un objeto común de conocimiento para distintas ramas de la sociología, pero los datos y análisis pueden ser de interés para todas ellas, sin importar de donde provengan.

Obviamente, aquí importa esclarecer qué se entiende por sociología jurídica y, por ende, cuál es su objeto de conocimiento. Para Luhmann la disciplina debía dedicarse al estudio de la estructura del derecho, y considerando que dentro de su esquema teórico los actores sociales desaparecen o se esfuman, para dar paso a los sistemas de acción o comunicación⁶, era apenas necesario excluir a la profesión legal del objeto de estudio de la disciplina, por cuanto ella es definida y entendida en buena parte, en razón a las cualidades de sus integrantes: los operadores jurídicos, lo que significaría reincorporar a los actores sociales a la investigación sociojurídica. En sentido contrario, la sociología jurídica sería: “la especialidad de la sociología que conoce acerca de las instituciones (estructuras) relativas al control jurídico en su relación con las prácticas sociales (interacciones) que acaecen en la sociedad”⁷. Y la profesión es una institución social, desde luego referida al control social jurídico, que se relaciona, de manera descendente y ascendente, con las prácticas de la interacción, ya sea en el escenario de la reacción social, a cargo de los operadores jurídicos, contra la divergencia que deriva en conflictos, o en el entramado de las percepciones y actuaciones de los miembros de la sociedad, valga decir, de los legos⁸.

⁴ Además de las sociologías jurídica y de las profesiones, también las sociologías del trabajo y de las organizaciones, aunque en menor medida, han contribuido al estudio de la profesión jurídica, ello sin contar los grandes aportes producidos por lo que, con méritos propios, se podría llamar sociología general.

⁵ Sin justificación científica, los planteamientos que promueven una separación rígida en estancos disciplinares juegan, en todo caso, un papel en las luchas por el poder.

⁶ Para una crítica de la concepción de Niklas Luhmann sobre la sociología del derecho, ver Vincenzo Ferrari. *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 1997, p. 56.

⁷ SILVA GARCÍA, Germán. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, en *Diálogos de Saberes*, No. 15, Bogotá, Universidad Libre, 2002, p. 11.

⁸ Descendente porque las instituciones influyen sobre las prácticas, al constituir un contexto sobre el cual ellas se desarrollan, también al disponer de cierta capacidad o potencialidad coercitiva que pesa en las relaciones de interacción. Ascendente en razón a que las instituciones han surgido de múltiples relaciones de interacción social, dentro de procesos históricos y sociales.

Antes de continuar, es necesaria una aclaración teórica adicional. De modo dispar respecto de la categoría de uso más frecuente, en este escrito se ha hablado de la profesión jurídica, como una institución singular, y no de las profesiones jurídicas, lo que supone que son varias. Acá la profesión legal es contemplada como una sola, y más bien se distingue entre las muy diversas ocupaciones a las que acceden los miembros de la profesión jurídica, las cuales, incluso, en muchas oportunidades, ni siquiera han tenido que ver en forma directa e inmediata con el derecho, a pesar de lo cual han sido consideradas ocupaciones propias de los abogados⁹. Entonces, en el sentido aquí atribuido, las ocupaciones serían campos de trabajo, por ejemplo, la magistratura, la consultoría, el litigio, el empleo en la empresa privada, la docencia universitaria, la labor como funcionario, etc.

Una profesión no es necesariamente un tipo particular de ocupación, ni corresponde en forma cerrada a un campo específico de trabajo. En pocas palabras, las profesiones no pueden hacerse equivalentes ni disponer de campos de trabajo a partir de los cuales sea posible, de manera exclusiva, definirlos. La incursión o el dominio sobre ciertas ocupaciones es materia de disputa o lucha entre distintos grupos que son o no profesionales. Así mismo, son intensas las diferenciaciones entre las especialidades ocupacionales dentro de una misma profesión, lo que tiene efecto en la fragmentación profesional, pero también la fragmentación se acentúa en razón a las variaciones que concurren dentro de una misma ocupación¹⁰. De allí que sea relevante la distinción

teórica entre profesión y ocupaciones. Por ello, tampoco debe emplearse el término profesión en plural como sinónimo de ocupaciones.

El malentendido se genera a partir de la experiencia de Inglaterra, donde las discrepancias extremas entre *barristers* y *solicitors*, dos tipos de profesionales del derecho muy diferentes, podían dar pie para hablar, con bastante sentido, de profesiones. Pero, en cambio, ello representaba una situación que no correspondía para nada a la realidad de otros contextos y, sin embargo, el uso plural se extendió en forma generalizada. Por tanto es más comprensivo referirse a una profesión jurídica, que puede suponer un despliegue laboral en diversas ocupaciones, en todo caso sobre la base de distinguir entre las nociones de profesión y ocupación. Esas ocupaciones pueden ser divididas en tres grandes campos de labor, las que tienen que ver con un ejercicio hipotético del derecho (por ejemplo, al proveer un consejo legal o la enseñanza universitaria del derecho), las que atañen a la manufactura del derecho (por ejemplo, el presentar una demanda o proferir una sentencia) y las que tienen que ver con un uso simbólico de lo jurídico (por ejemplo, el desempeño de cargos políticos en el Estado)¹¹.

Ahora, de una parte, resulta necesario establecer que las profesiones, en general, no existen como entidades objetivas, lo que aplica también a la jurídica. De acuerdo con lo señalado por Howard Becker, los profesionales son grupos de trabajo que se han movilizad con éxito a fin de procurar para sí el reconocimiento social de esa posición, el que ganan entre la población, la

⁹ Un sector de la literatura sociológica suele distinguir, además, entre profesiones y ocupaciones (campos de trabajo no profesionales). Aquí esa diferencia se plantea como entre profesiones y oficios, para reservar la expresión ocupación para nominar los campos de trabajo (que pueden ser de competencia o apropiación profesional o no).

¹⁰ Por ejemplo, un estudio clásico marcó las disconformidades existentes entre muy distintos tipos de abogados litigantes en Chicago, luego de lo cual diferentes trabajos han apuntado otros casos de segmentación dentro de la misma ocupación del litigio. Del estudio citado, véase Jerome E. Carlin. *Lawyers on their Own. A Study of Individual Practitioners*, New Brunswick, Rutgers University, 1962, pp. 17 a 19 y 161.

¹¹ Por décadas los abogados ocuparon posiciones que no correspondían al ejercicio de competencias jurídicas, como gerentes en la empresa privada, como periodistas o en altos empleos de la administración del Estado, y respecto de ellos el derecho sólo aparecía de manera simbólica, al suponerse que la preparación y conocimiento jurídico entregaban un tipo de formación humanista apropiada para el desempeño de tales posiciones. En la actualidad, ese ejercicio simbólico se ha limitado de manera considerable con la irrupción y consolidación de otras profesiones, aunque todavía se conserva, en especial, para puestos políticos en el Estado.

cual lo dispensa conforme a ciertos parámetros que ha juzgado identifican a los profesionales¹². Se trata, entonces, de una categoría subjetiva, forjada en la interacción social, a partir de un saber popular o del sentido común¹³. Desde luego, esto ha ocurrido dentro de procesos históricos y sociales singulares que, para el caso de la profesión jurídica, tienen raíces bastante remotas. Ahora, estos grupos actúan en pos de ese reconocimiento porque obtienen de este un poder y prestigio determinados, que es aprovechado para la realización de sus intereses.

La profesión jurídica, al menos en Colombia, conforme al entendimiento de los integrantes de la profesión, también del común de las gentes, participa de un conjunto de características que la definen. Ellas son: la educación jurídica, entendida como un largo y sistemático proceso de formación universitaria, que conduce a la obtención de un título académico; un saber especializado, que sólo poseen los miembros del cuerpo profesional, pues los legos carecen de él; una determinada cultura, que los distingue de otros; un monopolio sobre una serie de competencias, que únicamente pueden ser ejecutadas por los operadores jurídicos; una clase singular de prácticas sociales, por las cuales obtienen recompensas; un *status*, traducido en cierto poder y prestigio o imagen social¹⁴.

De otra parte, los atributos anteriores, que caracterizan a la profesión, los cuales se repite son subjetivos, exhiben múltiples problemas que, además de incidir sobre la forma de practicar el derecho, indican que la profesión posee elevados niveles de fragmentación.

Es decir, por una parte, cabe reconocerlo, existe una unidad relativa en la profesión, como quiera que las cualidades que fueron identificadas les suministran a los componentes de la profesión una base común de identificación. Por ejemplo, la educación jurídica provee un lenguaje técnico que permite un entendimiento en la interacción; el saber especializado fundamenta la necesidad de la asesoría y la representación por abogados, además de la propiedad sobre un número significativo de cargos públicos y privados; la cultura interna agrega un proceso de socialización secundario que contribuye a que los integrantes de la profesión puedan interiorizar las posiciones, jerarquías, valores y símbolos de la profesión¹⁵; el monopolio profesional hace que los operadores se movilicen para afianzar las reglas que lo aseguran, al igual que para dominar nuevos campos, en beneficio de la corporación profesional que se defiende de manera conjunta frente a las amenazas; las prácticas profesionales, junto a las recompensas que le son ajenas, llevan consigo manifestaciones específicas de interacción social que tienen por base un entendimiento colectivo; el *status* se transforma en una plataforma para buscar el ascenso social, lo que muchas veces no se verifica, pero logra despertar múltiples expectativas, y en todo caso forja una identidad general como grupo social.

Empero, al mismo tiempo, en los atributos de la profesión señalados, se encuentran los elementos que separan y diferencian a los integrantes de la profesión, al generar varias clases de segmentación entre ellos.

Por ejemplo, la educación jurídica contiene diferencias de calidad, también en cuanto a perfiles ocupacionales y tendencias ideológicas, fundamentalmente derivadas de las variaciones dadas por la universidad de egreso; hay campos que marcan diferencias sustanciales en materia

¹² HOWARD, Becker. "The Nature of a Profession", en *Sociological Work*, Chicago, Aldine, 1970, pp. 87 a 89 y 92.

¹³ La interacción social se refiere a actuaciones humanas que tienen un sentido significativo para los otros. Son, entonces, comportamiento que afectan a terceros, por lo que implican algún tipo de intercambio que no necesariamente es cara a cara.

¹⁴ SILVA GARCÍA. *La profesión*, cit., pp. 241 a 245. El status es una posición social, dentro de una escala de posiciones que es construida en forma comparativa. A cada posición de status corresponden, con grados determinados y variables, poder y prestigio y, naturalmente, ausencia relativa de poder y desprestigio.

¹⁵ La socialización es un proceso de aprendizaje de valores, roles y actitudes sociales, que puede ser primaria (por regla general en el seno de la familia) o secundaria. La última, para el caso de los abogados, compromete un aprendizaje de tales elementos, pero con el nivel de especialidad que corresponde a la profesión jurídica.

de saber, por ejemplo, la asesoría en negocios internacionales, las cuales se traducen en desigualdades en el acceso al poder; existen tradiciones culturales concurrentes, pero opuestas, como el iusnaturalismo y el positivismo, con diferentes grados de recepción en el seno de la profesión; reglas especiales, relativas al monopolio, establecen áreas de trabajo especializadas a las que no pueden acceder todos los integrantes de la profesión; hay diferencias radicales en las formas de practicar el derecho, también en la naturaleza y cuantía de las recompensas obtenidas, por ejemplo, según la rama del derecho ejercida o la clase de oficina que organiza la actividad del litigio; no todos los operadores poseen el mismo *status*, pues este puede ser distinguido por distintos factores, entre ellos, la ocupación, el origen social, el nivel de estudios de postgrado, la rama del derecho ejercida, etc.

La fragmentación profesional explicada, tiene vínculos intensos con el carácter conflictivo de la sociedad, en la que grupos distintos se alistan para la realización de sus intereses, lo que choca con otros grupos organizados. Así mismo, conlleva a un estado de ambivalencia, debido a que los integrantes de la profesión son miembros de un cuerpo profesional único con unas características compartidas y, a la vez, se encuentran disgregados en diferentes grupos con características diversas. Dicho estado de ambivalencia es posible en razón a que las cualidades en torno a las cuales gira la profesión (educación jurídica, saber especializado, cultura interna, monopolio de competencias, prácticas y recompensas, *status*) son subjetivas¹⁶.

Otro instrumento teórico valioso radica en el uso metodológico, valga decir como procedimiento para la investigación y el examen, del análisis funcional¹⁷. La teoría sobre las funciones sociales alcanzó su mejor desarrollo en la obra de Robert K. Merton, quien clarificó y organizó sus

conceptos fundamentales¹⁸. No obstante debe ser despojada de las creencias inducidas por la escuela sociológica del estructural/funcionalismo, que carecen de comprobación, cuando se piensa que la sociedad se encuentra conformada por subsistemas que de manera armónica cumplen funciones orientadas a preservar la estabilidad del sistema social, al igual que relaciones de cooperación entre los miembros de la sociedad. Punto que significa, así mismo, olvidar la noción de disfunción social, del todo subjetiva e incompetente para describir los fenómenos sociales¹⁹.

En esas condiciones, se entenderá por función social, la consecuencia o efecto que se abstrae de un evento social, con un margen o capacidad apreciable de generalización teórica. Al tiempo que, conforme a lo planteado por Merton, se tendrán en cuenta las funciones manifiestas (aquellas que coinciden con los fines perseguidos), las latentes (que muestran una disconformidad con los fines pretendidos). Esto de consuno con las funciones simbólicas, que sin una representación real, generan una sensación o imagen en cuanto a la producción de una consecuencia. Con los presupuestos acotados, se introduce una herramienta teórica adicional, que puede ser ejecutada para el análisis de la profesión jurídica.

Finalmente, es bastante útil y mucho más comprensivo del fenómeno examinar la profesión jurídica tratando de abarcar, de manera simultánea, sus dimensiones macro y microsociológica, dentro de un enfoque integral²⁰. Los aspectos

¹⁶ Sobre la ambivalencia, Silva García. *La profesión*, cit., pp. 246 a 253.

¹⁷ Aun cuando concurren algunas diferencias teóricas relevantes, se coincide con Vincenzo Ferrari. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989, pp. 33 y 34.

¹⁸ MERTON K., Robert. *Teoría y estructura sociales*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 92 a 158.

¹⁹ Un hecho constituye una disfunción social cuando no contribuye a preservar la estabilidad del sistema. La noción implica una valoración, sobre lo que es positivo o negativo, lo cual es subjetivo y relativo. Como categoría valorativa no tiene capacidad descriptiva, es más bien una calificación.

²⁰ La realidad social es una sola. Con todo, suele ser dividida para efectos analíticos en macrosocial, referida a las instituciones o estructuras sociales que organizan la sociedad, y microsociales, que atañen a las relaciones de interacción social o acciones sociales. Muchas de las teorías sociológicas tienen tendencias claras a hacer hincapié en una u otra dimensión. Una sociología integral buscaría incorporar a su objeto de conocimiento, de manera paralela, ambas dimensiones.

macrosociales tienen consecuencias de distinto orden sobre la profesión jurídica y sus atributos, por ejemplo en cuanto al aspecto relativo a las prácticas profesionales. Así, la naturaleza de la estructura organizativa de la administración de justicia es un aspecto macrosocial. Y si conforme a dicha estructura orgánica los jueces carecen de independencia interna o ella se encuentra amenazada, esto repercutirá sobre las prácticas de los operadores judiciales quienes, probablemente, sentirán al momento de tomar sus decisiones las presiones²¹. A la vez, los aspectos microsociales son relevantes. Por ejemplo, en las prácticas de la interacción social emergen micro-órdenes sociales informales, pero dotados de reglas que resultan de cumplimiento obligatorio. Esas reglas no escritas, que han emergido de la interacción social tendrán tanta o más importancia que las normas del derecho escrito que rigen los procesos judiciales²².

En el ámbito de las dos dimensiones apuntadas concurren, así mismo, niveles objetivos y subjetivos²³. El ejemplo citado de la estructura orgánica de la justicia pertenece al nivel macro-objetivo. Las ideologías de los operadores judiciales que, entre otros factores, penetran en sus decisiones por vía de las estimaciones y las elecciones que deben hacer, se vinculan al nivel macro-subjetivo²⁴. Las formas de organización de

las oficinas de los abogados litigantes sería un ejemplo del nivel micro-objetivo. Los órdenes sociales informales que fueron mencionados en el párrafo anterior están vinculados a la esfera micro-subjetiva. Se desprende de lo anterior que el análisis de la administración de justicia, al igual que otros temas de interés sociojurídico, también la profesión jurídica, deben ser estudiados considerando las dimensiones macro y microsociales, tanto a nivel objetivo como subjetivo²⁵. Dicho de otro modo, son claves que permiten al investigador plantearse interrogantes acerca de las facetas involucradas en la problemática examinada.

En este texto la profesión jurídica será considerada en su vínculo con el ejercicio del derecho que conlleva, sobre todo, a su manufactura, además en el campo particular de la administración de justicia, lo que significa referirse tanto a la participación de los litigantes, como de los fiscales y, en especial, por el mayor poder que concentran, de los jueces. Se ha optado por hacer una selección de algunos aspectos sensibles de la problemática de la administración de justicia que aparecen interrelacionados con la estructura y características de la profesión jurídica, para ilustrar su impacto, animados por los elementos teóricos antes expuestos.

El entrenamiento en un proceso de educación jurídica universitaria fue el primero de los atributos planteados como característicos de la profesión de abogado, de acuerdo con el entendimiento común. Al respecto puede acotarse que el modelo de política en educación (aspecto macrosocial, del nivel macro-subjetivo) que ha predominado en Colombia desde comienzos de los 90 en el siglo anterior, pero que también ha sido una constante en América Latina, procuró un aumento en la cobertura en educación superior (los resultados eran muy bajos), mediante medidas que favorecían, con pocos controles, la creación de nuevas instituciones de educación superior y programas académicos.

²¹ Para Colombia, un análisis sobre las dificultades en materia de independencia interna en Germán Silva García. "¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez", en *Opera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 231 y ss.

²² SILVA GARCÍA, Germán. *Las prácticas jurídicas, en El mundo real de los abogados y de la justicia*, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001, pp. 185 y ss.

²³ Los objetivos se relacionan con hechos, los subjetivos con percepciones o decisiones.

²⁴ La expresión ideología no se utiliza con un sentido peyorativo, tampoco se define como falsa conciencia de la realidad o como lo opuesto al pensamiento científico. Se entiende por ideologías el conjunto de ideas interpretativas acerca de los fenómenos sociales, que se pueden expresar como creencias, valores y concepciones. La concepciones científicas, que son una forma de ideología, se diferencian de las creencias por la utilización de un método, en razón a que sus tesis pueden ser verificadas y por cuanto disponen de una fundamentación o base teórica.

²⁵ Una exposición más completa en Silva García. *La profesión*, cit., pp. 254 a 258.

Aun cuando la finalidad perseguida podía implicar una cierta democratización en el acceso a la educación superior, dada la multiplicidad de programas de derecho de mala y aún pésima calidad que emergieron (en total hay 184 programas de derecho a 2005, algunos de alta calidad), el resultado arrojó un deterioro significativo en la formación de los operadores del derecho, muchos de los cuales luego engrosarán las filas de la judicatura (habida cuenta de la ausencia de concursos u oposiciones). De tal modo, la educación universitaria que debe cumplir un papel democrático, al gestar condiciones de igualdad, equidad de oportunidades y condiciones de ascenso social basadas en méritos, cumple la función social latente de elevar los niveles de desigualdad social, puesto que muchos de los abogados egresados de instituciones con carreras de derecho reputadas como deficientes en su calidad, a pesar de las expectativas que poseen, se encontrarán desacreditados como profesionales, mientras que son rechazados en no pocos contextos ocupacionales.

En la dimensión conflictiva de la sociedad, ha de tenerse en cuenta que, en Colombia, no sólo aparece el número cuantioso de programas de derecho que se indicó, también ellos responden a una amplia gama de orientaciones ideológicas (problema macrosocial, macro-subjetivo). Se identifican programas inspirados en ideas liberales, conservadoras, también del Opus Dei, otros influidos por el marxismo, la masonería o regentados por instituciones a cargo de grupos empresariales o de los militares. Existen programas en universidades públicas y privadas, laicas o dirigidas por la curia y comunidades de la religión católica. Este, en principio, constituye un estado de diversidad, que favorece el pluralismo, un valor apreciable en las sociedades contemporáneas. Empero, en el ámbito del ejercicio del derecho, una función social manifiesta radica en la acentuación de las disputas ideológicas, basadas en perfiles socioculturales variados que reflejan ese mundo variopinto de las facultades de derecho, lo cual se traducen en muy distintas formas de concebir, interpretar y aplicar el derecho.

Se supone que la posesión de un saber especializado es lo que distingue a los integrantes de la profesión jurídica de los legos, que allí radica una de las razones que legitiman su poder, a la par que hace necesario el monopolio. Por ejemplo, Max Weber, al explicar la forma ideal de poder racional, encontraba que este se fundaba en la legalidad, cabe decir, en ordenaciones jurídicas que establecían el marco, facultades y limitaciones, del poder burocrático. Que, a su vez, ese poder era ejercido por los funcionarios, esto es, aquellas personas que en razón a su entrenamiento especializado y méritos se encontraban en condiciones de aplicar las normas o ejercer ese poder estatal²⁶. No obstante, averiguaciones empíricas, han demostrado en Colombia, lo que también se reproduce de manera intensa en otros países, que los jueces delegan buena parte de la toma de determinaciones en el personal jurídico subordinado, no sólo en aquellos empleados subalternos con competencias oficiales para colaborar en la proyección de decisiones, sino en todos los empleados del despacho, lo que incluye a los menos calificados como son los citadores o notificadores (aspecto microsocio, micro-objetivo). Desde luego, también hay casos donde la delegación no se presenta, pero en el número abundante de eventos donde acaece, el saber especializado no interviene en la confección de las resoluciones judiciales, preparadas por no abogados o estudiantes de derecho, se transforma apenas en un componente que cumple la función social simbólica de justificar el poder de los operadores judiciales, mientras que la calidad del servicio judicial se deteriora.

Dentro del contexto de la conflictividad, propia de las sociedades en todo tiempo y lugar, puede además exponerse un caso ilustrativo de la manera como el saber aparece involucrado. Colombia es un país, como muchos otros, que padece un fenómeno intenso de hiperinflación normativa, es decir, de una producción constante y elevada de nuevas normas legales, lo

²⁶ WEBER, Max. *Economía y sociedad*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 173 a 175.

que además marcha acompasado al desarrollo del intervencionismo de Estado y de la colonización cada vez más creciente de la vida social por el derecho. Es claro que ya ni siquiera los abogados conocen cuál es la normatividad vigente en muchas áreas del derecho.

Empero, lo particular dentro de ese proceso, que ha significado en Colombia la producción de reformas penales profundas en forma permanente, con la expedición de nuevos códigos sustanciales y de procedimiento penal, reemplazados a su vez y al poco tiempo por otros nuevos, es que el mecanismo de la reforma legislativa se transforma también en una estrategia de poder a favor de grupos determinados dentro de la profesión (cuestión macrosocial, macro-objetiva). Una reforma legislativa extensa, no sólo significa la derogación del saber de los grupos de adversarios en la profesión, se traduce de manera inmediata en un conjunto de ventajas para quienes han participado en las transformaciones legislativas, que les permiten realizar sus intereses. Así, los autores de las reformas se colocan en una posición envidiable para interpretar el derecho, captar clientes, elaborar libros, dictar conferencias, ocupar posiciones universitarias, ganar prestigio, etc. Así mismo, las innovaciones legislativas terminan cumpliendo la función latente de evitar la movilidad ocupacional dentro de la profesión, restringiendo la competencia, pues después de varias reformas, es difícil que un abogado formado, por ejemplo hace apenas cinco años, pueda desplazarse para litigar u ocupar posiciones judiciales relacionadas con el ejercicio del derecho penal. También cumplirían la función social latente de propiciar cambios normativos, tal vez innecesarios o inconvenientes, que traumatizan la operación de la justicia mientras se asimilan, cuando sólo pretenden generar condiciones para realizar los intereses acotados.

En el campo de la cultura, pueden observarse fenómenos interesantes que afloran al aplicar el modelo de análisis teórico sobre la profesión jurídica. En general los abogados que laboran como funcionarios del Estado, por tanto, los

operadores de la administración de justicia, deben identificarse con el interés público y el valor de servicio social pregonados, de manera oficial, para los integrantes de la profesión en Colombia, al igual que en otros muchos países (componente macrosocial, macro-subjetivo). Para los abogados litigantes, en las naciones donde se ha asumido el interés público y el valor de servicio social para identificar a la profesión, en todo caso quedan márgenes de posibilidad en las prácticas sociales, como sucede en Colombia, de ajustar e interpretar las normas profesionales y roles sociales prescritos para los miembros de la profesión, manipulándolos en forma tal que se les hace coincidir con los intereses corporativos de los integrantes del cuerpo profesional y, en segundo término, con los intereses privados del cliente²⁷. Sin embargo, en principio, respecto de los servidores de la administración de justicia no ocurre otro tanto, pues a falta de una clientela particular propia y dado que las recompensas que reciben por su trabajo son sufragadas por el Estado, el interés público y el valor de servicio social serían las pautas que les quedan para orientar su trabajo en el escenario judicial.

El predominio del interés y del valor enunciados deberían ser beneficiosos para la sociedad. Con todo, ello sólo puede ocurrir si adquieren una entidad real, es decir, son algo más que enunciados formales establecidos en las normas que regulan la profesión de abogado. En el escenario general de la administración pública, en lo que atañe a las posiciones altas y medias de dirección, es claro que su asunción es formal. Los funcionarios desempeñan las ocupaciones durante lapsos, por regla general breves, que ni siquiera llegan a ser equivalentes al periodo de un gobierno, ya que la tendencia predominante en Colombia ha sido la de constantes reajustes en la nóminas directivas de las entidades del ejecutivo. Así mismo, se ha establecido que los operadores del derecho habitúan emplearse en la administración, ejecutiva o judicial, con

²⁷ Varios ejemplos, en Germán Silva García. *Las prácticas*, cit., pp. 24 a 64.

el propósito de adquirir experiencia, lograr un cierto prestigio, tejer una red de contactos internos y externos, para al poco tiempo abandonar los cargos con el fin de replegarse en el sector privado como consultores o litigantes, donde pueden aprovechar el capital social y cultural acumulado en el sector público, pero con réditos bastante más altos²⁸. Esa meta final, traducida en una expectativa de rol, puede influir para que se hagan prevalecer los intereses de los futuros empleadores, por encima de los intereses de la sociedad. Se trataría de una función social latente derivada de la asunción, apenas formal, del interés y del valor fijados oficialmente para los operadores del derecho.

Por lo que toca al monopolio profesional de determinadas competencias, se tiene que los legos que deben llevar un asunto a un tribunal contencioso están obligados a conseguir la representación de un abogado. Tal condición, que beneficia a los miembros de la profesión, debe también garantizar el derecho a una defensa técnica apropiada, lo que realizaría un derecho fundamental objeto de protección constitucional.

Sin embargo, existen algunas excepciones al monopolio, entre ellas las representadas en casos de baja cuantía, donde el ciudadano puede dirigirse en forma directa a la administración de justicia como demandante o demandado o, incluso, actuar apoderado por un estudiante de un consultorio jurídico universitario (factor macrosocial, macro-objetivo)²⁹. Desde el punto de vista de la complejidad técnica, de la necesidad de conocimientos jurídicos, del debido proceso y del derecho de defensa, estos procesos no se

diferencian de manera sustancial de otros análogos, aun cuando son de cuantías superiores. No obstante, todos esos factores que justifican el monopolio profesional ya no parecen necesarios, como tampoco lo es la intervención de los operadores jurídicos. En realidad, lo que ocurre es que los operadores del derecho no están interesados en mantener el monopolio para esa tipología de casos, como tampoco el asunto interesaría al Estado, pues si se exigiera la intervención de abogados, visto que por la escasa cuantía de los asuntos ellos no serían rentables, entonces estarían obligados a llevar esos procesos de manera gratuita, como defensores de oficio, o para el Estado significaría el deber de aumentar la cobertura de la defensa pública con mayores erogaciones presupuestales. La función social latente de la excepción comentada es, por tanto, la de preservar la regla general del monopolio, sin tener que asumir los costos de representación que no puede pagar el ciudadano. Esto, a su vez, traduce: a menor cuantía, es decir a mayor vulnerabilidad social, menos debido proceso y derecho de defensa.

La conflictividad social en torno a este atributo puede ser explicada con un ejemplo histórico. Hasta promediar los años 40 del siglo XX los abogados titulados no tuvieron el monopolio profesional. Ante los tribunales podían actuar abogados “empíricos” o “prácticos” del derecho, los cuales carecía de formación y título académico (componente macrosocial, macro-objetivo). En los años previos se realizó una campaña extensa para desacreditarlos y lograr su exclusión del foro, que tuvo como eje principal acusaciones sobre la falta de ética que, supuestamente, era común entre los “empíricos”. La intensidad de la campaña desplegada logró justificar su exclusión del ejercicio de la representación legal en la administración de justicia, pero para evitar todo asomo de resistencia, la ley determinó que aquellos “prácticos” que se encontraran inscritos en el registro de abogados podían continuar actuando ante los tribunales, sin aceptar nuevas inscripciones de personas que carecieran del título universitario. A la postre, el paso del tiempo significaría la extinción

²⁸ LYNCH, Denis. *Legal Roles in Colombia*, Upsala, Scandinavian Institute of African Studies e International Center for Law in Development, 1981, pp. 59, 67 y 82.

²⁹ En Colombia, los estudiantes de los dos últimos años de la carrera de derecho pueden ejercerlo en forma directa y personal, aunque con limitaciones de competencia y sin cobrar honorarios. Se trata de un sistema que persigue coadyuvar al acceso a la justicia de personas de escasos recursos económicos y, también, generar un campo de aprendizaje del derecho mediante su práctica, bajo la orientación de docentes.

de los “empíricos”. Así el discurso sobre la moral profesional, cumplió la función social simbólica de colaborar para garantizar el monopolio profesional. Lo paradójico de todo el asunto es que, hoy, la percepción social sobre la ausencia de ética entre los abogados titulados es generalizada, tanto entre los mismos operadores jurídicos, como en los estudiantes de derecho y los legos³⁰.

En lo que atañe a las prácticas profesionales, ellas ofrecen variaciones relacionadas con la rama del derecho ejercida, también frente al tipo de ocupación profesada, entre otros factores. En ese sentido pueden advertirse transformaciones significativas:

Por áreas del derecho se observan distintas evidencias que muestran al administrativo y al penal como las áreas contemporáneas más apetecidas por los abogados que están ingresando al mercado profesional, mientras que por ocupaciones los empleos en la Fiscalía y la judicatura, también en el gobierno, parecen ser los que convocan mayor favoritismo (elemento microsociedad, micro-subjetivo). En el caso colombiano, las preferencias de los estudiantes en cuanto a áreas del derecho, también en materia de cursos de postgrado, exhiben una alta concentración en los dos campos señalados³¹. A la par, esa vieja iconografía que acompaña el nacimiento de los juristas y el desarrollo de la profesión por décadas, que los identificaba con el derecho civil y que, a la par, era producto de programas de estudios jurídicos con una cantidad de asignaturas que sobredimensionaban al derecho privado, tiende a desvanecerse. De modo paralelo, la idea según la cual el dominio de los principios y rudimentos esenciales del derecho civil era la llave para manejar cualquier rama del derecho, si bien no puede ser refutada del todo ni desacreditada, encuentra una com-

petencia avasalladora en el derecho constitucional, que se erige a la sombra de un Estado social de derecho renovado como el nuevo vértice.

No se dispone de información precisa acerca de los porcentajes de abogados, administrativistas o penalistas, que se emplean en la administración o se empeñan en el litigio. Sin embargo, se conoce que el litigio en los tribunales, como actividad permanente, que dispensa el grueso de los ingresos, prestigio y genera, además, satisfacción profesional, se ha tornado en actividad de cada vez de más pocos³². En pocas palabras, esos indicios la definirían como ocupación de una élite profesional.

Así mismo, se sabe que la duración de un proceso judicial en Colombia para el ámbito administrativo, al menos cuando llega a conocimiento del Consejo de Estado, oscila alrededor de los 10 años, lo que incluso supera el periodo de nombramiento de los magistrados en ese organismo: cifrado en 8 años, lo cual debe repercutir para desanimar la participación en esa ocupación. Existe información acerca de la congestión en la administración de justicia civil y, así mismo, referida a las bajas tasas de recuperación de la cartera en cobros ejecutivos por obligaciones civiles (30%)³³. En contraste, el Estado continúa siendo el mayor empleador, especialmente, para los abogados. Y dentro de la organización estatal, son los entes de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República) y la administración de justicia (representada en la judicatura y en la Fiscalía General de la Nación), los cuatro órganos que emplean el mayor número de personas en el país, por demás en grandes proporciones abogados, habida cuenta de la naturaleza de sus funciones.

³⁰ Ministerio de Justicia y del Derecho. *El abogado en el tiempo de la gente*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995, pp. 28 a 33.

³¹ Encuesta a estudiantes de último año de la carrera de derecho realizada en 2003.

³² Fuente: entrevistas.

³³ Corporación Excelencia en la Justicia. “Informe central. Funcionamiento de la jurisdicción civil y penal en Colombia”, en *Justicia y Desarrollo*, No. 18, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2001, pp. 18, 19 y 24.

Así, en términos generales, ya desde hace varios años, en distintos contextos, esa imagen de la profesión jurídica, como encarnación por excelencia del imaginario acerca de las profesiones liberales, esto es, esa visión que la percibía como una actividad intelectual, que sobre todo gozaba de autonomía y, además, era bien remunerada, lo que se concretaba en la figura del abogado que ejercía en los tribunales, ha entrado en crisis. En efecto, los abogados que recién egresan de las facultades de derecho prefieren emplearse en cargos del Estado, gozar de seguridad y estabilidad laboral, a costa de sacrificar esa independencia de la que hacían gala en otros tiempos. En esas condiciones la antigua imagen profesional se transforma en una función simbólica. También puede concluirse que el litigio es, para muchos otros operadores del derecho, una labor esporádica u ocasional, que se ejerce sin una oficina como base y aparece mal recompensada, para encubrir una forma de subempleo, en el cual se agazapan los operadores en espera de un cargo o una oportunidad mejor. Esa sería otra función social simbólica. Las consecuencias para la administración de justicia de un litigio asumido como ocupación en esos términos, también para los intereses de las personas que son representadas, pueden ser nefastas.

En el mismo escenario de las prácticas profesionales, puede ser comentado el uso de tipificaciones o recetas, con el propósito de construir determinadas realidades sociales dentro de los procesos judiciales (problema microsocio, micro-subjetivo). Una receta es una fórmula típica, es decir, una clase de respuesta preestablecida para interpretar o definir un fenómeno o un problema, sin que interesen los hechos o circunstancias singulares del caso, además sin ningún análisis. Las recetas se aplican frente a situaciones que se consideran análogas, pero como los casos no son idénticos, termina la realidad del caso adaptándose a la receta, luego ella define la realidad social y jurídica³⁴. Aun

³⁴ La noción de recetas y su uso en los procesos de construcción social de la realidad fueron un aporte de Alfred Schütz. *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 205 a 235.

cuando la clase de recetas empleadas habitualmente en los procesos son innumerables, pues existen fórmulas con las cuales se zanján múltiples asuntos que deben ser resueltos por el funcionario judicial, por ejemplo, se usan recetas para decidir cuándo requiere el procesado de tratamiento penitenciario, para descartar los argumentos de la defensa en los procesos por inasistencia alimentaria o a efectos de valorar los testimonios de agentes de la policía, la clase de receta que será expuesta es la que se condensa en lo que se ha llamado: decisiones estándar.

Una resolución estándar es un modelo de decisión, utilizado en las sentencias y otras providencias judiciales, que abarca la totalidad de la determinación. Los funcionarios subalternos de los despachos judiciales son entrenados para el uso de recetas, para lo cual muchas veces se toma alguna decisión previa como formato, de tal forma que el juez sólo debe indicarle cuál es el fallo final, y luego el subordinado utiliza el modelo de decisión estándar. Conocido el resultado final del proceso, la providencia recurre a usos lingüísticos, cita de jurisprudencias con postulados que pueden ser válidos pero no tienen que ver con el caso, referencias a figuras jurídicas en abstracto que hipotéticamente son aplicables a cualquier proceso, esto aunque la figura en cuestión no tenga una relación directa o de pertinencia con el problema legal debatido³⁵. La estratagema inviste a la decisión judicial de una apariencia de resolución en derecho, además bien fundamentada (función social simbólica). Una función social latente del uso de recetas consiste en ahorrar esfuerzos, en verdad, el funcionario no debe examinar a fondo el caso, solamente tiene que aplicar la fórmula típica, lo que redundará en un mayor "eficientismo" judicial.

El elemento del *status* permite evidenciar otras implicaciones. Dentro de un proceso penal mixto moderno o de tendencia acusatoria, es importante preservar el carácter contradictorio del juicio, a fin de garantizar la igualdad entre las

³⁵ SILVA GARCÍA, Germán. *Las prácticas*, cit., pp. 152 a 157.

partes, garantizar de manera efectiva el derecho de defensa y preservar la neutralidad o los roles sociales que como árbitro le corresponde desempeñar al juez. Con todo, la investigación empírica, con el recurso de distintos instrumentos, ha demostrado que los jueces, si bien participan de un sentimiento de superioridad respecto de los fiscales, valoran mucho más el *status* del fiscal en comparación con el que le atribuyen al abogado defensor (aspecto microsocioal, micro-subjetivo)³⁶. Incluso perciben una identidad social, en gran parte, compartida con la que corresponde a los fiscales. Ahora, si se considera que las posiciones de *status* sugieren poder y prestigio, a la vez que generan unas determinadas expectativas de rol, habrá de considerarse que para los jueces la opinión de los fiscales tiene mayor autoridad que la de los defensores, con lo cual en la práctica se resquebraja el principio o característica de la contradicción, con todas las consecuencias que ello puede acarrear cuando se ponderan las demandas de responsabilidad formuladas por los agentes de la Fiscalía. En los términos explicados la situación relativa al *status* planteada cumple la función social de derruir el principio de contradicción, con efectos negativos sobre el debido proceso y el derecho de defensa.

Otra imbricación de las posiciones de *status* puede ser observada al tomar en cuenta la teoría de los grupos de referencia³⁷. Una cantidad cuantiosa de indicadores señala que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia constituyen un grupo de referencia para los jueces y em-

pleados subalternos de los despachos judiciales. La magistratura en la Corte al representar un referente, conlleva a que los miembros de las demás instancias de la judicatura anhelan ocupar esa posición, lo que debe repercutir, como funciones sociales latentes, sobre sus actitudes en el trabajo judicial, en la aceptación de la jurisprudencia de la Corte, lo mismo que en las tentativas de avanzar en los escalafones de la rama (cuestión microsocioal, micro-subjetiva).

Sin embargo, los datos sociológicos proporcionan información en una dirección opuesta: es muy escaso, por no decir excepcional, el número de jueces que, al cursar la carrera judicial, logran ascender hasta alcanzar la magistratura en la Corte. En la historia de Colombia, la mayoría de los magistrados arriban a esa dignidad desde ocupaciones no judiciales. Empero, otro componente de la teoría de los grupos de referencia, ofrece elementos adicionales para interpretar la situación. Entre más difícil sea asumir u obtener un ascenso, mayores son las posibilidades para el grupo de tolerar la frustración que acarrea el no lograrla, por ende, es superior la aceptación de los resultados que se presentan. Dentro de ese cuadro, el sistema predominante en la carrera judicial colombiana, que no es meritocrático, sino burocrático, además sobre bases y criterios puramente clientelistas, en vez de ser objeto de una crítica profunda y generalizada, cumple la función social latente, de modo bastante paradójico, de tranquilizar y “normalizar” a los afectados resolviendo su frustración.

Llevado al escenario de la conflictividad, el componente del *status* es útil para analizar otras dimensiones de la problemática judicial. En Colombia, a partir de la aprobación de la Constitución Política de 1991, se ha trabado una disputa entre dos concepciones contrapuestas acerca de la interpretación y aplicación del derecho, que en el trasfondo revelan enfoques políticos e ideológicos diversos. Dicho de modo algo esquemático: por una parte, sectores de la comunidad jurídica, encabezados por la Corte Suprema de Justicia, se han alineado del lado de la ley como fuente principal de derecho, ade-

³⁶ Muchos fiscales fueron antes jueces de instrucción criminal, quienes son reconocidos como colegas; jueces y fiscales se encuentran vinculados a las mismas asociaciones gremiales, por una parte a Asonal Judicial (organización sindical) y por otra a los colegios; según el nivel dentro de la estructura burocrática, jueces y fiscales perciben los mismos salarios; los fiscales calificaban bien las actuaciones de los fiscales; varios jueces aspirarían, en caso de salir de la judicatura, a vincularse a la Fiscalía General de la Nación, al respecto Germán Silva García. *La ideologías profesionales*, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001, pp. 83, 89 y 90.

³⁷ MERTON. Teoría y estructura, cit., pp. 307 y ss.

más con la pretensión de sostener formalmente el modelo tradicional que predica la ejecución de la ley como resultado de la aplicación de un proceso de subsunción lógica, a lo que suman una notoria despreocupación por los derechos fundamentales de la población y el cual, en materia penal, centra la tarea judicial en un derecho de castigo máximo.

De otra parte, se encuentra otra franja de la comunidad, abanderada por la Corte Constitucional, que ubica los preceptos de ese orden y los principios generales como fuentes primarias de derecho, que hace énfasis en la creación judicial de derecho a partir de la interpretación y desarrollo de las normas legales, y que le otorga prioridad a la protección de los derechos fundamentales por encima de otras consideraciones. Los enfrentamientos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, sobre todo a raíz de acciones de amparo o tutela constitucional de derechos fundamentales como el debido proceso, que han generado mandatos a la Corte Suprema para modificar sus fallos, han sido frecuentes y acalorados (elemento microsocioal, micro-objetivo). Este conflicto, jurídico, pero también con altas dosis políticas, en parte puede ser entendido como una lucha entre distintas posiciones de *status*, donde la Corte Suprema hace esfuerzos, la mayoría de las veces vanos, para preservar su poder en el entramado judicial, al suponer que constituyen la máxima autoridad sobre los asuntos ordinarios de conocimiento judicial.

Los casos y ejemplos citados, debatidos con el empleo de herramientas de análisis extraídas de la teoría sociojurídica sobre las profesiones jurídicas, han querido ilustrar las relaciones entre la profesión jurídica y la administración de justicia.

CONCLUSIÓN

Al hacer una recapitulación, se diría que la profesión jurídica, como institución social, conceptualizada de manera subjetiva, se presenta de manera fragmentada y ambivalente. Interesa en el examen de la profesión jurídica las cualida-

des de sus agentes, las ocupaciones desempeñadas y el objeto de las mismas (el derecho). Así, la profesión jurídica es definida por los atributos de los operadores, que realizan tareas hipotéticas, de manufactura o simbólicas con el derecho, cuyo objeto principal son las normas jurídicas como instrumento de intervención política sobre los conflictos sociales. Las propiedades de los operadores, así mismo, serían la educación legal, el saber especializado, la cultura jurídica, el monopolio profesional, las prácticas profesionales a cambio de algún tipo de recompensa y el *status*. Para su análisis, además, deberán considerarse las condiciones de conflictividad social propias de toda sociedad, procurando abarcar las dimensiones macro y microsocioales que rodean a la profesión (en sus niveles objetivo y subjetivo), al igual que las funciones sociales que se verifican a raíz del desarrollo de sus atributos.

La profesión jurídica, como componente de la realidad social, es asunto de relevancia para el análisis sociojurídico, ya que incide en la operación de la administración de justicia, entre otros campos. Igualmente, la teoría sobre la profesión jurídica puede ser una puerta de entrada, sin duda no la única, tampoco necesariamente la mejor (eso depende de los objetos específicos de estudio), pero en cualquier caso de gran utilidad, para el examen de los problemas de interés para la sociología jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

BECKER, Howard. "The Nature of a Profession", en *Sociological Work*, Chicago, Aldine, 1970.

CARLIN, Jerome E. *Lawyers on their Own. A Study of Individual Practitioners*, New Brunswick, Rutgers University, 1962.

Corporación Excelencia en la Justicia. "Informe central. Funcionamiento de la jurisdicción civil y penal en Colombia", en *Justicia y Desarrollo*, No. 18, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2001.

EVETTS, Julia. "Sociología de los grupos profesionales: historia, conceptos y teorías", en Mariano Sánchez Martínez, Juan Sáez Carreras y Lennart Svensson (Coord.), *Sociología de las profesiones. Pasado, presente y futuro*, Murcia, DM, 2003.

FERRARI, Vincenzo. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989.

FERRARI, Vincenzo. *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 1997.

LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.

LYNCH, Denis O. *Legal Roles in Colombia*, Upsala, Scandinavian Institute of African Studies e International Center for Law in Development, 1981.

MERTON, Robert K. *Teoría y estructura sociales*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

Ministerio de Justicia y del Derecho. *El abogado en el tiempo de la gente*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.

SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, 1993.

SILVA GARCÍA, Germán. *La profesión jurídica*, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, T. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

SILVA GARCÍA, Germán. *Las prácticas jurídicas*, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001.

SILVA GARCÍA, Germán. *La ideologías profesionales*, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001.

SILVA GARCÍA, Germán. "El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia", en *Diálogos de Saberes*, No. 15, Bogotá, Universidad Libre, 2002.

SILVA GARCÍA, Germán. "¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez", en *Opera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

**A TEORÍA DOS DIREITOS HUMANOS
ENTRE A SUJEIÇÃO E A BARBARIE:
POR UMA CRÍTICA DO SUJEITO
TRANSCENDENTAL***

Daniel Krüger Montoya**

Walter Guandalini Jr.***

Faculdade de Direito Dom Bosco, Brasil

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2008

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2009

Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história.

Michel Foucault¹

Ao apartar-se alguma alma feroz
do corpo extinto por sua própria mão,
Minós a manda para a sétima foz.

Na selva cai, sem predestinação
de lugar, que a Fortuna só acautela,
e brota aí como gramíneo grão,

*e cresce, e árvore agreste se modela.
Nutrindo-se as Harpias de seus racemos,
nos trazem dor e, para a dor, janela*
Dante Alighieri²

* Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Historia Constitucional, realizado em Tlaxcala, México, entre 29 e 30 de outubro de 2008.

** Daniel Krüger Montoya é advogado trabalhista, especialista em Direito Empresarial (PUC-PR), e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, Historia e Subjetividade (UFPR). Contrato, danielmontoya@terra.com.br

*** Walter Guandalini Jr. é advogado da Companhia Paranaense de Energia e professor das Faculdades de Direito Dom Bosco, além de mestre e doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR), pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade, membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e membro-fundador do Instituto Latino Americano de Historia del Derecho (ILAH). Contato: prof.walter.g@gmail.com

¹ Foucault (1999a: 10).

² Alighieri (1999:100).

Resumo

O presente trabalho examina algumas características do sujeito de direito tomado como fundamento pela teoria moderna dos Direitos humanos, procurando compreender seus pressupostos filosóficos e as conseqüências dessa decisão. Construída como desenvolvimento jurídico do “sujeito” cunhado pela filosofia moderna, a categoria “sujeito de direito” é também universal, individual, autônoma e abstrata, o que torna os mitos da “igualdade formal” e da “autonomia da vontade” os principais fundamentos da teoria moderna dos direitos humanos. A crítica de Michel Foucault expõe as debilidades desse sujeito, ao demonstrar que ele é apenas a transcendentalização de um sujeito empírico. Constituído historicamente por práticas de saber, práticas de poder e práticas sobre si. Incorporando ficção iluminista do sujeito transcendental, o direito se torna impotente perante as dissimetrias entre indivíduos empiricamente existentes, o que obstaculiza emancipação e reproduz barbárie.

Palavras-chave

Sujeito de direito; Teoria Moderna dos direitos Humanos; crítica do sujeito Transcendental.

**LA TEORIA DE LOS DERECHOS
HUMANOS ENTRE SUMISIÓN Y
BARBARIE: UNA CRÍTICA DEL SUJETO
TRANSCENDENTAL**

Resumen

El presente trabajo examina algunas características del sujeto de derecho como fundamento de la teoría moderna de los derechos humanos, buscando comprender sus fundamentos filosóficos y sus consecuencias. Construída como desarrollo jurídico del “sujeto” acuñado por la filosofía moderna la categoría sujeto de derecho es a la vez universal individual, autónoma y abstracta tornando así los mitos de la igualdad formal y de la autonomía de la voluntad en los principales fundamentos de la teoría moderna de los derechos humanos. La crítica de Michael Foucault expone las debilidades de ese sujeto, al demostrar que él no es más que la “trascendentalización” de un sujeto empírico

constituído historicamente por prácticas del saber, practicas del poder y practicas sobre el ser.

Incorporando una ficción iluminista del sujeto trascendental el derecho se vuelve impotente frente a las asimetrías entre individuos empíricamente existentes lo que obstaculiza la emancipación y reproduce la barbarie.

Palabras clave

Sujeto de derecho, teoría moderna de los derechos humanos, crítica del sujeto trascendental

1. INTRODUÇÃO

Desde o século XI a Itália se encaminhava para uma vida de dinamismo burguês, atingindo, ao final do séc. XIII, uma explosão de costumes capaz de abalar os alicerces de toda a sociedade. Já no início do século XIV, em meio à crise social que caracterizaria o processo de transição para o capitalismo, Dante Alighieri publica a obra que haveria de lhe consagrar como “homem síntese da Idade Média” (DISTANTE, 1999: 7): *A Divina Comédia*. Escrita em um contexto de perda de referenciais morais, a *Comédia* tem um claro fim pedagógico: busca, pelo exemplo dos pecadores e suas penas, a redenção moral da humanidade e a sua salvação do abismo de pecado em que parecia estar caindo.

A obra tem algo de auto-biográfica: já adulto, Dante se vê perdido em uma “selva escura”, resultado de uma longa vida de transgressões e pecados³. Cercado por feras que o impedem de seguir em direção ao monte iluminado pelo Sol da Graça Divina⁴ (alegoricamente, ainda sujeito

a cometer os pecados da incontinência, violência e fraude), é chamado pela alma do poeta Virgílio a trilhar uma viagem através do Inferno e do Purgatório, onde lhe serão mostrados os terríveis castigos impostos aos que morrem em pecado. Não tendo sido batizado, porém, Virgílio é proibido de acompanhá-lo ao Paraíso, local por onde será guiado pela “alma mais digna” de seu amor de juventude, Beatriz⁵. O objetivo final da jornada: o encontro com a verdade divina, a libertação moral do pecado e a salvação de Dante.

Assim, na maior parte do caminho, o personagem principal será guiado por Virgílio, símbolo da Razão que possibilita ao homem adquirir as quatro virtudes cardeais – força, justiça, prudência e temperança –, por meio das quais conhece o justo e o injusto. Contudo, apenas com o auxílio da alma pura de Beatriz, que representa as três virtudes do espírito – ou teologais: fé, esperança e caridade –, Dante se torna capaz de atingir o Paraíso, conhecer a verdade e se libertar plenamente.

Na primeira etapa da viagem, ainda no segundo giro do sétimo círculo do Inferno (destinado aos suicidas e perdulários), Dante e Virgílio se deparam com um denso arvoredo habitado por Harpias. Lá encontram, sob a forma de arbusto, a alma de Pier della Vigna, ex-ministro do imperador Frederico II que, aprisionado sob falsa acusação de traição, escolhera o suicídio para escapar da desonra⁶. A pedido de Virgílio,

não tanto que medo não me desse/ a vista, que surgiu-me, de um leão/ que parecia que contra mim viesse/ co'a fronte erguida e com fome raivosa,/ parecendo que o próprio ar o temesse;/ e de uma loba, de cobiça ansiosa,/ em sua torpe magreza, carregada,/ que a muita gente a vida fez penosa.” (Alighieri, 1999: 26).

³ “A meio caminhar de nossa vida/ fui me encontrar em uma selva escura/ estava a reta minha via perdida”. (Alighieri, 1999: 25).

⁴ “E eis que, ao encetar a rampa certa,/ uma onça ligeira e desenvolva,/ de pêlo maculado recoberta,/ saltando à minha frente e à minha volta,/ tanto me obstava a via do meu destino/ que mais vezes voltei-me para a volta./ Amanhecia, e no céu cristalino/ o sol subia co'essas mesmas estrelas/ que o acompanharam quando o amor divino/ primo moveu todas as coisas belas./ Pra não temer, davam-me assim razão/ a fera do gracioso pêlo, aquelas/ matinais horas e a doce estação;/ mas

⁵ “Portanto, para teu bem, penso e externo/ que tu me sigas, e eu te irei guiando./ Levar-te-ei para lugar eterno/ de condenados que ouvirás bradando,/ de antigas almas que verás, dolentes,/ uma segunda morte em vão rogando;/ e outros verás também que estão contentes/ no fogo, na esperança de seguir,/ quando que seja, pra as beatas gentes./ Às quais depois, se quiserás subir/ alma terás mais digna do que eu:/ deixar-te-ei com ela ao meu partir;/ que o imperador que reina lá no céu,/ porque para a sua lei eu fui herege,/ nega-me conduzirtes ao reino seu.” (Alighieri, 1999: 29).

⁶ “O meu desdém, lhe desprezando o custo/ julgou co'a morte ser de injúria isento/ e contra mim, justo, me fez injusto” (Alighieri, 1999: 99).

della Vigna lhes explica que a alma do suicida, após o julgamento do demônio Minós, cai nessa selva como semente, da qual cresce vasto espinheiro cujas folhas servem de alimento às Harpias. É este o castigo destinado àqueles que praticam violência contra si mesmos.

É de se perguntar: a desonra ou as Harpias? A pergunta não é destituída de sentido, mesmo hoje em dia. Sujeição ou violência? Vivemos, como Dante, um momento de incertezas, em que categorias tradicionais como “verdade”, “Estado” e “sujeito” são profundamente questionadas, chegando a perder completamente o sentido.

Dentre esses debates, aquele que se trava em torno da noção de “sujeito” parece concentrar o maior esforço dos pensadores. Pilar fundamental da Modernidade desde antes da “revolução copernicana do conhecimento” (promovida por Kant), que o coloca na posição de centro e fundamento de toda possibilidade de conhecimento e (emancip)ação humana, esta categoria está em crise. E, em crise, abala o edifício teórico construído pacientemente em mais de 500 anos de Modernidade, inclusive a construção teórica que fundamenta o debate atual sobre direitos humanos – que, afinal de contas, sempre o tomou como principal alicerce.

As conseqüências desse abalo são igualmente perceptíveis na filosofia, na ciência, na política e no direito, que perdem, com a crise do sujeito, o norte teórico que lhes servia de referência. Não se sabe, atualmente, que caminho tomar: se descartar o “sujeito moderno” em prol da dignidade humana, arcando com os riscos de um retorno à barbárie pré-Moderna do sétimo círculo (severo castigo pela agressão auto-infligida), ou se aceitar as falhas e limitações do projeto histórico Iluminista, procurando compensar a desonra da melhor forma possível. Como rejeitar o “sujeito” que pôs fim à barbárie? Como admitir um “sujeito” que reproduz sujeição? As Harpias ou a desonra?

É neste contexto que se deve travar a discussão acerca dos direitos humanos, na atualidade. Tomando como pressuposto uma concepção tipicamente moderna de sujeito de direito como ti-

tular individual de uma série de direitos inerentes à essência humana, a teoria contemporânea dos direitos humanos não consegue se manter imune à crise desse mesmo sujeito, sofrendo, inevitavelmente, os seus efeitos.

Assim, uma reflexão teoricamente consciente sobre o problema dos direitos humanos impõe, necessariamente, uma análise crítica sobre a própria existência desse sujeito de direito pressuposto – sem a qual a teoria dos direitos humanos não passará de formalismo e fantasmagoria.

2. SUBJETIVIDADE MODERNA E DIREITO

A constituição da subjetividade moderna nos remete ao pensamento de filósofos como René Descartes e Immanuel Kant. Com efeito, as reflexões realizadas por Descartes (1961) simbolizam o surgimento do racionalismo moderno, momento a partir do qual considera-se que a razão, sozinha, é capaz de encontrar a verdade. Até então, e desde Sócrates, não se acreditava na capacidade do homem de alcançar a verdade sem um trabalho sobre sua alma, sobre si mesmo⁷. A partir da reflexão de Descartes a busca da verdade se torna independente deste “cuidado de si”, podendo ser realizada unicamente com base na atividade racional do homem, por meio do método impessoal, passível de ser utilizado por *toda e qualquer sujeito*⁸. Desse

⁷ Na verdade, desde antes de Sócrates. Em Esparta, por exemplo, a justificativa dada pelos esparciatas para o fato de deixarem o trabalho aos escravos, em vez de cuidarem eles mesmos de seus afazeres, era que eles precisavam de tempo para “cuidarem de si mesmos”. Mas Sócrates consagra este pensamento com a menção, a Alcebiades, da frase “conhece-te a ti mesmo” – escrita nas paredes do Oráculo de Delfos, dedicado a Apolo (Foucault, 2001c: 7).

⁸ Assassina, assim, de um golpe, a casta Beatriz de Dante. Descartes acredita que Virgílio é, sim, capaz de, sozinho, conduzir o homem à verdade e à liberdade paradisíacas. Basta lembrar que na primeira frase de seu discurso sobre o método o autor já afirma ser o “bom senso” (razão) a “coisa mais bem distribuída entre os homens”, concluindo, em seguida, serem todos igualmente capazes, pela mera utilização deste “bom senso”, de atingir a verdade.

modo, o fundamento do pensamento filosófico deixa de ter um substrato teológico (espiritual), inaugurando a descoberta deste “*eu pensante*” uma nova forma de fundamentar a filosofia, que definirá as reflexões propostas posteriormente. Podemos concluir, com FONSECA (2002: 61), que “a filosofia da consciência, da razão, é o discurso da filosofia da modernidade, que tem o seu ponto de inflexão precisamente nessa concepção de subjetividade, definida a partir desses fundamentos”.

Nesse processo de constituição da subjetividade moderna, o pensamento de Kant também desempenhou um papel fundamental. Ao questionar a possibilidade do conhecimento – como é possível conhecer? – e qual deve ser a atitude moral do sujeito – o que devo fazer? (FONSECA, 2002: 62) –, Kant afirma que o conhecimento está vinculado a condições presentes no próprio sujeito, e que a razão que desvenda o conhecimento é autônoma para determinar os princípios éticos que irão conduzir a vida do indivíduo. Portanto, a autonomia da vontade em Kant se manifesta nessa possibilidade de o homem estabelecer para si, de forma livre e racional, os princípios éticos que irão reger sua vida – “a autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma” (KANT, s.d.: 67).

Assim, o panorama estabelecido pelo pensamento moderno apresenta o sujeito como o fundamento da vida em sociedade, da organização política e do conhecimento, tendo sido a passagem do *ancien régime* para a “era das luzes” profundamente marcada por sua presença, como ente universal, autônomo, abstrato e individual⁹.

O sujeito cunhado pela Modernidade é um sujeito universal porque nesta categoria se encaixam todos os seres humanos, sem espaço para particularismos de ordem racial, sexual, étnica ou cultural. Ao mesmo tempo, é um su-

jeito individual porque o homem é considerado como ser concreto e independente, com exigências próprias, detentor do direito de sua auto-satisfação. É também um sujeito autônomo porque livre e capaz para pensar e agir por si mesmo, para deter direitos e exercê-los. Finalmente, esse sujeito possui um caráter abstrato, uma vez que todo e qualquer homem empírico pode ser enquadrado na categoria “sujeito”, tendo a capacidade de – por intermédio de um método racional (e impessoal) – atingir a verdade sobre as coisas, e de estabelecer de maneira livre e racional os princípios éticos que irão reger sua própria vida – tal característica ganha importância no âmbito do Direito, onde a Lei procura atingir toda a coletividade com seus caracteres de generalidade e abstração. Evidencia-se, portanto, a crença em uma essência do sujeito, capaz de garantir a sua emancipação a partir de uma ação guiada pela racionalidade, levando à supressão das desigualdades impostas pelo regime anterior.

Esta concepção de sujeito, construída historicamente, também foi determinante na configuração do pensamento jurídico moderno. O movimento codificador iniciado no século XVIII teve como fundamento filosófico o pensamento Iluminista que também forneceu os alicerces para a teoria dos direitos humanos¹⁰, trazendo consigo noções que até hoje sustentam a dogmática jurídica. Como aponta Michel Miaille (1989: 114), a noção de “sujeito de direito” é um dado básico do sistema de direito, a ponto de toda a teoria civilista ser calcada justamente na idéia de que todo indivíduo é um “sujeito de direito”¹¹.

⁹ Nesse sentido o artigo de Sérgio Paulo Rouanet: Iluminismo ou barbárie, in: Mal Estar na Modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 9-45.

¹⁰ Aponta-o a obra de R. C. Van Caenagem, Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, p. 117 a 130.

¹¹ Uma rápida análise nos mais tradicionais manuais de Direito Civil brasileiros nos demonstra o fato. Pode-se consultar BEVILAQUA, Clóvis (1980). Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p.57; GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12ª ed. RJ: Forense, p. 57 e PEREIRA, Caio Mário (1986). Instituições de Direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

A racionalidade do ordenamento jurídico aponta que a existência de direitos apenas pode ser justificada na medida em que haja um sujeito capaz de exercê-los. Desta forma, a Lei (em maiúscula, como “mito fundante” do ordenamento jurídico moderno) complementa a construção da subjetividade moderna, imprimindo ao “sujeito de direito” aquelas características de universalidade, individualidade, autonomia e abstração, forjando um sujeito que torna todos os indivíduos iguais perante a lei, e cuja manifestação da vontade autônoma e racional deve ser respeitada quando faz uso de seu poder de ação (a simples frase “todos são iguais perante a lei” *fundou* os ordenamentos jurídicos do ocidente nos últimos 300 anos, estando presente, de uma forma ou de outra, em suas raízes durante todo esse tempo). Este é também o mesmo sujeito que funda a possibilidade de ação política, pressuposto pelo jusracionalismo dos teóricos contratualistas, que extrai de suas características imanentes (portanto, *históricas*), os elementos essenciais da racionalidade e da autonomia da vontade, que sustentarão todas as liberdades civis e políticas a partir das quais será possível a construção teórica de um núcleo imutável e universal de direitos transcendentais inquestionáveis.

Resta evidente que as construções teóricas que fundamentaram o pensamento moderno foram basilares também para a construção do pensamento jurídico moderno. A centralidade ocupada pelo sujeito é reflexo da crença na possibilidade de emancipação do ser humano, possibilitada por uma atitude crítica baseada na razão e considerada capaz de alçar os homens a uma nova etapa de sua evolução histórica. Ocorre, no entanto, que o projeto pregado pelas Luzes não foi realizado, e em vez de emancipação trouxe barbárie. São exatamente as contradições e ambigüidades da modernidade que serão analisadas por Michel Foucault: a crítica histórica realizada pelo filósofo francês atinge as bases do pensamento moderno, tendo conseqüências profundas no estudo do Direito. É o tema do próximo capítulo.

3. A CRÍTICA DO SUJEITO TRANSCENDENTAL

Michel Foucault questiona radicalmente o sujeito cunhado pela filosofia moderna, tornado fundamento do conhecimento, marcado pelas características de universalidade, autonomia, individualidade e abstração. Para FOUCAULT (2001b), não há um “ser-em-si” do sujeito. Ele é fruto de uma história recente, resultado de determinadas premissas históricas que tornaram possível a sua constituição – logo, *o sujeito não é universal no tempo e no espaço; ele tem uma história*¹².

O Sujeito Moderno é baseado em um duplo empírico-transcendental: os filósofos modernos partem da análise de um sujeito empírico, realmente existente, para transcendentalizá-lo, construindo uma abstração que se torna padrão de referência e fundamento de compreensão do próprio sujeito empírico. O sujeito se torna, assim, simultaneamente objeto e sujeito de conhecimento; ele é o empírico que pode ser conhecido e o transcendental que tem a capacidade de compreendê-lo. O saber obtido acerca do homem empírico é colocado acima dele e do mundo, o define, o transcendentaliza, e o abstrai em uma categoria transcendental e universal: o Sujeito.

Dessa forma, o homem é explicado a partir do próprio homem; não do homem de carne e osso, mas sim de um Homem trans-histórico, transcendental. Este Homem trans-histórico, contudo, não passa de uma abstração do homem empírico, que não é e nem pode ser natural e universal, pois, em última instância, é um homem que foi construído historicamente, resultado das inter-relações entre as diversas formas de poder de uma episteme historicamente vigente.

O modo como o sujeito se apresenta deve, por isso, ser associado ao regime de verdade

¹² Ou seja, não é natural, imanente, imutável; não existe algo como uma essência do sujeito. O que existe são diferentes formas de subjetividade, que se sucedem no tempo, nenhuma delas portadora de uma “humanidade essencial”, mas sempre conseqüência de configurações históricas das formas de poder (Fonseca, 2002).

e aos efeitos de verdade que o discurso de uma determinada episteme pode produzir. Isso quer dizer que ao longo da história várias subjetividades são produzidas – e todas essas subjetividades não devem pretender conduzir à busca de uma “subjetividade” original e fundante (FONSECA, 2002: 91).

Tendo sido afirmado que o sujeito não é universal, natural e imanente, mas um mero construto histórico, resultado das configurações de poder de uma dada episteme, torna-se necessário analisar as três forças que, em confluência, o constituem: os domínios do saber, do poder e da ética.

As práticas discursivas que desempenham o papel de produtoras epistêmicas; as práticas objetivadoras que permitem pensá-lo através das ciências cujo objeto é o indivíduo normalizável; e as práticas subjetivadoras, pelas quais o sujeito pode pensar-se enquanto sujeito. [...] São os domínios do saber, do poder e da ética, nos quais cabe perguntar como nos constituímos enquanto sujeitos do nosso saber, como nos constituímos enquanto sujeitos que exercem ou sofrem relações de poder e como nos constituímos como sujeitos morais de nossa ação (ARAÚJO, 2001: 87 – grifos da autora).

Na verdade, essas três dimensões são indissociáveis, e não podem ser compreendidas de modo estanque. Afinal, os saberes sobre o sujeito devem ter por suporte uma rede institucional de poder, ao mesmo tempo em que é impossível existir um regime de poder sem um regime de verdade que o sustente. Ainda, apesar de o âmbito das práticas de si sobre si mesmo ser compreendido por Foucault como o âmbito em que se torna possível a liberdade moral do homem, elas não prescindem da enunciação de um discurso verdadeiro, nem Foucault pretende afirmar, por meio delas, a possibilidade de extinção dos regimes de poder que constituem o sujeito.

Os enunciados discursivos constituem sujeitos, basicamente, de dois modos: por um lado, à medida que fixam o lugar do sujeito no discurso, determinando os indivíduos que podem ocupar

a posição de sujeito em diferentes enunciados – pois nem tudo pode ser dito, e nem de qualquer modo, nem por qualquer um¹³. Por outro lado, os enunciados também constituem sujeitos à medida que determinam uma situação de verdade para determinados indivíduos, visando à sua objetificação e normalização. O discurso psiquiátrico, por exemplo, além de constituir um *sujeito médico*, que é aquele que tem a prerrogativa de enunciar o discurso verdadeiro sobre a loucura, também constitui um sujeito sobre o qual o discurso incide, produzindo, assim, uma verdade sobre o *louco*; o discurso constrói, assim sujeitos loucos ou sujeitos normais, conforme se adaptem ou não ao regime de verdade que se estabelece discursivamente¹⁴.

É claro que esse regime de verdade muito dificilmente se imporia se não estivesse também intimamente relacionado a práticas institucionalizadas de poder. Se, de um lado, práticas epistêmicas determinadas foram capazes de objetivar o sujeito, do outro, práticas normalizadoras resultaram na produção de um determinado sujeito. As práticas normalizadoras, com suas regras de vigilância, observação e registro individualizante (poder disciplinar) e de controle da vida das populações e espécies (biopoder), acabam por constituir um sujeito individualizado, e, ao mesmo tempo em que o constituem, o sujeitam¹⁵. Dessa forma, as relações políticas e sociais não devem ser compreendidas como aquilo que “incide” sobre um sujeito livre e autônomo, limitando-o, mas são aquilo mesmo que o constituem. Por exemplo, Foucault explica que a sociedade capitalista desenvolve uma série de técnicas de poder para ligar o indivíduo à fábrica e ao trabalho, controlando o seu tem-

¹³ São os diversos modos de limitação do discurso, expostos por Foucault (2001a).

¹⁴ O tema da loucura é recorrente na obra de Foucault. Além de *A Ordem do Discurso* (2001a), estas questões são também analisadas em *Os Anormais* (2002) e em *História da Loucura na Idade Clássica* (2000).

¹⁵ Neste sentido, Foucault (2000 e 2002). Para uma análise da interseção entre poder normalizador e poder jurídico na constituição de um “sujeito trabalhador” pelo ordenamento jurídico brasileiro, a obra de Fonseca (2002).

po e o seu corpo, de modo a torná-lo uma força produtiva. Este tipo de poder demanda uma série de saberes acerca do indivíduo, produzindo o homem como objeto de saber e tornando-o uma força produtiva.

Vê-se que o sujeito não é uma categoria suspensa acima da história e que será preenchida por acepções diferentes conforme a época. Percebe-se que as práticas de poder e as práticas de saber estão profundamente imbricadas, e constituem verdades que levam à formação de sujeitos. No caso da sociedade disciplinar capitalista, por exemplo, o trabalho não é da natureza do homem. Para que o “sujeito trabalhador” se torne “natural” e “universal”, é necessária uma síntese do poder político com uma espécie de saber sobre a realidade, síntese que constitua verdades sobre o homem, transformando-o nesta espécie de sujeito (FOUCAULT, 2001b: 125).

Mas Foucault vislumbra, ainda, já ao final de sua produção acadêmica (FOUCAULT: 1999c e 2001), a possibilidade de construção de uma subjetividade sem a necessidade do aval de um discurso ou de um poder normalizador: o sujeito pode se constituir também por *práticas sobre si mesmo*. Estas são as “formas e modalidades de relação consigo através das quais o indivíduo se constitui e se reconhece como sujeito” (FOUCAULT, 1999c: 11). As “técnicas de si” permitem que o indivíduo, por si mesmo, execute certas operações sobre seu corpo, alma, pensamentos e condutas, de modo a transformá-los, modelando a própria vida segundo uma “estética da existência”. Ainda que haja, em uma determinada episteme, elementos codificados e uma ação normativa a eles relacionada, sempre há uma margem para que o sujeito elabore sua própria conduta, seu modo de ser, assenhorando-se dos seus atos, de modo que o indivíduo acaba por impor sua marca à prescrição: estas são as práticas de si. Existe, portanto, a possibilidade de elaboração de uma forma de relação consigo que permita ao indivíduo se constituir livremente enquanto sujeito de uma conduta moral, pela qual ele se assenhora de seus atos e das conseqüências de suas opções éticas.

Obviamente, também este âmbito de liberdade do sujeito será construído historicamente, tomando a forma que lhe seja determinada pelos efeitos de verdade e de poder causados pelos discursos e instituições historicamente existentes. Neste sentido, Fonseca (2002: 97) afirma que

É certo que, em Foucault, para nos constituirmos enquanto sujeitos será inevitável passarmos por mecanismos de poder de uma vontade de verdade que nos atravessa, de modo que a constituição de si como sujeito para si mesmo (senhor de seus atos) não pode impedir a passagem pela vontade de verdade. Todavia, e apesar de a produção da noção de si ser diferente de acordo com a sociedade ou a época a ser estudada (recorte histórico), tudo isso leva à conclusão de que poderíamos nos constituir de outro modo como sujeitos de nossos atos, como sujeitos éticos. Isso não significaria sucumbir a um universalismo ético (nos moldes kantianos), mas acentuar a possibilidade de construir a subjetividade sem a pressão da normalização, da patologização dos desvios, etc.

Ou seja, mesmo que Foucault reconheça a possibilidade de autoconstituição do sujeito por intermédio de práticas sobre si mesmo sob a forma de uma “estética da existência”, independente de códigos morais e padrões de conduta, permanece o sujeito histórico, historicamente construído, não-transcendental, não-imanente, não-natural e não-universal.

Verificamos, portanto, que o Sujeito Iluminista, fundante e transcendental não passa de uma abstração de um sujeito histórico, que é sempre mutável, pois resultado da configuração concreta, em uma determinada episteme, da relação entre os discursos, as formas de poder e as práticas sobre si.

4. O SUJEITO DE DIREITOS HUMANOS

A despeito dos debates travados atualmente em torno da crise do Sujeito, a teoria moderna

dos direitos humanos optou por manter a tradicional perspectiva Iluminista, ignorando por completo a possibilidade de utilização de um conceito de sujeito não-transcendental, empírico e histórico, obrigando-se a tomar como pressuposto o universalismo e o transcendentalismo do sujeito de direito moderno. É o que se depreende da leitura de alguns artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas que até hoje fornece as bases políticas da discussão acerca do tema:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

O mito nasce com o primeiro artigo da Declaração, que proclama o ideal de liberdade civil e política. A Declaração de Direitos confere ao sujeito autonomia em seu agir, fazendo crer que os atos por ele emanados são dotados de uma racionalidade intrínseca, e pressupondo a ca-

pacidade do indivíduo de compreender as suas conseqüências e desdobramentos.

Desta forma, consagra o sujeito cartesiano, detentor de (ou resumido a) uma mente racional, capaz de apreender a realidade como ela é e de agir livremente segundo seus próprios desígnios, assumindo as conseqüências de suas ações. Este sujeito, livre porque racional, não necessita de qualquer espécie de assistência, a não ser em situações anormais ou temporárias, todas elas previstas no Código, que, positivando de forma concreta as regras de direito natural, tudo prevê¹⁶.

Este sujeito racional é também universalizado pela teoria dos direitos humanos, que pressupõe que *todos* os homens são capazes de direitos e deveres. Não importa o empírico; não importam as deficiências individuais; o rico e o pobre, o doutor e o analfabeto, *o forte e o fraco*, todos se tornam iguais e igualmente aptos a assumir direitos e deveres na ordem civil, na medida em que as diferenças entre os homens são abstraídas e os sujeitos resultantes dessa abstração podem ser encaixados na categoria transcendental “sujeito de direito”.

Todavia, no campo empírico as diferenças permanecem. Apesar de se tornar “sujeito”, o pobre continua pobre, o analfabeto continua analfabeto, e *o fraco continua fraco perante o forte*. Se, por um lado, a transcendentalização do homem e a atribuição a cada indivíduo do *status* de “sujeito de direito” foi uma conquista emancipatória, por ter possibilitado o fim dos privilégios da aristocracia feudal, por outro lado pode perpetuar a barbárie, à medida que ignora as diferenças empiricamente existentes e permite a manutenção do domínio do mais forte.

A capacidade de praticar atos na ordem civil, conseqüência da atribuição de uma mente li-

¹⁶ Por exemplo, os casos previstos nos arts. 3o e 4o do Código Civil Brasileiro: menores de idade (dezesseis ou dezoito anos); os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (antigos “loucos de todo gênero”); os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade; os silvícolas, etc.

vre e racional ao indivíduo, é uma abstração. A teoria dos direitos humanos transcendentiza uma determinada característica de homens empíricos e a torna padrão de compreensão de toda a humanidade, que, legalmente dotada de razão e capacidade, é na prática despojada de uma série de direitos, em consequência de o Direito não ter sido capaz de reconhecer suas necessidades empíricas, fechando os olhos ao homem historicamente existente.

Consagra-se também o sujeito autônomo tipicamente kantiano. Os dispositivos transcritos a seguir são um claro exemplo da crença na capacidade do homem de estabelecer para si, de forma livre e racional, os princípios éticos que irão reger sua vida.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Percebe-se que a autonomia da vontade é fortemente tutelada, sendo destituído de valor político e jurídico qualquer ato que não tenha por fundamento uma decisão livre, racional e autônoma do sujeito de direito.

Mas este sujeito também é uma ficção. Não existe homem capaz de estabelecer de maneira autônoma os princípios éticos que regerão sua conduta. O sujeito não pode ser visto como uma essência racional, que paira sobre o mundo dos homens de maneira livre e independente; o sujeito é sujeitado, perpassado por uma vontade de saber e submetido a práticas de poder que criam seus desejos e necessidades, constroem os princípios éticos que regerão sua vida e, em última instância, constituem o próprio sujeito. Dessa forma, não existe vontade livre. Toda manifestação individual de vontade sofrerá alguma forma de condicionamento: interno (psíquico) ou externo (político), certo é que não será uma vontade formada livremente pela razão, mas sempre resultado do entrecruzamento de diversas formas de poder (práticas de verdade, práticas de poder e práticas de si), que, em uma episteme historicamente vigente, constituirão o próprio sujeito¹⁷.

¹⁷ Dispositivos como, por exemplo, os previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil Brasileiro (que tratam da função social do contrato e do princípio da boa-fé), apenas confirmam o exposto. Apesar de aparentemente mitigarem a absoluta autonomia da vontade do indivíduo, limitando-a por princípios de ordem pública, não passam de mais uma materialização legal do sujeito transcendental. Ao fazer a distinção entre Moral e Direito, afirma Kant que “não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele, que possa ser considerado bom sem restrição, a não ser somente uma boa vontade” (Kant, s.d.: 9). Segundo Bobbio, “por ‘boa vontade’ Kant entende aquela vontade que não está determinada por atitude alguma e por cálculo interessado algum, mas somente pelo respeito ao dever” (Bobbio, 1995: 54). Desta forma, ao preconizar a boa-fé dos contratantes, o Código nada mais faz que atribuir mais uma característica natural, abstrata e universal (logo, transcendental) ao sujeito de direito, transformando um valor moral (transcendental) em valor jurídico (transcendental) – a prescrição valorativa “ao firmar contratos, age de boa-fé” deixa de ser cumprida apenas pelo dever, para ser cumprida porque é do interesse do indivíduo não violar a lei. Reduz-se, assim, o âmbito de autonomia da vontade do indivíduo (como qualquer norma jurídica), mas em função de características consideradas inerentes ao próprio indivíduo, parte de sua essência. Desse modo, os dispositivos não representam qualquer alteração do caráter transcendental do sujeito de direito pressuposto pela teoria dos direitos humanos.

Além disso, a própria noção de vontade livre é uma abstração. Não existe “autonomia da vontade”, mas “autonomias”, em vários graus e de diversos tipos, conforme a realidade histórica em que se insere um determinado indivíduo. Sendo alguns “mais autônomos” que os outros, cai por terra também a noção de “acordo de vontades”, característica imprescindível para a compreensão, nos moldes kantianos, da formação de contratos pelos “sujeitos de direito”, como explica BOBBIO (1995: 109):

A dificuldade de conceber o contrato está exatamente na necessidade em que nos encontramos de considerar as vontades que o constituem não como separadas, mas como reunidas num ato simultâneo [grifo do autor]. Se não existe reunião simultânea das vontades, não existe transmissão, nem aquisição derivada (pode existir renúncia de um lado e aquisição originária do outro [grifo nosso]). Mas a simultaneidade dos atos empíricos de declaração é impossível, porque esses devem necessariamente suceder-se no tempo. [...] Frente a essa dificuldade, Kant recorre mais uma vez à dedução racional. [...] A simultaneidade pode ser deduzida somente se abstraímos da experiência e consideramos a dedução racional, ou seja, aquele modo de demonstração que renuncia completamente às condições de espaço e tempo, e que portanto não pode ser desmentido pela experiência. [...] A relação jurídica entre mim e o outro é uma relação inteligível, ou seja, derivada das condições da própria validade, não do fato empírico do acordo das vontades, mas da dedução da vontade legisladora universal [grifo nosso], em que a minha vontade e a do outro estão inseridas, e que portanto torna possível sua simultaneidade, se não empírica, pelo menos seguramente ideal.

Como bom neo-positivista que é, Bobbio evidentemente se refere apenas ao aspecto lógico da questão, mas nos aproveitamos de sua frase para ir direto ao ponto: *não há acordo de vontades, mas renúncia de um lado e aquisição originária do outro*. O acordo de vontades só pode, mesmo, decorrer da dedução kantiana da “vontade legisladora universal”, pois na vida empírica ele é resultado de violência, sujeição, relações de do-

minação entre “vontades autônomas” que possuem, porém, “diferentes graus de autonomia”. Fácil perceber que a vontade livre do rico é mais livre que a vontade livre do pobre, quando firmam um contrato de empreitada; ou que a autonomia da vontade de uma grande rede de supermercados é mais autônoma que a autonomia da vontade da pequena empresa que firma com ela um contrato de fornecimento de verduras.

Vale ressaltar que, embora essa discussão sobre contratos seja tipicamente de direito privado, a própria essência do Estado Ocidental Moderno repousa sobre este conceito de contrato, desde o contratualismo jusracionalista de Hobbes, Locke e Rousseau até o neocontratualismo contemporâneo de um John Rawls, por exemplo. Repousa, portanto, sobre alicerces podres, eis que a igualdade de autonomias necessariamente pressuposta pelo contratualismo não passa de idealismo abstrato, incompatível com o que de fato se observa na realidade.

A Declaração institui apenas um limite intransponível à autonomia da vontade: aquele que diz respeito à própria existência do sujeito de direito como ente transcendental. É o que se depreende da leitura do seu art. 2º, que trata os direitos humanos como direitos imprescritíveis:

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a **conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

O princípio é positivado de várias formas nos Códigos Civis modernos, mas todas elas partem do mesmo pressuposto: o de que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (como prescreve o art. 11 do Código Civil Brasileiro). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não só institui e pressupõe um sujeito transcendental, mas veda ao indivíduo a própria possibilidade de desejar não o ser. Temendo o castigo do sétimo círculo, procura escapar à voracidade das Harpias do modo mais

simples: encerra o indivíduo em uma camisa-de-força discursiva¹⁸, contendo, assim, a auto-flageelação e impedindo que “o homem se aparte do sujeito de direito por sua própria mão”¹⁹.

Desta forma a teoria dos direitos humanos não apenas permite a igualdade formal a todos, mas a *impõe*. O fraco é tornado (constituído) transcendentalmente igual ao forte. São-lhe impingidas todas as características necessárias para se definir um indivíduo como “sujeito de direito” – os “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, que representam a natureza última e essencial de todo sujeito –, encontrando-se, finalmente, em condições de igualdade perante a humanidade.

Assim, o racional Virgílio pode dormir o sono dos justos: tendo impedido a auto-violência de Dante, o salva das Harpias. Não percebe, porém, que o deixa, ainda contido pela camisa-de-força do sujeito de direito, em meio a onças, leões e lobas, que continuam o impedindo de seguir livremente o caminho em direção ao monte iluminado pelo Sol da Graça divina²⁰.

¹⁸ Vale atentar para as idéias expostas no capítulo anterior: os discursos representam uma das estratégias de poder que constituem sujeitos, mero construtos históricos, não-naturais, não-universais e não-imanentes.

¹⁹ “Ao apartar-se alguma alma feroz/ do corpo extinto por sua própria mão,/ Minós a manda para a sétima foz”. (Alighieri, 1999: 100).

²⁰ “E eis que, ao encetar a rampa certa,/ uma onça ligeira e desenvolta,/ de pêlo maculado recoberta,/ saltando à minha frente e à minha volta,/ tanto me obstava a via do meu destino/ que mais vezes voltei-me para a volta./ Amanhecia, e no céu cristalino/ o sol subia co’essas mesmas estrelas/ que o acompanharam quando o amor divino/ primo moveu todas as coisas belas./ Pra não temer, davam-me assim razão/ a fera do gracioso pêlo, aquelas/ matinais horas e a doce estação;/ mas não tanto que medo não me desse/ a vista, que surgiu-me, de um leão/ que parecia que contra mim viesse/ co’a fronte erguida e com fome raivosa,/ parecendo que o próprio ar o temesse;/ e de uma loba, de cobiça ansiosa,/ em sua torpe magreza, carregada,/ que a muita gente a vida fez penosa.” Como explicamos no início do texto, estes animais representam, na obra, a incontinência, a violência e a fraude. São as três transgressões a que Dante estava sujeito e que o distanciavam do Paraíso, quando encontra Virgílio, representante da Razão e seu guia na viagem que tem por objetivo a salvação de sua alma (Alighieri, 1999: 26).

CONCLUSÃO

Temendo as Harpias, a teoria jurídica e a teoria dos direitos humanos optaram pela desonra e mantiveram o sujeito de direito Iluminista, ignorando por completo a possibilidade de sua superação. Fulcradas na crença absoluta na racionalidade humana, ambas conferem ao sujeito autonomia e capacidade para assumir compromissos em sua vida civil. Regulam, assim, a vida de um homem livre, cuja vontade deve ser resguardada e cuja racionalidade o torna autônomo e capaz de assumir compromissos no mundo jurídico. Forjado pelo discurso filosófico da Modernidade, porém, é um sujeito que não existe: o sujeito empírico não é individual, mas individualizado por práticas normalizadoras que visam a transformá-lo em força produtiva capaz de ser utilizada no interior da fábrica; não é abstrato ou detentor de uma essência, mas concreto, resultado de especificidades históricas, geográficas, culturais ou pessoais; não é racional, mas incontrolável, pulsional, emocional, capaz de praticar atos inexplicáveis ou incompreensíveis; em suma, o sujeito empírico não é livre e autônomo, mas sujeitado, constituído por uma conjunção de fatores historicamente existentes em uma determinada episteme, e limitado em suas ações por diversas formas de manifestação do poder.

Incorporando a ficção do sujeito transcendental (autônomo, racional, abstrato e universal), o Direito se contrapõe ao próprio projeto Iluminista, obstaculizando a emancipação humana e apenas reproduzindo barbárie. Isso porque, embora sejam irrenunciáveis as conquistas históricas da Modernidade (que possibilitaram o rompimento com a sociedade de ordens medieval e a implantação de uma igualdade formal), as estratégias de poder que constituem o sujeito transcendental acabam por desviar as atenções das inegáveis dissimetrias entre os sujeitos empiricamente existentes; constrói-se, assim, uma bela máscara formal de igualdade de capacidades, autonomias e vontades, que se sobrepõe à realidade histórica de diferença, conflito e dominação. “Vistamos a camisa-de-

força e ignoremos as feras”, é o que diz a teoria dos direitos humanos. “Assim nos salvaremos das Harpias”.

O Direito, se deve se preocupar com estas dissimetrias, precisa estar atento para não se lambuzar com o fastio da conquista de uma doce igualdade e buscar realizar, sob o manto iluminista da universalidade transcendental do sujeito, a minoração dos radicais contrastes entre os homens historicamente existentes. Neste sentido, a escolha entre a desonra ou as Harpias, definida pela prática ou não do “suicídio”, é um falso dilema – a retirada da camisa-de-força do sujeito transcendental não leva, necessariamente, à barbárie. O paraíso é possível sob outras vestes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio (2002). *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG.
- ALIGHIERI, Dante (1999). *A Divina Comédia – Inferno (Canto XIII)*. São Paulo: Editora 34.
- ARAÚJO, Inês Lacerda (2001). *Foucault e a Crítica do Sujeito*. Curitiba: UFPR.
- BOBBIO, Norberto (1995). *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: UnB.
- CAENEGEM, R. C. (2000). *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes.
- DESCARTES, René (1961). *Discurso do Método*. Rio de Janeiro: EdiOuro.
- DISTANTE, Carmelo (1999). Prefácio à Divina Comédia, in: *A Divina Comédia – Inferno (Canto XIII)*. São Paulo: Editora 34, p. 7-17.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (1997). *Direito e História*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR.
- _____ (2000). A História no Direito e a Verdade no Processo: o Argumento de Michel Foucault, in: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 17. Curitiba: julho/ setembro.
- _____ (2002). *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr.
- FOUCAULT, Michel (1999a). *História da Sexualidade vol. 1 – A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (1999b). *História da Sexualidade vol. 2 – O Uso dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (1999c). *História da Sexualidade vol. 3 – O Cuidado de Si*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (2000). *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____ (2001a). *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola.
- _____ (2001b). *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- _____ (2001c). *L’Herméneutique du Sujet*. Paris: Gallimard/Seuil.
- _____ (2002). *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes.
- KANT, Immanuel (1999). *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural.
- _____ (s.d.). *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Lisboa: edições 70.
- MIAILLE, Michel (1989). *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa.
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes (2000). A Hermenêutica Radical de Michel Foucault, in: *Filosofia Hermenêutica* (orgs. Róbson Ramos dos

Reis e Ronai Pires da Rocha). Santa Maria: Ed. da UFSM, p. 69-91.

REZENDE ALVIM, Joaquim Leonel, *et alii* (2002). *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: UNIMEP.

ROUANET, Sérgio Paulo (1992). *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia da Letras.

_____ (1993). *Mal estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras.

RUIZ, Alice E. C (s.n.t.). *De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía*. Mimeo.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência* (vol. 1 – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). São Paulo: Cortez.

SIBILIA, Paula (2002). *O Homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

TOURAINÉ, A (1999). *A Crítica da Modernidade*. 6ª ed. Petrópolis: Vozes.

LA VICTIMOLOGÍA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Juan Carlos Abreu y Abreu**
Universidad de La Salle, México

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2008

Fecha de aceptación: 15 de abril de 2009

Homo sum: humani nil a me alienum puto
Terencio. Heautontimorumenos, I,1,25.

*Las relaciones humanas no son tan complicadas
como las pintan: a menudo son irresolubles,
pero no complicadas.
Michel Houellebecq. Plataforma.*

Resumen

Si el derecho pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defenderles incansable, inexcusable y eficazmente; lo contrario, significa sacrificar el sentido último legitimador del derecho. La historia ilustra e instruye sobre derechos sin rostro humano o contrarios al hombre, pero también que es posible construir algún derecho que lo favorezca; la opción, es un humanismo jurídico que nos reivindique, que destierre el miedo de sentirnos víctimas.

Palabras clave

Victimología, derechos humanos, humanismo

VICTIMOLOGY IN LIGHT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

If the law seeks to maintain its legitimacy and not be absorbed or neutralized by economists,

* El presente artículo corresponde a la investigación sobre victimología adelantada por el autor en la Universidad de La Salle, México.

** Catedrático de la Universidad La Salle y Miembro de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, Sitial 38.

political scientists, should be a source of prayer and call for justice and fair, not to propose viable solutions but to defend tirelessly and effectively inexcusable; it means sacrificing the legitimacy of the ultimate meaning right. The story illustrates and instructs faceless human rights or against the man, but also that it is possible to construct a law that favors; option, is a human law that we claim, which banished the fear of being victims.

Keywords

Victimology, human rights, humanism

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

A mediados de este año terminaba de leer la novela *Plataforma* de Michel Houellebecq, no sólo me había llegado profundamente por las coincidencias con el personaje central: un cuarentón burócrata algo opaco, que logra transformar su vida a partir de la posibilidad de viajar a Oriente con su amante, para pasar por la desgracia de ser víctima de un atentado terrorista. No voy a distraer las ideas que vertebran este breve escrito con aquella obra literaria, sino que voy a referir precisamente lo que inquieta e indigna en el escenario mundial: el miedo a ser víctima.

Hace pocos días, me despierto, con una macabra noticia, heraldos de tragedia: un ataque terrorista cegó la vida a casi dos centenares de personas en Bombay.

La escena infernal, dantesca, se sucedió sin recato una y otra vez en el cinescopio; la repitieron impudicamente, a discreción: el drama humano vertido en llanto incontenible ya por la pérdida del ser querido o por ser testigo de un impío holocausto; la pantalla no tenía pies ni cabeza, todo ello se asemejaba al *Guernica* de Picasso; nos acudieron el pasmo, la angustia, el horror, la compasión, la indignación, el miedo, el más profundo y primitivo de los miedos.

Somos mudas víctimas del terrorismo de Estado, del terrorismo de facciones políticas o

sectas fundamentalistas, del terrorismo de multinacionales, corporaciones criminales, somos víctimas incluso, del terrorismo informativo.

Aún hoy, van y vienen los discursos condenando a los criminales, fluyen amenazas de pesquias, inquisiciones y ordalías; se alzan los vituperios clamando inveteradas *vendettas* bíblicas, antediluvianas; mientras, todos los demás tenemos miedo; miedo de las amenazas que otros han hecho en nuestro nombre; miedo, de los resultados de la intervención militar a la que nos opusimos, a voz en cuello, centenares de miles de ciudadanos del mundo, voces que nunca fueron escuchadas.

Hoy, los sordos gobiernos de los estados han dejado de ser humanos, porque lo humano les es ajeno; pues ponderan los intereses geopolíticos, de especulación comercial y financiera, por encima de las garantías de los gobernados.

He aquí, que me aquejan severos cuestionamientos sobre la esencia de mi vocación: la ciencia jurídica; pues no responde ya, al principio que significa el sustrato elemental en el que se edifican sus teorías: la justicia. Sobre todo, porque asumo con claridad las insuficiencias y peligros del decimonónico modelo legalista.

La decadente visión kelseniana de identificar al ordenamiento jurídico con el derecho, y al Estado como monopolizador del acto legislativo y la legítima violencia, es ya categóricamente inadmisibles; mientras que la existencia de un derecho natural, desvinculado de la aceptación avasallada frente a la imposición estatal autoritaria y represógena, resulta subversiva; por ello, hoy me declaro abiertamente: insurrecto.

Así pues, la idea de los derechos humanos, pone en crisis al iuspositivismo de estricta observancia, reduccionista; y le han negado relevancia, por el temor de que ese derecho superior, anterior o preexistente, haga resquebrajar

el andamiaje del saber jurídico objetivo y puro, derivado del rigor científicista.¹

En este sentido, si el derecho pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defenderles incansable, inexcusable y eficazmente; lo contrario, significa sacrificar el sentido último legitimador del derecho. La historia ilustra e instruye sobre derechos sin rostro humano o contrarios al hombre, pero también que es posible construir algún derecho que lo favorezca; la opción, es un humanismo jurídico que nos reivindicque, que destierre el miedo de sentirnos víctimas.

II. ACERCAMIENTO A LA VICTIMOLOGÍA

Una disciplina innovadora, inscrita en el ámbito de competencia de las ciencias penales, que pretende ser autónoma: es la victimología; en este sentido, se ha entregado a crear una terminología con su semántica propia; a partir de la interacción víctima-criminal como tópico medular.

En esencia, esta disciplina privilegia la posición de la víctima en el proceso penal, al asumir que existe un trauma derivado de la victimización primaria, que suscita sentimientos de frustración y desamparo; toda vez que, los sistemas penales han cifrado su preocupación en descubrir, capturar, juzgar, sentenciar, encarcelar y rehabilitar a los delincuentes, sin prestar demasiada atención a las víctimas de los hechos criminales.²

Es indudable que el concepto de la víctima ha evolucionado desde aquél que podía vengarse libremente, hasta el que tenía como límite el

¹ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. De la ley al derecho. Porrúa. México, 2003. p. 23.

² Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Víctimas y Sistema Penal Español. Madrid, 1990. pp. 24-26.

talión, para llegar a la actual identificación del sujeto pasivo del delito.

En una pesquisa etimológica, el término: *victima*, apela a dos posibilidades latinas: “*vincire*”, que refiere a los animales sacrificiales destinados a las deidades, o “*vincere*” que representa el sujeto vencido; estas raíces, romanceadas, pasan al portugués como “*vítima*”, al italiano “*vittima*”, así como al inglés “*victim*”.

No obstante, en su acepción religiosa puede emparentarse con la voz del hebreo: “*korban*” que implica al individuo que se sacrifica o es inmolado.³

La victimología entiende que la víctima, es aquel individuo o grupo social que padece un daño en los bienes jurídicamente protegidos por la normativa penal, por comisión u omisión ajena, o por causa fortuita; inclusive, por accidentes debidos a factores humanos, mecánicos o naturales (como ocurre en los accidentes de trabajo).⁴

Esta definición abarca no sólo al individuo, sino la colectividad, por cuanto son propensos tanto en lo particular como en lo general, a la afectación de los intereses tutelados, por vía de una acción criminal.

Al padecer la persona un daño, se actualiza el supuesto jurídico, de forma tal que, sin el daño, no existe víctima alguna.

La definición aludida, contiene supuestos del daño inquirido por el victimario en vía de acción u omisión (negligencia); o bien, por causa fortuita (por la fuerza de la naturaleza), a quien se le considera damnificado.

Existen diversas propuestas tipológicas de la víctima; una de las primeras tentativas de cla-

sificación de las víctimas la formula Benjamin Mendelshon; al fin y al cabo, la tipología más difundida y comentada, que se funda en la correlación de culpabilidad entre la víctima y el infractor.

La hipótesis, establece que hay una correlación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido, a mayor culpabilidad de uno menor culpabilidad del otro, lo que trasciende para efectos de aplicación de la pena al infractor.

Los tratados clásicos del derecho penal entienden a la víctima como sujeto pasivo, lo abordan en forma, por demás superflua; pues lo que impera en la dogmática penal, es la teoría del delito.

Incluso, algunos penalistas consideran al sujeto pasivo como un simple elemento del tipo; otros, ni siquiera lo mencionan.

Así pues, la ley margina a la víctima de su eludible participación en el hecho delictivo y de todo lo relacionado con este; sin embargo, aceptamos cada vez más su participación, pues la contribución de la víctima respecto al crimen, ilumina la situación de culpabilidad y facilita un enjuiciamiento justo.

En atención a lo anterior, no consideramos prudente equiparar al sujeto pasivo del delito con la víctima, ya que este concepto, es más amplio que el primero.

A la sazón, teóricos como Francesco Carnelutti han marcado la diferencia entre perjudicado y ofendido; de tal forma que, perjudicado es la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito; mientras que ofendido, es el perjudicado al que la ley encomienda, a su juicio, la disposición o el goce del bien agredido; de esta forma, una persona es ofendida por el delito, en cuanto se le reconoce el poder jurídico sobre el bien que constituye la materia del acto delictivo.

Así pues, el sujeto pasivo puede ser el individuo, una persona moral, una colectividad o el

³ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. Porrúa. México, 2000. p. 28.

⁴ Cfr. NEUMAN, Elías. Victimología: El Rol de la Víctima. Buenos Aires, 1994. pp.4-10.

Estado; es decir, un ente capaz de ostentar derechos, o sufrir un ataque a los bienes jurídicos protegidos por la ley.⁵

En este sentido, identificamos con mayor claridad que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente protegido, mientras que el ofendido, será aquel que sufra un perjuicio por la comisión del delito y tiene derecho a la reparación del daño.

Por virtud de lo expuesto, las características de la víctima: su personalidad, su conducta y la relación con el victimario, pueden ser trascendentes desde el punto de vista jurídico, pues la configuración del tipo, la existencia o no del delito, la agravación o atenuación de la pena, dependen ya no del autor, sino de las particularidades de la víctima.

Así pues, la víctima puede ejercer una influencia determinante sobre el inicio del proceso penal, sobre su desarrollo y sobre el resultado final del mismo.

La acción penal como derecho subjetivo, nos indica Chioyenda, tiene dos direcciones, “*pues se dirige al órgano jurisdiccional a quien se pide la providencia y también al imputado respecto de quien se formula la requisitoria*”.⁶

Es primordial el papel de la víctima al denunciar el delito, pues si no hay queja, la autoridad no puede proceder, a pesar de haberse enterado de los hechos.

Para cerrar con este glosario de términos propios de la victimología, tenemos que *victimario*, proviene de la voz latina *victimarius* que, en su acepción original, es el sirviente de los antiguos sacerdotes gentiles, que encendía el fuego, ataba y sujetaba en el acto del sacrificio a las víctimas.

En sentido jurídico, el victimario es aquel que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima; es el sujeto activo del delito de la acción antijurídica.

En el ámbito del derecho procesal penal, se le identifica con el imputado, o sea, la persona a quien se atribuye la comisión de un delito, y que surge desde que se indica a alguien como supuesto autor de un hecho con apariencia delictuosa, desde los momentos iniciales de la investigación hasta la sentencia definitiva, y que lo transforma en condenado, o bien, lo absuelve.

Victimización es la irrupción significativa en la vida o bienes de una persona ejercida por una fuerza externa y que le causa una lesión material o moral seria; así pues, es tanto la consecuencia de una conducta antisocial, como el mecanismo por el cual una persona llega a convertirse en un sujeto pasivo de un hecho punible.

Victimidad, es el conjunto de factores que predisponen a una persona o grupo a ser víctima; *victimar*, es hacer objeto a otro de una acción victimante, o sea, convertir a alguien en víctima; *victimizable*, es el sujeto susceptible de ser víctima; *victimante*, es aquello con capacidad de victimar; *victimógeno*, lo que puede producir la victimación; *victimidad*, es el conjunto de factores que predisponen a ser víctima; *precipitación victimal*, son las contribuciones directas y positivas de la víctima a los hechos.

III. VICTIMOLOGÍA Y DERECHO VICTIMAL

La victimología surge a mitad del siglo XX, pues si bien los fundadores de la criminología, presumían la importancia crucial de la relación víctima-delincuente, no fue sino hasta la década de los cuarenta que el término fue invocado por el propio Mendelsohn, uno de los pioneros en la materia.⁷

⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA. op. cit. p. 76

⁶ Cit. por RUBIANES, Carlos. Derecho Procesal Penal. Depalma. p. 454.

⁷ Cfr. MARCHIORI, Hilda. Criminología: la víctima del delito. Porrúa. México, 1998. pp. 1-5.

A partir de entonces, el autor elabora infinidad de trabajos en los que insta a buscar métodos para reducir los elementos perjudiciales de la situación victimal, disminuir la gravedad y la magnitud de las consecuencias, así como prevenir la reincidencia, o sea, la posibilidad de que el individuo llegue a ser víctima de nuevo.

Las obras de Mendelsohn y de Hans Von Hentig, permitieron a la victimología consolidarse, hasta alcanzar el grado de campo de investigación científica.

El objeto de estudio, como ya hemos sugerido previamente, es la descripción del hecho criminal y los factores que lo determinan, por su autor y por la víctima del delito, tanto en su personalidad, como en su posible condición de factor o estímulo del hecho delictivo; sin embargo, es reivindicación tardía, por cuanto los criminólogos han ignorado empecinadamente, la condición de las víctimas del delito.⁸

Así pues, definimos a la victimología como la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito⁹; y aún más allá, analiza el crimen como un problema de dinámica, a fin de construir un sistema de tratamiento y prevención alrededor de la víctima¹⁰.

Haciendo taxonomía, la criminología proviene del derecho penal; a su vez, la victimología proviene de la criminología, por lo tanto, la victimología está ligada al derecho penal.

Uno de los temas fundamentales del derecho penal que guarda afinidad con la victimología

es el sujeto pasivo del delito; y aunque sujeto pasivo y víctima deben ser tratados desde ángulos diferentes, tal y como hemos dicho, las aportaciones de la victimología son definitivas, en tanto prestan mayor atención a este último concepto.

En cuanto al derecho procesal penal, las relaciones con la victimología son estrechas, ya que la participación de la víctima en el proceso, es de cardinal importancia.

De igual forma, la relación con el derecho ejecutivo penal, redundando en avances de los estudios victimológicos realizados en las prisiones y otros lugares de ejecución de la pena.

Ahora bien, en el derecho constitucional, la victimología tiene injerencia en capítulos tan importantes como la violación a las garantías individuales y todas las formas de abuso de poder.

Es así que, la victimología ha matizado el aspecto represivo y unilateral al derecho penal de incidir sólo en el acusado, motivando la protección a la víctima¹¹; con ello, se justifica la existencia del derecho victimal.

A partir de lo suscrito, la víctima adquiere tal importancia, pues sus derechos deben ser atendidos por el Estado, previéndose la reparación del daño, por parte del criminal, o bien, del Estado mismo¹²; incluso, extiende su tutela a la prevención del delito y la protección de la víctima; cuestión que, dicho sea de paso, es ya de explorada jurisprudencia.

La propuesta de que el derecho victimal se independice del derecho penal, responde a la insuficiencia de solventar el conflicto de la intervención del Estado como único ofendido, invocando el bien común o la defensa social, marginando a la víctima; pues el acto de autori-

⁸ Cfr. SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal. Bosch. Barcelona, 1990. pp. 56-60

⁹ Cfr. GULOTA, Gianfranco. La Vittima. Giuffrè. Varese, 1976. p. 45

¹⁰ Cfr. KIRCHHOF, Gers Ferdinand. International debates of victimology. WSV Publishing. 1994.

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA. Pp. cit. pp. 48-53.

¹² Ibid. p. 325.

dad, sólo satisface el mero impulso vindicativo de la víctima y no sus consecuencias.

IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VÍCTIMA EN MÉXICO

Por virtud de senda reforma al párrafo último del artículo 20 de la Constitución Federal, se propone instrumentar mecanismos para que los gobernados encuentren en la norma jurídica tutela y protección respecto de los actos de las autoridades encargadas de la impartición de justicia; asimismo, se reconocen derechos fundamentales para las personas que, por circunstancias involuntarias, han alcanzado la calidad de víctimas o sujetos pasivos de un hecho antisocial o delictivo. A continuación se cita a la letra:

*“En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, a los demás que señalan las leyes”.*¹³

No obstante, este precepto constitucional aún carece de una ley reglamentaria en que, las víctimas o sus familiares, se apoyen para exigir las garantías consagradas en sus hipótesis fundamentales; para precisar, estas garantías se enfocan a la materia procesal, es decir, aquellas que tienen las partes cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional.

Luego entonces, la ley reglamentaria del artículo 20 de la Constitución, deberá regular las siguientes garantías, a saber:

- a) Recibir asesoría jurídica: garantía que podría ser otorgada por una institución gubernamental, a manera de defensoría de oficio para víctimas.

- b) Satisfacción de reparación de daño: garantía que debe ser cubierta a la víctima en el momento procesal en que lo solicite.
- c) La coadyuvancia con el ministerio público: garantía que podrá ser agotada por los mismos defensores adscritos a la institución de defensoría de oficio para víctimas del delito, que ayudará a integrar el tipo penal y exigir la reparación del daño.
- d) Recibir atención médica: garantía fundamental, a fin de atender las lesiones físicas o psicológicas de las víctimas.

Es urgente pues, la creación de una ley federal para la regulación y protección de la figura de la víctima, que permita la concurrencia de los diversos sectores de nuestro país, y la coordinación de esfuerzos de las diversas dependencias federales con las autoridades de las entidades federativas, para su protección.

Para abundar, la regulación constitucional moderna se ha desarrollado respecto al proceso penal, sobre la posición jurídica del inculcado buscando garantizar sus derechos y libertades frente al poder estatal; sin embargo, esa regulación constitucional también debe alcanzar a los demás actores del proceso penal, a fin de darle la integralidad que requiere.

V. DERECHO VICTIMAL COMPARADO

El derecho comparado no es una rama especial de la ciencia jurídica, sino que se cifra como un método comparativo, con reglas básicas para alcanzar el objetivo.

Para ello, se debe conocer el derecho extranjero; en relación con la comprensión del ámbito social en que se aplica, se deben examinar sus fuentes, atribuyéndole el mismo valor que lo haría un jurista de ese país; es decir, no tratando de interpretar esas fuentes con la propia formación jurídica; así mismo, es fundamental el conocimiento de la historia, ideas sociales, políticas y económicas, que tienen aplicación y vigencia en el país que pretende hacerse la comparación.

¹³ Diario Oficial de la Federación. 3 de septiembre de 1993.

No es necesario conocer todo el derecho de un país, para juzgar en forma útil ciertos problemas jurídicos, pues un cierto conocimiento de la estructura del sistema, sus principios generales, sus fuentes, es suficiente para orientar las investigaciones.

El empleo del método comparativo, a pesar de ser un instrumento delicado, es indispensable en el estado actual de la ciencia jurídica; ya que el jurista, para enfrentar los retos que impone el escenario actual, debe conocer los elementos básicos del derecho comparado y atreverse a complementar su formación con el conocimiento de otros sistemas y estructuras jurídicas.¹⁴

Siguiendo esta propuesta, a fin de robustecer nuestro estudio revisaremos la injerencia de aspectos del derecho victimal en los sistemas jurídicos norteamericano, argentino y español.

Los Estados Unidos de Norteamérica, están conformados por cincuenta estados independientes, cada uno con su propia Constitución; su gobierno se funda en la división de poderes, tanto a nivel estatal como federal; su sistema jurídico, pertenece a la familia anglosajona del *common law*.

Los estados, tienen autoridad sobre la mayor parte de los aspectos de la vida pública, con excepción de los conferidos expresamente al gobierno federal.

El sistema judicial es de doble jerarquía jurisdiccional, ya que la competencia de las jurisdicciones federales depende de la naturaleza del litigio y la naturaleza de las partes.

La mayor actividad forense se advierte en los tribunales estatales, ya que sólo el 5% de las causas son ventiladas ante la Corte Federal, en la que se plantean cuestiones de derecho que provocan debate nacional.

Las veintiséis enmiendas a la Constitución Federal representan los derechos de los ciudadanos ante el gobierno; las diez primeras se consideran el *Bill of Rights* (catálogo de garantías).

Los esfuerzos en materia de atención a víctimas entienden: el establecimiento de programas de restitución para el ofendido, compensación del Estado y asistencia gubernamental, así como garantías para asegurar el tratamiento de las víctimas en el proceso judicial.

Los estados de Arizona, California, Florida, Georgia, Michigan, Texas y Washington, en sus respectivas constituciones, prevén derechos como la necesidad financiera de la víctima, en la figura de la compensación estatal.

El Derecho de la víctima, de estar presente en todo el juicio se llama *desideratum*, y se concede de diferentes maneras; por ejemplo, en Florida la víctima puede estar presente hasta donde la extensión de derechos del defendido no sean infringidos; en Texas, puede estar presente, siempre y cuando su testimonio no afecte otro testimonio.

Algunos conflictos constitucionales se generan por los diferentes objetivos entre las víctimas y las enmiendas constitucionales; aunque algunos estados ya han adoptado tales modificaciones no pueden llevarse a cabo, pues no pueden encausarse y justificarse en la unión de objetivos.¹⁵

Los bienes jurídicos tutelados y los límites a la potestad punitiva del Estado que dan base al principio de la necesidad de la pena como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y que se encuentran implícitos en el estado de derecho, han sido objeto de preocupación de los juristas del sistema continental.

En época reciente se ha llegado a la categórica trascendencia de la afectación de la potestad, en la creación del delito.

¹⁴ Cfr. VALLARTA PLATA, José Guillermo. Introducción al Estudio del Derecho Comparado del Derecho Constitucional. Porrúa. México, 1998. pp. 1-5.

¹⁵ LAMBORN, Leroy. "La Constitucionalización de las víctimas en los Estados Unidos". Curso Internacional de Criminología. ULSA. México, 1995.

En los Estados Unidos, existe una larga tradición jurisprudencial acerca de la invalidez de las leyes penales que castigan comportamientos que suponen “sustancial perjuicio para el público”, expresión de noción de bien jurídico tutelado, derivación del principio del debido proceso de las enmiendas V y XVI de su norma constitucional.¹⁶

En Argentina, coexisten dos órdenes normativos constitucionales: el nacional y el provincial.

A partir de la reforma de 1994, el sistema jurídico argentino ha incorporado importantes hipótesis que, en relación a la víctima, aquí comentamos:

- a) Debido proceso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el Artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúa como acusado o acusado, demandante o demandado.
- b) Igualdad ante la ley. Tocante a la víctima resulta contradictorio que el Estado se apropie del conflicto y coloque en una especie de capacidad disminuida a la víctima, pues entonces se acentúa el proceso de victimización y, por lo tanto, de desigualdad en su posición.
- c) Derechos no enumerados. El Artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina, reconoce derechos no enumerados, los cuales nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno; entre ellos, podemos entender incluidos, los de la víctima.

El contraste entre delincuente y víctima está claramente atenuado en la legislación argentina, ya que se incrimina, cada vez con mayor

frecuencia, delitos con el innovador concepto de *víctimas difusas*.

En beneficio de la víctima, el derecho penal argentino, ha ido sustituyendo la causación del daño, por la idea de la puesta en peligro.

En el sistema del Código Penal argentino, se advierte una notoria referencia a la persona individual, ello como una especie de contrafigura del autor del delito.

La acción penal procesal se limita en su contenido, por las figuras jurídicas delictivas tipificadas.

La acción penal pública constituye la regla en el derecho argentino; no obstante, las acciones privadas nacen de los delitos de calumnias, violación de secretos, concurrencia desleal.

El artículo 79 del código vigente, menciona que desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización, el Estado Nacional garantizará a las víctimas de un delito el pleno respeto a los derechos de recibir un trato digno y respetuoso, a la protección de su integridad física y moral y a que sea informado de los actos procesales.

El código, impone al órgano jurisdiccional competente la obligación de hacerle conocer a la víctima que posee los derechos enunciados en sus artículos.

La consagración expresa de que, a la víctima le asisten derechos, con relación al procedimiento que desarrolla el Estado, debe favorecer la creación de un servicio público de asesoramiento y asistencia a las víctimas y testigos; asimismo, la regulación, también explícita, del ejercicio de la acción civil en la sede penal, determinan un sólido avance.¹⁷

¹⁶ Cfr. HENDLER, Edmundo. Derecho Penal en Estados Unidos de América. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). México. pp. 125-135.

¹⁷ Cfr. BERMÚDEZ, Víctor Hugo. La víctima en el Proceso Penal, su régimen en Argentina. Depalma. Buenos Aires, 1995. pp. 20-47.

Al parecer, el sistema jurídico español no presta demasiada atención a las víctimas y no existe impulso suficiente para abordar la construcción de programas asistenciales e indemnizatorios semejantes a los ya existentes en otros países.

La legislación, no supone la concesión formal de derechos o acciones para satisfacer las necesidades sentidas por una persona victimizada, si al mismo tiempo no se establecen las condiciones materiales imprescindibles para que esta satisfacción tenga efectivamente lugar.

Esta desprotección de las víctimas a nivel reparatorio no significa, sin embargo, que el legislador haya ignorado la relevancia del papel jugado por el protagonista del drama criminal.

El Código Penal español presta poca atención al comportamiento y situación de las personas que, al ser lesionados en sus derechos, quedan promovidas a la condición de víctimas, así en la fase previa a la comisión del hecho delictivo y durante su ejecución o con posterioridad a la consumación; de igual forma, respecto del papel desempeñado por la víctima en la génesis del hecho criminal, en la preparación y ejecución del delito, y también en los momentos posteriores a la consumación; así pues, el delito se persigue, enjuicia y sanciona con independencia de la intervención de la víctima en su aparición, y prescindiendo de la actitud de la misma respecto de la pena y demás consecuencias jurídicas de la infracción.

Este principio general ofrece, en cualquier caso, significativas excepciones, pues en la fase post-delictiva, la víctima adquiere un cierto protagonismo, ya que se le reserva la iniciativa sobre la puesta en marcha del procedimiento y en algunos casos, puede perdonar al victimario; finalmente, sus intereses se tienen en cuenta, en función de la posible responsabilidad civil.

La problemática del sistema español, se concreta en el vacío legislativo respecto de la víctima, ya que no disponen de una normativa en orden a la indemnización por el Estado a favor de las

víctimas desamparadas de determinadas infracciones criminales.¹⁸

VI. EL DERECHO VICTIMAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985, adoptó en su resolución 40/34, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*; y por la importancia que reviste para tratar el tópico, nos permitimos abordarlo con la precisión de sus diversos componentes temáticos.

El documento en cuestión, entiende 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 los 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.

Se considera víctima a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En la expresión, se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo, que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Las disposiciones de dicha Declaración son aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, de nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

¹⁸ Cfr. LANDROVE DÍAZ. op. cit. pp. 88-108.

Postula, que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto por su dignidad; que tengan derecho de acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

Pretende se establezcan y refuercen, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles; informándose a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Para ello, se deberá facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; y,
- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Propende por que se utilicen, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de con-

troversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Advierte que los delincuentes o los terceros responsables de su conducta deben resarcir equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento, comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

Para ello, los gobiernos deben revisar sus prácticas, reglamentaciones y leyes, de modo que, se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija debe comprender, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación, cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

Considera también que, cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Así, cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menos-

- cabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; y,
- b) A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

Pretende se fomente el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Señala que las víctimas deben recibir la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

Para ello, se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos, proporcionando al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida, prestando primordial atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños.

Refiere un aspecto medular para el presente estudio, al señalar que entiende por víctimas de abuso de poder, 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.

Para ello, los Estados deben considerar la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

Insta a que los Estados consideren la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas de abuso de poder, que revisen periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, para promulgar y aplicar, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y cursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

VII. LA VÍCTIMA Y LOS DERECHOS HUMANOS

En 1942, Europa era invadida por el ejército nazi, que intentaba imponer un “nuevo orden”; y no sólo los judíos fueron víctimas de sendas abominaciones y abusos, de crímenes de lesa humanidad.

La innarrable crueldad desplegada en campos de concentración y exterminio, pervive en la memoria colectiva.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, veinticuatro miembros de la cúpula nazi fueron llevados a juicio, acusados de crímenes de guerra, doce de los cuales fueron sentenciados a muerte, siete condenados a penas de reclusión, tres fueron absueltos y uno resultó desglosado.

Hoy, en el Oriente próximo, las peores atrocidades que acontecen, se deben por un amplio margen a las potencias colonialistas que apostaron sus intereses económicos en la zona, dejando un reguero de sangre y destrucción en

territorios palestinos bajo la ocupación militar de Israel, aún no se señalan culpables.

El sistema del *apartheid*, entiende la total o parcial exclusión de una categoría o grupo de personas, les segrega de la participación en las decisiones sociales, económicas y políticas trascendentales; de hecho, les niega diversos derechos, bajo argumentos, ya religiosos o de seguridad nacional.

A pesar de que el modelo de discriminación social sudafricano del *apartheid*, está oficialmente proscrito, podemos encontrarlos en diversas partes del mundo, ya enmascarados o con algunas variantes, no obstante todas con el mismo componente: el odio racial.

Sin pena y con gran preocupación, hay que señalar las condiciones de marginación, explotación, ignorancia, pobreza, y ausencia de servicios públicos a que han sido condenadas una gran cantidad de comunidades indígenas, a lo largo y ancho de nuestro país; los indígenas, utilizados sólo para el discurso político hueco, han sido sometidos al frío olvido de la estadística, al desamparo y al mercadeo del folclor; eso, por supuesto que es discriminación.

Aún hoy para muchas mujeres, acceder libremente a actividades laborales y recibir beneficios sociales, resulta imposible; y en ciertos países integristas, ni si quiera les son reconocidos los más esenciales derechos fundamentales.

Cuando en el extenso territorio del mundo subdesarrollado encuentran las mujeres trabajo, no es siempre en las mejores condiciones; muchas de ellas, son sometidas a hostilidades y trato inclemente, alejado de todo principio universal de derecho laboral.

Queda aún como vergonzante caso abierto, el vejamen y asesinato de un indignante número mujeres en Ciudad Juárez.

En los países desarrollados, principalmente en los Estados Unidos, la condición a la que son

sometidos los trabajadores migrantes indocumentados es cruel e inhumana; no sólo se les persigue como criminales, sino que se les niegan servicios humanitarios.

A pesar del abismo siempre creciente que separa a los ricos y a los pobres y del que tanto habla la ONU, y no obstante la muy discutida extinción de la clase media en Occidente, el ataque contra el empleo y el nivel de ingreso, no es quizá, el delito corporativo más grave al que nos enfrentamos como ciudadanos del mundo, y que en teoría no es irreversible.

A largo plazo, peores serán los crímenes que las grandes corporaciones empresariales, en contumacia con gobiernos que les son serviles, cometen contra el medio ambiente, contra las reservas alimentarias, contra los pueblos y las culturas indígenas, y contra los derechos humanos.¹⁹

Todas estas, son asignaturas pendientes y urgentes de resolver: la intolerancia, la descarnada violencia, la inseguridad, la injusticia, el terrorismo, la violación a los derechos humanos; desentenderse de ellas, implica dolosa complicidad; el Derecho tiene una encomienda milenaria, hoy debemos romper nuestra visión atávica, repensarlo, reconstruirlo, es deber y vocación reivindicar a las víctimas y edificar un refugio donde convivan el mundo real y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ, Víctor Hugo. *La víctima en el proceso Penal en América del Sur: su régimen en Argentina*. Depalma. Buenos Aires, 1995.

GULOTTA, Gianfranco. *La Vittima*. Giuffrè. Várese, 1976.

HENDLER, Edmundo. *Derecho Penal en Estados Unidos de América*. INACIPE. México, 1992.

¹⁹ Cfr. KLEIN, Naomi. No logo. El poder de las marcas. Paidós. Barcelona, 2001, pp. 316-317.

- KIRCHHOF, Gerd Ferdinand. *International Debates of Victimology*. WSV Publishing, 1994.
- KLEIN, Naomi. *No logo. El poder de las marcas*. Paidós. Barcelona, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Víctimas y Sistema Penal Español*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.
- _____. *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.
- MARCHIORI, Hilda. *Criminología: la víctima del delito*. Porrúa. México, 1998.
- _____. *El Estudio del Delincuente*. Porrúa. México, 1996.
- _____. *Personalidad del delincuente*. Porrúa. México, 1996.
- MELIA CANCIO, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Bosch. Madrid, 1998.
- NEUMAN Elías, *Victimología: El Rol de la víctima*. Buenos Aires, 1994.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*. Porrúa. México, 1998.
- _____. *Victimología: Estudio de la víctima*. Porrúa. México, 2000.
- RUBIANES, Carlos. *Derecho procesal Penal*. Desalma. Buenos Aires, 1985.
- SAINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 1990.
- VALLARTA PLATA, José Guillermo. *Introducción al estudio del derecho comparado del derecho constitucional*. Porrúa. México, 1998.
- VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al derecho*. Porrúa. México, 2003. p. 23
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica. Santiago de Chile, 1996.

**Desde la Independencia hasta nuestros días
EL CONCEPTO DE SEGURIDAD: DOS
SIGLOS DE CAMBIOS, ACUERDOS
Y REDEFINICIONES***

Dilia Paola Gómez Patiño**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2009

Fecha de aceptación: 20 de junio de 2009

Resumen

A través de la línea del tiempo, en 200 años de independencia las Constituciones de Colombia que han demarcado su porvenir, señalan a la seguridad hondas transformaciones motivadas por enfrentamientos territoriales o de índole político, o bien de discrepancias limítrofes o tensiones internas que amenazan con expandirse; sin embargo, este oscilar entre retos, conceptos, acuerdos, definiciones y búsquedas legítimas de estabilidad democrática, presentan un discurrir de la seguridad que han precisado replantear el rumbo que la protección del territorio, sus pobladores y la convivencia con las naciones vecinas conlleva en circunstancias y periodos disímiles.

Este es un vistazo somero a lo contemplado en la Carta Magna respecto a las directrices que sobre la seguridad, el órgano vital de una república como Colombia ha planteado y con-

tinuará planteando desde el seno de su marco consagrado como Ley fundamental en donde el eje histórico ha sido su cuna.

Palabras clave

Seguridad, Constitución, Indefinición, Concesión de poderes

**From Independence Until The Present Day
THE CONCEPT OF SECURITY: TWO
CENTURIES OF CHANGE, AND
AGREEMENTS REDEFINITION**

Abstract

Throughout the timeline, in 200 years of independence the constitution of Colombia that have demarcated their future, pointing to the profound changes caused by security clashes territorial or political, or disagreements or tensions surrounding that threaten to expand. However, this range from challenges, concepts, understandings, definitions and legitimate quest for democratic stability, present a discourse of security that have defined the direction in which to rethink the protection of the territory, its residents and coexistence with neighboring nations involved in circumstances and different periods.

This is a cursory glance at the system envisaged in the Constitution regarding the guidelines on safety, the vital organ of a republic like Colombia have raised and will raise from within its framework as enshrined in the constitution where the axis has historic been its cradle.

Key words

Security, Constitution, indecisiveness, Grant of powers

INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ya 200 años del grito independentista que repicó en el hemisferio como una expresión de libertad pero que como todo cambio, desató un precio. Porque dos siglos atrás la realidad de la seguridad no se entendía como un concepto sino como una cadena de sucesos que proyectaban estabilidad o desequilibrio, se

* Artículo resultado de la investigación “Bicentenario constitucional colombiano 1810–2010”, adelantada por Grupo Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada, la Universidad de Medellín, Universidad de Manizales y Universidad Libre de Colombia.

** Abogada, Universidad Militar “Nueva Granada”, MG. Análisis de problemas políticos, económicos e internacionales contemporáneos, Universidad Externado de Colombia –IAED. Investigadora Centro de Investigaciones Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada y Directora de los proyectos de investigación “Agenda de Seguridad Suramericana: Tendencias en Desencuentro. El caso Colombia – Brasil”, y “Biocombustibles: ¿Un nuevo sector estratégico para la seguridad energética suramericana?”, pertenecientes al grupo de Derecho Público reconocido en categoría A por Colciencias.

comprende que en esa ruta de búsqueda hacia la emancipación, Colombia tuvo que asumir retos después de su adiós al yugo español.

Intentaremos ofrecer a través de esta reflexión, los altibajos y los aciertos que frente a la seguridad, el país experimentó y continúa avizorando aunque si bien desde ópticas distintas según cada periodo de su historia le ha exigido definir.

1. EN RETROSPECTIVA

No cabe duda que del tiempo actual a los precedentes momentos de la patria colombiana, lo que implica hoy la coyuntura que en cabeza de Estados Unidos se impone frente a la seguridad, hay una diferencia abismal por cuanto hoy este concepto está estrechamente ligado al de defensa, situación que desde los días de independencia no iba más allá de la preservación del orden y la convivencia a nivel local pero muy pocas veces fronterizo, al menos mucho antes del conflicto amazónico y la guerra con Perú.¹ Esos valores de soberanía, cooperación, autodeterminación e independencia fueron madurando y se proyectaron como un ejercicio más político que cotidiano en el sentido de procurar una paz integral y no un bienestar cifrado en la vida apacible y tranquila de las poblaciones.

¿Qué significa esto? Desde la tradición oral, las historias de los abuelos y todo el acervo cultural transmitido de generación en generación, reunía los relatos de tiempos pasados con tintes de violencia pero en donde la seguridad estaba representada en los valores cotidianos de la bondad de vecinos a vecinos, de cooperación entre los habitantes de un mismo pueblo, de confianza cuyo pilar era la palabra y sobre la cual se acordaban negocios, trueques, tareas comunitarias y muchos propósitos comunes que proporcionaban sensación de bienestar y sentimiento solidario.

¹ Una tensión que data de 1829 y que se perpetúa hasta 1932 según los intereses fronterizos estaban en juego entre Colombia y Perú. Revista Credencial Historia. (Bogotá-Colombia). Edición 191 Noviembre de 2005.

Era un concepto –diríamos más doméstico- con un motor básico: el progreso en grupo, nada parecido al sistema doctrinario y conceptual que hoy manejan las instituciones encargadas de preservar la paz en el territorio; mucho más abismal que la interrelación con los planes de seguridad o defensa nacional entre países y con mucho menos parentesco con la seguridad hemisférica que tanto se maneja en el presente.

Atrás, la mirada nos presenta un caos a partir del sistema que Europa mantuvo en el periodo colonial desde donde se desprendió el anticolonialismo derivando luego en la independencia. Cuando la Patria Boba² dejó un legado de malestar en la estructura política, los criollos se percataron de lo difícil que resultaba equilibrar las cargas entre ricos y pobres –socialmente hablando- y centralistas, federalistas, conservadores y liberales –políticamente hablando- hecho que sólo muy pocos visionarios advirtieron como el primer síntoma de una desigualdad luego imparable cuyo contraste persistiría hasta nuestros días y que hoy observa el resultado al que asistimos.

En ese entonces, el Reino de Nueva Granada estaba *ad portas* de desmontarse y justo ahí, tras la influencia de los movimientos independentistas que estaban cobrando vida en otros puntos del planeta, se llega al grito de independencia. Sin embargo, con ella se perfila el gran precursor, Antonio Nariño y los primeros intentos constitucionales de que se tenga noticia encuentran asidero en 1811 con Cartagena como primer brote independentista lo que llevaría sin embargo al primer enfrentamiento civil por aquello de conformarse una plataforma de dos gobiernos que enfilaron las ideas federalistas versus las ideas centralistas.

La definición de liberación total del yugo español llegó de la mano del año 1819 bajo la con-

² Periodo entre 1810 y 1816 cuando las virtudes idealistas de unos gobernantes que hasta la consolidación de la República, vivieron una fase de letargo que no les permitió ver cómo una brecha social se acercaba por la idea de mantener todo bajo control y armonía aparente.

ducción de Bolívar pero se signaría en 1821 el nacimiento de la Constitución de 1886 que dejaría en el recuerdo las antecesoras de 1811 y la de 1830 justo cuando en esta última tiene lugar el adiós de Ecuador y Venezuela Constitución que enmarcaría el nacimiento de la República de Colombia.

2. LA SEGURIDAD EN LA DIMENSIÓN DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Pero ¿qué proyección alcanza el concepto de seguridad a lo largo de las Constituciones? Este es el interrogante central de nuestra presente reflexión. Ahí se esconden los secretos del desarrollo y el comportamiento que la seguridad como tal ha observado en este eje diacrónico. Para ese entonces, un sistema como tal de defensa y seguridad como el que hoy se concibe no contemplaba un Estado orgánico que permitiera formular planes de guerra bajo lineamientos estratégicos porque sencillamente, la seguridad no era un enfoque en sí mismo, ni siquiera una dirección sino simplemente un deber comunitario en que los unos y los otros así la concebían y preservaban:

“... de imponer las contribuciones indispensables para estos fines, ú otros convenientes à la seguridad, tranquilidad, y felicidad común, con plena y absoluta autoridad para establecer las Leyes generales de la unión, juzgar, y hacer ejecutar cuanto por ellas queda resuelto y determinado ...” (*Const. 1811 - Sección Bases del Pacto Federativo*).

Ese Estado social de Derecho aún se perfilaba incipiente cuando esboza:

“El Poder Ejecutivo, conformándose a las leyes y resoluciones que en las varias ocurrencias le comunique el Congreso, proveerá con todos los recursos del resorte de su autoridad a la seguridad interior y exterior del Estado, dirigiendo para esto proclamas a los pueblos del interior, intimaciones, órdenes y todo cuanto crea conveniente”. (*Const. 1811 - Art. 100*).

Lo que contrasta con lo que la Constitución de 1886 ya demarca como diferencia entre concepto de defensa nacional y concepto de seguridad nacional toda vez que el Artículo 120 de la Constitución de 1886 define:

“... otorga al Presidente de la República, la atribución de dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de guerra como Jefe de los Ejércitos de la República, la Ley 102 de 1944, fijó al entonces Jefe de Estado Mayor, las funciones de órgano de mando del Gobierno”.

Así, se concibe un órgano institucional encarnado en unas Fuerzas Armadas cuya misión sea defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, asegurando el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (*Constitución vigente*).

Desde su estructuración, el patrón ontológico de la institución encargada de la defensa y seguridad nacionales se constituyó por tres Fuerzas a saber: el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana. No obstante, siendo parte angular de la preservación de la seguridad y el orden público, la Policía Nacional de Colombia quedó adscrita al Ministerio de la Defensa, no así al Comando General de las Fuerzas Militares.

Sentados estos rasgos dicentes del curso que ha observado el tema de seguridad, puede afirmarse que los tres estados de excepción -guerra exterior, conmoción interna y emergencia- sentaron la diferencia entre lo que en el siglo XIX representó la experiencia de soberanía y lo que en el siglo XX significó la abstracción del concepto de seguridad. ¿Cuáles, entonces, son las diferencias que la seguridad fue describiendo en la historia del país? Si el término “seguridad” implica una ausencia de amenaza, esta no resulta ser la misma para la Constitución que rigió hasta 1991 (Saint Pierre, 2006).

En efecto, la seguridad se interpretaba en las Constituciones anteriores como un término asociado al buen convivir sin ligarla marcadamente a un peligro interno o externo tan abierto como el que hoy se maneja. Si bien es cierto que la “época de la violencia”³ con todo y sus personajes concebidos en ambientes de desigualdad surgieron como los bandoleros de turno –caso Efraín González o sangre negra- esto no significa que se comprendiera desde la alta esfera y la misma sociedad, que se cernía sobre el país una amenaza real cuando tras el enfrentamiento entre liberales y conservadores, los campos fueron perdiendo la sensación de confianza y se convirtieron en las trincheras de los bandos a nombre de un partido u otro mientras detrás ya se fraguaba el trasegar vengativo de estos desmanes encarnado en Pedro Antonio Marín, el temible “Tirofijo” fundador de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia, Farc.

Desde este periodo, nunca como antes, la amenaza a la seguridad recaía exclusivamente sobre el Estado.

2.1. Los cambios

Sabido es que desde 1811 trascienden ocho constituciones⁴ que entre y una y otra reflejan la falta de definición del rumbo social, político y jurisdiccional del territorio que en principio aglutinaba bajo el virreinato a la Nueva Granada y posteriormente a la Gran Colombia. Esta indefinición, llevaría a suscitar cambios –tímidos unos, sustanciales otros- en los que los ciudadanos oscilaban entre la firmeza de unos acuerdos y la flaqueza de otros.

Cuando ocurre la separación de Venezuela y Ecuador se invalidan algunos acuerdos de or-

den legislativo que resultan inoperantes en la Constitución de 1830 dado que esa escisión se produce 120 días después de expedida de modo que las seis constituciones siguientes demarcan un destino de concesión de poderes temporales sobre las provincias que hasta 1853 dejan al Estado de Nueva Granada en las manos de una guerra civil durante la elección como presidente de Pedro Alcántara Herrán. Hasta ahí, la seguridad competía más a lo local y a la preservación del orden territorial sin consolidarse una plataforma legislativa y un plan estratégico que la rigiera en términos de defensa, soberanía autodeterminación y equilibrio.

Posteriormente, el fortalecimiento que otras Cartas Magnas conceden al Presidente para que el orden se mantenga es un mandato que peligrosamente pisa los límites de una práctica autoritaria y centralista de manera que para contrarrestar esta dirección, se le abre la puerta al federalismo en la Constitución de 1853 cuya máxima expresión es la Confederación Granadina cuando la esclavitud queda sin piso y se abre paso al voto popular pero en materia de situaciones de seguridad y orden público, el Estado central entra a liderar esta competencia.

La continuidad del federalismo enmarca a la seguridad dentro de un poder que compete más al legislativo que al Ejecutivo y se hace dispar el manejo del orden público por cuanto se propone que cada provincia tenga su propio Ejército. Con el advenimiento de la presidencia de Rafael Núñez, 1886 determinaría cambios de estructura de las concepciones jurídicas, legislativas y ejecutivas de la nación hasta sostener muchos de estos principios durante una centuria. Desde ese contenido, el Estado entonces se redefine y retorna el cuerpo centralista denominando a cada provincia que hasta entonces se designaba como Estado, en departamento.

Para la seguridad esto significa dimensionar la realidad de guerras civiles y confrontaciones internas anteriores, a una visión más articular de las tensiones del territorio nacional en aras

³ Periodo marcado por el enfrentamiento entre liberales y conservadores tras la muerte del caudillo Jorge Eliécer Gaitán

⁴ Se expidieron en efecto, la Constitución del Estado Libre del Socorro, luego las de las Provincias de Cundinamarca, Tunja, Cartagena, Mariquita, Neiva y Antioquia.

de consolidar el poder Ejecutivo en todos los ámbitos. Con la extensión del periodo presidencial a seis años cuando anteriormente el poder legislativo lo había determinado en dos años, la Constitución da un giro que repercute en la institución encargada de la preservación del orden. La centralización del Ejército nacional es entonces un hecho y tal hecho perpetúa esta concepción de manera que la seguridad reposa en este órgano que también se ve afectado por aproximadamente cincuenta reformas.

Durante esas modificaciones, el pensamiento de Rousseau acerca de la igualdad de los hombres se trastorna por las disparidades que implica el poder soberano, pero la Constitución que nos rige durante cien años intenta no concebir absolutismos y da paso al Estado de Derecho que es lo que Max Weber sostiene en el sentido de que

“el Estado de derecho de contenido material fue sustituido por una forma racional de dominio, caracterizada porque siempre y en todo lugar, se debe únicamente a una obediencia impersonal, a una competencia objetiva, de tal manera que cada gobernante está solamente subordinado a un orden legal, impersonal, racional, y cada gobernado obedece exclusivamente al derecho”.⁵

De modo que entre cambio y cambio y de periodo a periodo, el concepto de soberanía de la mano de lo autoritario empieza a desmontarse al concebir la importancia del derecho natural. Pero es entonces, cuando en 1990, setenta miembros de la Asamblea Nacional Constituyente redactan la Constitución de 1991 y entre sus 13 títulos, 380 artículos y 59 disposiciones transitorias, el Estado Social de Derecho cobra más vida y la seguridad se empieza a regir más por el precepto del respeto a valores del derecho internacional que a su vez cobijan la dignidad humana, la paz extra frontera y los principios democráticos.

Entendida así, la seguridad se enlaza cada vez más con el concepto de soberanía deslindada de conceptos hegemónicos y con el cumplimiento de normas universales de convivencia y de la racionalización jurídica del poder. En la historia constitucional, la seguridad no estaba cimentada sobre las bases de la transformación de la fuerza en poder legítimo y entre la transición del poder de hecho al poder de derecho, la unidad del Estado y la nación en torno a la Constitución del 86, empezó a visualizar otros contextos y la seguridad se redefinió a través de nuevos acuerdos derivados del sinnúmero de cambios desde la independencia hasta hoy.

2.2. Las diferencias

Luego de este recorrido conviene señalar cuáles son los vectores que han diferenciado la concepción de seguridad a lo largo de estos periodos tras la independencia:

- De doctrina. La seguridad nacional fue un asunto más dependiente de decisiones locales y desarticuladas hasta el surgimiento de brotes de violencia que cobraron partido e ideología y en donde el comunismo no se había erigido como una amenaza. Después de esto, cambió la idea de la Defensa Nacional como la defensa del Estado.
- De ejecución. Dados los conflictos de mediana y baja intensidad, la seguridad empieza a verse como un terreno donde abonar profesionalización por la exigencia de capacitación ante los eventos que las organizaciones armadas suscitan en todo el territorio.
- De alcance. De la defensa de la seguridad a la defensa nacional como tal, la capacidad disuasiva y la adopción de una postura estratégica se daba antes como un asunto de preservación local de la armonía y la convivencia pero luego, se dimensiona más la seguridad interna netamente alrededor del orden público y al impedimento de un desborde del conflicto armado hacia el suelo externo.

Hoy, en la era de la globalización, se concibe que la seguridad es un aspecto que compete a

⁵ En sus reflexiones sobre los tipos de dominación.

individuos, instituciones, esferas gubernamentales, agentes de cambio y protagonistas de los conflictos. Es por esto que entre la seguridad y la defensa pese a existir una línea divisoria, lo que prevalece es la protección del ciudadano y de la democracia por parte del Estado, valor que en las constituciones anteriores no había implicado la formulación, diseño, desarrollo y ejecución de políticas de defensa y seguridad porque a excepción de lo que inicialmente abordamos como fueron los conflictos del eje amazónico y el conflicto con Perú, la capacidad disuasiva en las fronteras no había cobrado tanta vigencia como hoy.

Se buscaba una Constitución Nacional que plasmara un ente administrativo que articulara las acciones de seguridad y defensa y que en 1886 se concibió como la Secretaría de Marina y de Guerra. No sería hasta 1953 que bajo el mandato del general Gustavo Rojas Pinilla, se le confiriera a ese ente el nombre de Ministerio de Guerra. Bien distinto esto de lo que conceptualmente significaba la seguridad, surgieron iniciativas para integrar políticas, entes, legislación y ejercicio del Estado Social de Derecho. Cuando ese ente regulador del orden público, la soberanía y la protección se hizo más evidente en la estructuración orgánica, surgió el nombre como tal de Ministerio de Defensa.

Los valores constitucionales y democráticos sumados a los problemas de seguridad interior vieron luego la necesidad de preparar una doctrina para que la protección a la población civil observara un nuevo curso. Ese curso se cifraba en interpretar los nuevos desafíos ya que la sociedad colombiana antes del bogotazo observaba un concepto de seguridad locativo pero después de éste, surgiría una amenaza de desbordamiento de un conflicto que hoy ha puesto en la palestra pública al país como agente destabilizador de la región por la expansión de su conflicto hacia las fronteras.

3. EL RETO DE HOY

Suscitada la tensión interna, la postura de la nación adopta una plataforma defensiva militar

estratégica donde la agresión no es el fin último que la sustenta sino que amparada por la Constitución, las acciones deben enmarcarse en una política de defensa basada en los principios de autodeterminación y soberanía.

De ahí que la indefinición constitucional de 1809 a 1830 respecto a la seguridad avizoró otros cambios que luego en la Constitución centenaria hasta 1991, se cifró en la repartición del poder entre liberales y conservadores como causa de amenazas a la estabilidad pero cuando la tensión social por la inequidad se ve florecida y se le suma a esto el problema naciente del narcotráfico, el conflicto mantiene al territorio en permanente estado de crisis.⁶

A partir de este cúmulo de situaciones, los retos constitucionales frente a la defensa apuntan a la gobernabilidad porque el recrudecimiento de las tensiones precisa garantizar la seguridad de los pobladores que día a día se ven desplazados y que por la incubación de narcoguerrilla y paramilitarismo, la seguridad se vio sensiblemente afectada sin más derroteros de disminución del conflicto que una política de Estado más preparada para el desmonte.

Pero el sistema doctrinario que compete a la seguridad y a la defensa va más allá de un pensamiento estratégico pues tras lo ocurrido en el 2001 con los atentados terroristas a Estados Unidos, los gobiernos dieron un viraje a su visión de seguridad y la política frente al significado de la Seguridad Nacional, demandó de los líderes, acciones donde el Nuevo Orden Mundial, concede a la amenaza terrorista una implicación con tintes de intervencionismo político y hasta militar.

Como la seguridad hemisférica se erigió con un pilar de las agendas nacionales, habría que ver en el momento cuánto de lo que constitucionalmente reza en la Carta Magna colombiana abo-

⁶ SEGOVIA, Juan Fernando. Derechos humanos y constitucionalismo. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales. S.A, Barcelona, 2004.

ca por planes de ayuda a la seguridad sin que esto menoscabe el concepto multidimensional de seguridad que hoy prima en el mundo.

Las amenazas a la seguridad nacional ahora se relacionan directamente con la injerencia en sus asuntos internos que hace vulnerables a las fronteras a la intervención armada por lo que se cierne sobre los territorios dadas las nuevas expresiones del terrorismo.

Los principios de soberanía, autodeterminación, independencia, patriotismo consignados en la Constitución vigente en Colombia, se enfrentan ahora a la nueva doctrina estadounidense de seguridad hemisférica según la cual:

“la defensa colectiva o la seguridad colectiva mueve a la integración de los países del área en un mecanismo de defensa regional de la “democracia”, según el criterio neoliberal” (Saavedra Pérez, E. y López Castro).

Si prevalece la política de un Estado sobre otro, constitucionalmente hablando se corre el peligro de agresión cuando la seguridad colectiva busca proteger los intereses y la soberanía de cada uno de acuerdo con un criterio muy particular y esto no se limita al terreno militar pues los factores de la seguridad nacional como colectiva pueden correr el riesgo de transgredir los límites de la cooperación y desbordar el control geoestratégico.

Bajo la figura de arreglo concertado, puede diseñarse un sistema de defensa multilateral sin detrimento de las soberanías nacionales, su autodeterminación, integridad territorial y orden constitucional dentro del objetivo constitucional que no es otro que mantener la paz y la tranquilidad de los pueblos.

Visos de alerta

Velar por la soberanía se advierte en la Constitución como una forma de insertar un concepto de seguridad más amplio:

“Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe” (Const. Título I – De los principios fundamentales - Artículo 9).

Pero esta redefinición es en sí misma una advertencia sobre la inviolabilidad del derecho que tienen los Estados para determinar, decidir y aplicar sus propios sistemas jurídicos, con independencia de otros sistemas jurídicos internacionales. Aunque 20 reformas tras la promulgación de 1991 se han efectuado a la Carta Magna, el aspecto de la seguridad básicamente conserva los principios y valores que se estiman son los más inamovibles para hablar así de un Estado Social de Derecho.

Como esta Constitución sigue un contexto histórico en el que se toma muy en cuenta la dirección del Nuevo Orden Mundial cuando cae el escenario bipolar, lo democrático apunta a una interpretación de la filosofía del Estado Social de Derecho en donde los mecanismos de participación social también subyacen al tema de la seguridad. En la región latinoamericana queda claro que cuando se habla de fronteras salta a la vista el tema al abuso de las fronteras y esto quedó evidenciado en el bombardeo al campamento de las Farc en territorio ecuatoriano.

Si la incursión en un territorio soberano de un Estado se produce por la actuación de grupos irregulares en este, la Constitución deja inerte esta conducta al sentar su disposición sobre la soberanía.

La discusión aún se centra en si la comunidad internacional considera que el terrorismo justifica la incursión en un territorio soberano de otro país o si un Estado tiene que defenderse contra la amenaza del terrorismo y proceder a transgredir los límites. También entra en debate

si la soberanía territorial es un principio del Derecho Internacional, hasta qué punto el derecho de la defensa nacional también es parte del Derecho Internacional.

La política preventiva de Washington ha obligado a que la seguridad sobre la soberanía territorial sea discutida en el seno de las Constituciones de los Estados pero particularmente en Colombia, el tema de la seguridad está ligado a la lucha antiterrorista.

Las nuevas guerras de las que habla Mary Kaldor apuntan a que las Constituciones deben ajustar esos sucesos al engranaje jurídico, estructural y legislativo para no correr el riesgo de desfasarse con lo que el mundo después del 11 de septiembre de 2001, ha concebido por seguridad.

Como estas guerras pueden cobijar a la población civil, Colombia no se sustrae a esta expresión de la “guerra preventiva” pues compromete a sus fuerzas nacionales replicando en otras de carácter transnacional. Las contiendas entonces no se hacen esperar y de lo que en el siglo IX comenzó como una Confederación Granadina para evolucionar a una República, reclama para sí que la seguridad se sustente en concesiones de poder que respeten los principios base de la Constitución en cuanto a protección del territorio y sus pobladores se refiere.

Si el “eje del mal” propugnado por el ex presidente Bush conminó a la esfera internacional a justificar la guerra preventiva, lo constitucional en muchos Estados de Derecho contradujo tal precepto. Entre esas Constituciones se encuentra la nuestra por cuanto en ella se consigna que la defensa de la vida se preserva amparada por el Estado que tiene el deber de resguardarla y garantizar la seguridad de la misma. Esa seguridad va más allá de una amenaza militar o perpetración armada llámese legal o ilegal y justo esto es lo que está en discusión: la legalidad o ilegalidad de preservar la defensa del territorio más allá de la frontera.⁷

⁷ Ibid.

El Estado debe garantizar a los ciudadanos una convivencia pacífica pero si cualquier factor interno o externo afecta a esta, esas amenazas deben ser motivo de análisis en el seno de las Constituciones. Si el terrorismo es un tipo de amenaza también trasciende, en opinión de Johnson⁸ que “las tensiones entre Estados, el armamentismo, el crimen transnacional, el tráfico de armas, los desastres naturales, ataques al sistema de salud pública, y la pobreza, son constantes; pero mientras las guerras entre Estados están desapareciendo, el terrorismo y el crimen transnacional van en aumento”.

Desde esta óptica se exige que cada Constitución replantee sus políticas de seguridad en aras de velar por la seguridad interna toda vez que si esta se cumple, es posible evitar desbordamientos con Estados vecinos. A esto debe conducir el rumbo de las reformas que puedan ir insertándose en la Constitución colombiana según lo dicte el transcurrir de los acontecimientos.

Al reorganizar los mecanismos de seguridad la preservación de las libertades individuales deben primar por sobre toda maniobra legislativa en tanto lo interno y lo externo se combinen dado que al compartir una vecindad es posible advertir que la vulnerabilidad debe evitarse al máximo con instrumentos y acciones esgrimidas por un Estado Social de Derecho.

Hasta aquí, la alerta se hace impostergable porque nos estamos cuestionando si la falta de oportunidades, es un detonante para agudizar el conflicto en un país como el nuestro ¿hasta qué punto la política social debe ir a la par con la Política de Seguridad Democrática liderada por el actual mandato para reforzar una seguridad que no concurra únicamente en lo militar.

En verdad, las debilidades de los sistemas de justicia en Colombia ahora más que nunca precisan de una cooperación firme donde todo esté articulado: lo social, lo político y lo legislativo

⁸ JOHNSON, Stephen. “El camino hacia la seguridad hemisférica” en Revista apuntes de la Fundación Heritage. Folio 859. New Jersey, 2007.

para culminar con la concepción integral de una seguridad a prueba de altos riesgos.

Si la autoridad del Estado de Derecho empieza a cobrar un papel más protagónico y se apropia de los instrumentos que como estructura orgánica y esencial de una democracia le confiere el statu quo, le defensa de la seguridad le augura un mejor porvenir en tanto no se simplifique lo conducente a la seguridad en el empleo, en el medio ambiente, en el bienestar y calidad de vida, en la equidad social.

CONCLUSIONES

Tras el recorrido muy breve por lo que ha significado en los diversos periodos de la historia del país el concepto de seguridad a la luz de las Constituciones que la han concebido desde circunstancias diferentes, saltan a la vista las siguientes reflexiones para encaminar el tema y brindar un acercamiento más acorde con el mundo globalizado de hoy.

Del orden constitucional

- La idea de frontera se sujetó más en el final del siglo XIX y comienzos del XX, a una visión más doméstica de la cooperación mas que sobre una política estratégica.
- La seguridad no estaba estrechamente ligada en las primeras Constituciones hasta la de 1830, al engranaje de la defensa como tal sino a una visión local porque aún se vivía dentro del marco de una unión granadina bajo el virreinato y esto lógicamente incidía en la forma de regir un sistema legislativo que aunque con el antecedente independista, hasta ahora se estaba acomodando.
- El camino hacia una concepción de seguridad más abierta, no se da sino hasta la promulgación de 1886 cuando ya ha evolucionado el territorio hacia la concepción de una República y los brotes de emancipación ya no lo son sino que se plasman en una realidad que precisa de un Estado y una sociedad civil más próxima a la independencia misma.
- Los vacíos de las Cartas Magnas precedentes a la de 1991 en materia de seguridad y defensa, son producto de una irreflexión que sólo las guerras civiles acontecidas y los enfrentamientos del conflicto amazónico y la guerra con Perú, llevaron a un replanteamiento pero muy tímido en algunos artículos de la Constitución de 1886.
- En 200 años de independencia, se advierte una predisposición a concebir el aspecto militar únicamente en temas de seguridad cuando el uso de la fuerza se considera la acción última ante los brotes de amenaza. La Constitución de 1886 ya madura con mayor énfasis este aspecto e inserta otros ámbitos relevantes como el deber del Estado para favorecer la educación, salud, condiciones de vida y bienestar dignos a sus ciudadanos.
- La creación de fronteras inteligentes pasa a ser un distintivo en la Constitución vigente tras las reformas introducidas pues ya se advierten en su promulgación, nuevas disposiciones para el fortalecimiento de las leyes a nivel internacional.
- La vulnerabilidad de las instituciones democráticas no estuvo centrada en las primeras Constituciones hasta que tras la separación de Ecuador y Venezuela de La Gran Colombia, la seguridad de la población pasó a ser una preocupación objetivo y no una preocupación menor dado que los nuevos tiempos de asociación, requirieron estrategias más agresivas en cuanto a acomodación a circunstancias impredecibles se refiere.
- La multiplicación de fuerzas de cooperación significó la formulación de políticas de protección y esto así lo entendieron en la Asamblea Constituyente los 74 integrantes que redactaron los nuevos pilares a regir en materia de política exterior frente a la seguridad del hemisferio.
- Los cambios, los acuerdos y las redefiniciones que ha debido articular la historia constitucional de Colombia, hoy han dado un giro y están de cara a la visión multidimensional que este concepto tiene actualmente

en el mundo. Se espera que la nueva orientación refuerce el sistema de protección interna que compete al bienestar y al ideario de bienestar que universalmente rige a los pueblos.

Del orden práctico

- El Estado, en calidad de ser el principal proveedor de la seguridad, en su papel diacrónico sobre el devenir de la sociedad colombiana, ahora está abocado a imponer los niveles más altos de bienestar general tras las lecciones de la inestabilidad del orden público acaecido por el enfrentamiento interno.
- La seguridad implica ahora una visión multidimensional que va más allá del aspecto militar y en donde entran en juego los componentes sociales, ambientales, políticos, económicos, educativos, culturales y de salud. Colombia ahora debe emprender esa ruta para que los efectos de la Política de Seguridad Democrática tomen un cause más acorde con las exigencias globales de seguridad.
- En la gestión nacional e internacional debe primar la redefinición de la toma de decisiones tendiente al desarrollo y a las buenas relaciones de convivencia interfronteriza. Esta convivencia, también apunta a una reflexión en que la oportunidad para el intercambio y la proyección de programas de gobierno conduzcan a activar el concepto de seguridad entre los parámetros de desarrollo ciudadano, fortalecimiento de liderazgos democráticos, avance social y político, redefiniciones en el orden de los derechos humanos, convivencia interna y externa, resolución pacífica de conflictos y organización articular de grupos sociales a favor de sus intereses.
- Con la inclusión de valores que promueven una actitud abierta al concepto de seguridad más ligado con el desarrollo, la resolución de conflictos tiene que velar por el avance de la sociedad colombiana bajo los parámetros universales de convivencia pero

desde una óptica en que la cultura y la educación para la paz, promueva un país que garantice el Estado Social de Derecho.

- El futuro práctico de la seguridad, la defensa y la soberanía debe comulgar con las transformaciones en los códigos violentos que maneja hoy el entorno e impulsar la cultura de la paz de modo que se evidencien espacios desde la Constitución misma hasta los escenarios prácticos en que la convivencia pacífica y solidaria sea un hecho.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos

Constituciones de 1813, 1825, 1830, 1886, 1991 y reformas.

Publicaciones

Fals Borda, Orlando. *Las revoluciones inconclusas de América Latina (1809-1968)*. México, Editorial Siglo XXI, 2003.

KALDOR, Mary. *Las nuevas guerras*. Barcelona, Ed. Tusquets, 1ª. Ed., pp. 17-24.

SAAVEDRA PÉREZ, E. y LÓPEZ CASTRO I. Colegio Interamericano de Defensa. Notas 3. 2006.

SAINT PIERRE, Héctor. Grupo de Trabajo "Fuerzas Armadas, Estado y Sociedad". Centro de Estudios Latinoamericanos, Cela, 2006.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales. S.A, Barcelona, 2004.

WEBER, Max. *Sociología del poder: los tipos de dominación*. Madrid, Alianza editorial, 2007.

Revistas

Revista Credencial Historia. (Bogotá - Colombia). Edición 191 Noviembre de 2005.

Consultas online

<http://av.celarg.org.ve/ForoDerechosCulturales/ResumenSesion8.htm>

LA RESTRICCIÓN AL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO, ENTRE LA LEGITIMIDAD LEGISLATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL A LA ADMINISTRACIÓN*

Juan Pablo Sarmiento Erazo**
Universidad Javeriana

Fecha de recepción: 30 de abril de 2009

Fecha de aceptación: 25 mayo de 2009

Resumen

A partir de la investigación realizada desde la jurisprudencia constitucional y administrativa colombiana, que da lugar al debate entre derecho a la propiedad, regulación y expropiación, se argumenta que, la voluntad del legislador puede extraerse de maneras más o menos favorables a los derechos patrimoniales individuales, y la manera en que la justicia administrativa y constitucional intervienen para ponderar, mediar o privilegiar la voluntad del órgano de representación. Se cuestiona entonces la legitimidad y legalidad de la intervención del juez administrativo, que no actúa como juez constitucional, para condenar al Estado por la restricción o la vulneración del derecho de propiedad de los asociados de normas pre y post interpretadas constitucionalmente.

Palabras clave

Leyes expropiatorias, responsabilidad del Estado legislador, regulación, cesiones obligatorias gratuitas, democracia deliberativa, legitimidad de los jueces.

* El presente artículo es producto de la investigación adelantada por el autor sobre la legitimidad y legalidad de la intervención del juez administrativo desde la perspectiva jurisprudencial, constitucional y administrativa.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magister en Derecho de la Universidad de los Andes y cursa sus estudios de Doctorado en Derecho en la misma universidad. Profesor del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor y asesor en proyectos de investigación en Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado en la Universidad de Andes.

RESTRICTION OF THE RIGHT TO COMPENSATION OF DAMAGE UNLAWFUL, BETWEEN THE LEGITIMATE LEGISLATIVE AND JUDICIAL CONTROL OF THE ADMINISTRATION

Abstract

Based on research conducted since the constitutional and administrative law in Colombia, leading to the debate between property rights, regulation and expropriation, it is argued that the legislature will be drawn in more or less favorable to individual rights and how the constitutional and administrative justice act to balance, or privilege will mediate the representative body. Then questioned the legitimacy and legality of intervention by the administrative law judge, who does not act as a constitutional judge, to condemn the State for the restriction or infringement of the rights of property of the associated pre and post rules interpreted the Constitution.

Keywords

Expropriatories Laws, responsibility of the State Legislature, regulatory squeeze free, deliberative democracy, legitimacy of judges

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este escrito consiste en demostrar cómo el juez administrativo puede llegar a transformar la voluntad del legislador, cuando declara la responsabilidad de esta rama del poder público. Este supuesto nace de la tensión que persiste entre la voluntad expresa o implícita del legislador de limitar o impedir el reconocimiento de indemnización por los daños causados por la ley y el derecho a ser reparado por daños antijurídicos causados al asociado.

Esta manifestación se sostiene desde nuestro sistema jurídico, en el cual, el Tribunal constitucional es el único juez competente para conocer de la constitucionalidad de una ley, de manera que el juez administrativo no podría aportar de forma alguna, elementos normativos que tanto la Corte como el Legislador, han excluido de la regla. Con todo, si el juez administrativo reconoce la indemnización a un particular afectado por la disposición,

y el legislador se ha opuesto expresa o tácitamente a la misma, ¿es legítima la providencia judicial?, y en caso positivo, ¿nos encontramos frente a una forma de reparación de un patrimonio contrademocrático o tan sólo se trata de la intervención del juez administrativo en el “proceso dialógico”¹?

Entonces, expondremos cómo la Corte Constitucional colombiana ha partido de la oposición a la indemnización en escenarios expropiatorios en consideración al interés general de la sociedad, para realizar giros jurisprudenciales que reconocen la permanente afirmación de la justa indemnización. Así mismo, señalaremos el espacio, que desde nuestra experiencia, permite al Juez administrativo asumir competencia para conceder la indemnización en eventos expropiatorios o de oposición a la reparación en la Ley por un daño causado por el mismo Estado Legislador.

Con este propósito, presentaremos los diferentes grados de oposición del legislador que legitiman o impiden por completo, el reconocimiento a la justa indemnización. Así, nos referiremos primeramente a la oposición implícita del Legislador al derecho de reparación que puede permitir un papel activo del juez administrativo (1.), para luego, exponer el problema de la oposición expresa del Legislador al derecho a la indemnización (2.), y así, tratar la dificultad proveniente de las leyes expropiatorias (3.), para recapitular los temas tratados en el marco de la experiencia nacional (4.). Finalmente, expondremos brevemente el papel del juez administrativo en la configuración del sistema jurídico democrático por medio del proceso dialógico (5).

1. OPOSICIÓN IMPLÍCITA DEL LEGISLADOR AL DERECHO DE REPARACIÓN Y EL PAPEL ACTIVO DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

Desde la experiencia española, se ha entendido que la atribución del Tribunal Supremo para

¹ GARGARELA, Roberto, *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, conferencia del 29 de Septiembre de 2006.

declarar la indemnización por causa de una ley, puede producir una injerencia directa en el contenido mismo de la norma y en consecuencia, de la libertad de configuración del Legislador, donde la eficacia de su producto normativo queda condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas².

Así, en el ordenamiento constitucional español, el poder de decidir la constitucionalidad de una ley corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, razón por la cual, la doctrina de ese país ha entendido que sólo este Tribunal tiene la competencia para declarar la Constitucionalidad de la disposición, que dados los efectos diferidos en el tiempo o la modulación propia de la sentencia, podemos derivar directamente la reparación de un daño generado por la decisión legislativa³.

Luego, la imputación de responsabilidad puede acercarse a la sustitución de voluntad del legislador, en el entendido en el que la constitucionalidad de una ley la define exclusivamente el juez de constitucionalidad, y estando el Tribunal contencioso administrativo obligado a proyectar su decisión, basado en una disposición de la Carta Fundamental, podríamos aceptar la hipótesis anteriormente planteada.

La principal objeción que se presenta a la reparación patrimonial resulta ser la voluntad popular, entendiendo que la ley es la expresión de voluntad del pueblo deduciendo que la imputación de responsabilidad y consecuente declaración reparativa tendrá por resultado poner en cuestión las “bases mismas del Estado Democrático”⁴.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Ed. Thomson Civitas, Madrid 2005. p. 119.

³ Sobre los efectos patrimoniales de las sentencias de inconstitucionalidad, ver HERNÁNDEZ VALLE RUBÉN, *La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, Núm. 41. Mayo-Agosto 1994.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5ª Ed. Civitas, Madrid 2000, p. 211. cita a J- GUASP Aragoneses, Derecho Procesal Civil, Tomo I. 5ª Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 240.

En idéntico sentir, la práctica Alemana reprobaba la intervención judicial con el objeto de remediar el daño producido por la aplicación de una ley. Precisamente, la Ley alemana de 1981 en su artículo 5.2 establece que la responsabilidad del Estado, por la adopción de actos legislativos, se produce ante un comportamiento antijurídico “sólo cuando y en la manera que la ley lo determine”. Lo anterior ha permitido que la doctrina de ese país interprete, ante el silencio de la ley respecto a la indemnización, que esta reserva equivale a su negación. De este modo, ante el silencio del legislador, no existe forma alguna de declarar la indemnización a favor del patrimonio del individuo perjudicado⁵.

Por su parte, la experiencia francesa parecería basar la construcción de la responsabilidad del Estado Legislador en la interpretación de la voluntad del legislador, o de los trabajos preparatorios de la norma generadora del daño especial. Desde sus inicios, observamos el *arrêt Ferrier* de 6 de agosto de 1852, en el que se rechazó la demanda de indemnización por los daños causados por la supresión de la telegrafía privada, realizada por la Ley de 2 de mayo de 1837; en el *arrêt Moroge*, del 5 de febrero de 1875, el Consejo de Estado francés negó el pago de compensaciones a un fabricante por los daños producidos por la Ley del 2 de agosto de 1872, creadora del monopolio de cerillas; y en el *arrêt Compagnie Algerienne*, del 7 de diciembre de 1894, se negó cualquier reconocimiento de los daños producidos a esta empresa, por el reembolso de cantidades adelantadas al Estado, ordenado por la Ley presupuestaria de 26 de diciembre de 1892. Luego de mantener esta línea, la interpretación de la voluntad tácita del legislador toma mayor fuerza con el *arrêt Société Premier Et Henry* del 29 de abril de 1921, donde se argumentó que la Ley del 16 de marzo de 1915 tenía la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de produc-

tos peligrosos para la salud pública, como la fabricación de ajenjo (bebida fermentada peligrosa para la salud), y no ha previsto indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses se vieron afectados por la prohibición antedicha, resultaba en todo caso, excluida implícitamente por el mismo legislador⁶.

El *arrêt La Fleurette* permitió sostener y cerrar esta posición jurisprudencial al aseverar, como requisito de la indemnización, “que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad ‘La Fleurette’ tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido”⁷. Sin embargo, este fallo se aleja de su precedente en el sentido en el que el “silencio de la ley sobre la indemnización no constituye una presunción *iuris et de iure* sobre la exclusión del resarcimiento, sino una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la prueba contraria de que el legislador no pretendió evitar la indemnización”⁸. En todo caso, la práctica francesa excluye el derecho a indemnización cuando el acto normativo dañoso recae sobre una actividad riesgosa, in-moral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o al orden público.

En desarrollo de este argumento, la experiencia española considera que una decisión judicial diferente significaría la desnaturalización radical del papel del juez administrativo, que se vería investida de un poder normativo directo frente a

⁵ MAYER O. *Derecho Administrativo Alemán*, 2ª Ed., Buenos Aires, Depalma 1992, p. 237. y FORSTHOFF Tratado de derecho Administrativo, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, Citados por ALONSO GARCÍA Consuelo, Op. Cit. p. 122.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, Revista de Administración Pública, Num. 68, Mayo-Agosto de 1972, p. 72 y 79.

⁷ BROUELLE, Camilla. *La responsabilité de L'état du fait des lois*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit Public Tome 236, 2003. p. 73.

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. p. 88.

la representación popular⁹. Lo anterior, basado en que, primero, los Tribunales Administrativos tienen el deber de controlar la potestad reglamentaria, mas no, considera el profesor García de Enterría, de la potestad legislativa.

Segundo, el Juez controla la legalidad de los actos de la Administración, es decir, examina que la administración actúe en cumplimiento de la ley¹⁰, limitando por completo la posibilidad del Tribunal Administrativo de declarar patrimonialmente responsable al legislador, por la falta del servicio o excesos que conduzcan a la inconstitucionalidad de la norma y eliminando enteramente, la capacidad del juez de controlar omisiones legislativas.

Como podemos notar, estos puntos resultan bastante discutibles, sin embargo, pese a que en este documento lo debatiremos a profundidad, podemos adelantar la siguiente objeción. El juez administrativo se encuentra vinculado a la Constitución, la cual no sólo tiene por atributo la supremacía sobre los demás poderes públicos, sino que goza de suprallegalidad, condición que supone la normativización de las disposiciones constitucionales que tiene por efecto, el despliegue de reglas constitucionales, pre o pos interpretadas por el Tribunal Constitucional, a supuestos de hecho que, dado el caso, requieran la reparación directa del patrimonio del particular.

En la experiencia española, se ha señalado que la misma Carta Fundamental no admite que el Tribunal administrativo impute responsabilidad al legislador porque el cuerpo de representación prevé que sus productos normativos pueden tener consecuencias negativas no deseadas¹¹. Esto supone entonces que la Constitución impone un sometimiento pleno, exclusivo e incluso a la Ley, entendida ésta como único producto del legislador soberano.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Op. Cit., p. 124.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibid.

Ahora bien, en este punto, el cual disintendremos posteriormente en este escrito, rechazamos desde ya la comprensión estricta del concepto de ley, pues tratándose la Constitución de una supra norma, ésta tiene eficacia directa en todas las decisiones de los poderes públicos, lo que implica por demás, seguir de cerca el artículo 9.3 de la Constitución Española¹², disposición que establece la cláusula general de responsabilidad del Estado, y en el caso español, inhiben toda actuación “arbitraria” de los poderes constituidos.

En el mismo sentido, podemos presentar una crítica dirigida a una lectura incompleta del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del poder judicial¹³, pues éste establece que la administración es imputable “sea cual sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive”. En este sentido, el Legislador español ha sido explícito, “la Administración Pública, sea cual sea la actividad que desarrolle, es imputable y la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de su responsabilidad patrimonial, sin que esto implique la sustitución de su voluntad”¹⁴.

La respuesta a la antepuesta posición resulta debatida por el autor García de Enterría, quien ha señalado que la misma ley trae la “inequívoca” restricción a la competencia del juez administrativo, consistente en el control a “las disposiciones generales de rango inferior a la Ley”. De modo que, considera, resulta “expresa” la limitación a cualquier jurisdicción para cuestionar las leyes propiamente dichas. En este razonamiento, sólo serían censurables aquellas regulaciones “internas” del órgano legislativo y en sus relaciones económicas con terceros

¹² Ver también QUINTANA LÓPEZ, Tomas. *La responsabilidad del Estado legislador*, Revista de Administración Pública, Num. 135, septiembre-diciembre 1994. p. 130.

¹³ Dice el artículo citado: Conocerán asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, sea cual sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la Arbitrariedad del Legislador, una crítica de la jurisprudencia Constitucional*, Ed. Civitas Madrid 1998, p. 41 y ss

como sujeto de derecho, resultando excluida toda expresión “genuina del poder legislativo y en cuanto representantes del pueblo para regir a la comunidad política respectiva”¹⁵.

Esta respuesta sólo asienta la continuación del argumento previo, en la medida en que la jurisdicción contencioso administrativa parecería competente para conocer de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, no sólo por tratarse de la competencia que le otorga la Ley Orgánica del Poder Judicial español, sino porque el mismo Tribunal Constitucional Español así lo ha entendido. Con todo, la Justicia Constitucional lo desplegó desde la limitación de los poderes públicos hacia la arbitrariedad¹⁶, elemento igualmente válido, lo que por su parte demuestra la supralegalidad de la Constitución, permitiendo a su vez, de su aplicación directa, limitar al legislador y legitimar la intervención del juez administrativo.

Empero, García de Enterría modera un poco las limitaciones antepuestas en cuanto reconoce que es posible imputar responsabilidad en el Legislador, cuando “no haya que forzar la interpretación del precepto para comprender la responsabilidad por actos legislativos”. De esta manera, pese a que no le resultó fácilmente admisible, puede aceptar, siempre que sea una interpretación estricta de la norma, la reparación patrimonial individual ante silencios normativos¹⁷. Lo anterior claro está, con el objeto de encontrar esa voluntad implícita del Legislador que permita, por decirlo de alguna manera, “autolimitarse”.

En este punto propondríamos una importante réplica, el autor citado ha deducido la necesaria

interpretación estricta de la norma para imputar responsabilidad en el Legislador de su propia voluntad, lo que supone que el legislador prevería el daño que ha de causar su decisión normativa, permitiéndonos considerar la idea de inconstitucionalidad de la norma, pues si desde la formación de la ley, el legislador prevé el daño anormal a un patrimonio particular, podríamos estar ante la violación al derecho de igualdad. Esto considerando que una norma es general y abstracta y la previsión de daños particulares podría suponer la intención directa del legislador de causarlos.

Finalmente, una solución plausible es la propuesta por la práctica argentina al evaluar la constitucionalidad de una norma. Entiende la Corte Suprema de Justicia de ese país que en materia de interpretación de las leyes, debe preferirse la que mejor concuerde con “las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta”¹⁸.

En idéntico sentido, la experiencia española puede aportar una luz a este método. Así, entiende que es principio general, en materia constitucional, aquella interpretación de la ley que sea conforme a la Constitución, y se debe rechazar aquel que innecesariamente conduzca a su contradicción con la Carta fundamental. No obstante, su afirmación ha sido bastante estricta, evidente al momento de categorizar la naturaleza de la función de control constitucional¹⁹.

¹⁵ Ibidem., p. 131.

¹⁶ Ibid., p. 43, Cita entre otras sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC del 20 de julio de 1981, STC del 19 de julio de 1982, STC del 23 de mayo de 1985, STC del 29 de julio de 1986, STC del 11 de junio de 1987, STC del 22 de marzo de 1988, STC del 29 de Noviembre de 1988, STC del 22 de Abril de 1993, STC del 22 de junio de 1993.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español* p. 138.

¹⁸ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo. *La Odisea Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid 2004. p. 166.

¹⁹ SALAS, Javier. *El tribunal constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*, Revista Española de Derecho Constitucional. Abril 2. Núm. 6. Septiembre-diciembre 1982. Cita la sentencia del 1º de junio de 1981 (A. 231/1980). “La ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal potestad de anularla. Esta potestad sólo puede

Ambas prácticas logran exponer una forma de legitimar y preservar competencia en el juez administrativo para la imputación de responsabilidad, pese al silencio legislativo. El juez administrativo examinará la norma excluyendo toda oposición implícita del legislador a la reparación patrimonial, cuando ésta resulte contraria a la disposición constitucional, de manera que la reparación solicitada por el individuo afectado por la decisión legislativa resulta de la misma interpretación y seguimiento a la Ley, desde la integración con la disposición constitucional.

De este modo, no resulta muy apropiado buscar la voluntad implícita del legislador por medio de interpretaciones estrictas de la Ley generadora del daño, con mayor razón, cuando el texto es preinterpretativo, pues como hemos visto en el desarrollo de este documento, el texto postinterpretado por el Tribunal Constitucional, facilita la imputación de responsabilidad en el Legislador. Lo que podría resultar adecuado es la búsqueda directa en la Constitución, de elementos tales como: la garantía al derecho de propiedad y expropiación con indemnización, derecho a la igualdad, principio de buena fe (seguridad jurídica y confianza legítima), y demás garantías que la Carta consagra a favor del individuo y de los cuales, podríamos suponer, han sido consultados, o incluso desarrollados por el Legislador.

Nuestra experiencia parece menos agitada, en la sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana²⁰, la cual decide justamente

ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas; cuando un órgano constitucional o parte sustancial de él afirman la existencia de esa infracción, o cuando, de no ser declarada dicha infracción, un órgano judicial hubiera de verse en la situación de violar la Constitución porque, estando sometido al imperio de la ley (art. 117.1 de la Constitución), carece de facultades para inaplicarla, aunque la considere contraria a una norma mas alta, pero anterior en el tiempo. Cuando estas razones sólidas y graves no existen, el respeto del legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno”.

²⁰ Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia que declara la constitucionalidad del artículo 86 del código Contencioso administrativo que dispone: “Acción de reparación directa. La persona interesada po-

sobre la constitucionalidad de la omisión legislativa del artículo 86 del Código Contencioso administrativo, acusada por no contemplar explícitamente la responsabilidad del Estado legislador, ha expresado que:

Dejando a un lado la cuestión sustancial del fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal, cabe destacar que en todos los anteriores casos la acción impetrada fue la de reparación directa, de lo que se deduce que de conformidad con el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa esta es la vía judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputables al hecho del legislador.

Esta sentencia señala la interpretación abierta de Administración Pública, entendiendo que este significante incluye al Estado Legislador. Así mismo, encontramos un proceso argumentativo inverso al realizado por el Tribunal Constitucional español, pues como recordamos, éste acudió a la Constitución para inhibir actuaciones arbitrarias de cualquier rama del poder público, mientras que la Corte Constitucional consideró al artículo 86 del Código Contencioso administrativo como aquella cláusula general de competencia de la jurisdicción Contenciosa administrativa, debiendo quizá, acudir a la misma Constitución para legitimar y reconocer la competencia del Consejo de Estado.

La voluntad popular es construida desde el artículo 3° de nuestra Constitución²¹, partiendo

drá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa (...). Se debate si el Congreso incurrió en una omisión legislativa relativa que desconocería el artículo 90 de la Constitución Política, al no contemplar expresamente entre dichos supuestos, los hechos y omisiones imputables a la actividad del Estado Legislador.

²¹ Ver Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-245 de 1994, Providencia donde la Corte desprende la voluntad popular desde el artículo 3° de la Carta y en consecuencia, la soberanía retenida y delegada del poder popular al Legislador así “El Constituyente de 1991 introdujo, en el artículo 3o. de la Carta Política un cambio de profundas implicaciones tanto políticas como consti-

de dos condiciones. La primera, la voluntad popular en nada sugiere amparar la voluntad implícita del legislador de privar al particular de derechos adquiridos sin indemnización justa, pues el mismo constituyente en el artículo 58 de la Carta, reformado a partir de 1999, no permite la privación de derechos legítimamente adquiridos sin indemnización previa y el artículo 336 impide la ejecución de leyes que priven a particulares de actividades económicas, hasta que no sean indemnizados quienes hayan estado ejerciendo la actividad restringida.

La segunda condición conduce a que el control contencioso de leyes y la responsabilidad del Estado parecerían instituciones que, de la mano de normas constitucionales inmediatamente citadas, impiden que el desarrollo del interés general subordine intereses particulares, los cuales resultan protegidos desde la misma Carta fundamental, de manera que la interpretación de una ley no puede buscar la voluntad implícita del legislador contraria a la Constitución, tal interpretación sería inconstitucional.

Aunado a lo anterior, la suprallegalidad de la que goza nuestra Constitución impide que alguna interpretación de la ley pueda ser contraria a su composición, de manera que el juez constitucional y el administrativo siguen a la Carta como norma y en este sentido, desde el artículo 58 y 336, la privación de derechos patrimoniales supondrán siempre el reconocimiento de una indemnización y no otra interpretación al silencio de la Ley.

tucionales, al establecer que *“la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”*. Igualmente, en el artículo 133 estableció que *“los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”*. Este mismo artículo agrega: *“El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores, del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”*. Dicho cambio implica, ni más ni menos, que la adopción del concepto de *“soberanía popular”* y, por ende, la sustitución del concepto de *“soberanía nacional”* que en la tradición constitucional colombiana venía figurando desde las primeras constituciones de la República y que la de 1886 consagraba también, en su artículo 2o.: *“La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación...”*.

El artículo 90 de la Constitución impone además que todo daño causado al individuo debe ser indemnizado partiendo de la actuación y la omisión del Estado, que desde la sentencia C-038 de 2006, supone también al Legislador, de modo que si existe interpretación en que de alguna manera se acepte una norma que implícitamente se opone al reconocimiento de indemnizaciones, será el juez administrativo el que por vía de la reparación directa, restaure el patrimonio privado afectado interpretando la Carta como norma vinculante directamente en ese caso concreto.

No obstante, existen dos maneras de limitar esta aparentemente amplia restricción a la oposición implícita a la indemnización por parte del Legislador. Primera, no puede repararse la restricción de actividades privadas intrínsecamente ilícitas, las cuales serán tratadas a continuación, debido a que en experiencias foráneas y nacionales, parece común encontrar la oposición expresa a la reparación por parte del Legislador, porque las actividades que restringen suponen actividades dañosas o muy riesgosas que pueden generar perjuicios a la sociedad en conjunto o a particulares.

Este evento permitiría a ambos jueces, administrativo y constitucional, descubrir la voluntad implícita del legislador en oponerse a cualquier reparación. Luego, del desarrollo de toda ley a la voluntad y el interés general, el particular que desarrolle la actividad prohibida no podría solicitar la reparación del daño causado por la actividad vedada.

El segundo límite a la restricción de oposiciones implícitas consiste en la diferenciación entre regulación de un derecho y su privación. La regulación supone restricciones que dirigen la actividad económica o la explotación de derechos de propiedad a lo que se considere más conveniente al interés general. La privación del derecho de propiedad implica la desaparición del derecho de propiedad o de la actividad económica, lo que a la luz de nuestra Constitución, supone la constante reparación del patrimonio mediante la expropiación y en ocasiones, como

lo veremos en este estudio, de la indemnización por vía de reparación.

2. OPOSICIÓN EXPRESA DEL LEGISLADOR A LA REPARACIÓN

Desde la experiencia española, el autor Jiménez Lechuga encuentra como principal objeción a la reparación del daño patrimonial particular, la disposición expresa del Legislador que impida su reconocimiento²². Este autor intenta objetar la señalada postura atendiendo a una equivocada formulación del argumento, debido a que intenta configurar desde la expropiación, la responsabilidad del Estado por los actos del legislador con objeción expresa al resarcimiento de los daños pueden ser restaurados no por vía de expropiación sino de la reparación.

Esta reformulación presentada por Jiménez parece muy técnica y quizá innecesaria, con mayor razón cuando la Constitución española garantiza la propiedad y la expropiación con justa indemnización, además de la ya mencionada inhibición a la arbitrariedad de los poderes públicos. Su argumento toma fuerza cuando se refiere a los “valores superiores” de la justicia y la igualdad (Art. 1.1, 9.2, 10 y 14 de la constitución española), entendiendo que la explícita exclusión de indemnización por el legislador conduce a la contradicción del “espíritu” de los mencionados valores²³.

En este sentido, aceptar una disposición legislativa así, sería admitir una norma contraria a valores constitucionales, llamado “arbitrario inconstitucional” generadora de daños anormales a los individuos. Tanto más si se tiene en cuenta que los particulares siempre podrán demandar por la tutela efectiva de sus derechos ante la jurisdicción ordinaria²⁴.

²² JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*, Marcial Pons, Ed. Jurídica y social, Madrid 1999. p. 55.

²³ *Ibidem*. p. 70.

²⁴ *Ibidem*. Recuérdese que el sistema jurídico español consagra sólo dos altas Cortes, El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. El Consejo de Estado se razonó

Parecería ésta una defensa sólida y jurídicamente acertada, en el entendido en el que las disposiciones constitucionales permiten al juez administrativo la reparación de un patrimonio injustamente causado, o mejor, inconstitucionalmente afectado. Sin embargo, la hipótesis pierde aplicación parcialmente cuando, como lo señaló León Duguit²⁵, el Legislador ha impedido o restringido una actividad que hasta ese momento era libre, porque la considera peligrosa o perjudicial para otros sujetos de derecho o para el interés general. En este escenario, la prohibición de una actividad hasta ese momento libre, pero que por su peligrosidad o por los resultados nocivos de la misma, no puede hacer que el Estado incurra en responsabilidad por la prohibición de actividades nocivas, porque el desenvolvimiento de la “solidaridad social”, implican que el particular afectado no puede oponerse a la mencionada decisión normativa.

En palabras del profesor Jiménez, se trata del “daño merecido”²⁶, evento en el cual, se perjudica a un particular por aquellos daños que resultasen de la prohibición o limitación de actividades “intrínsecamente” ilícitas y, por tanto, meramente toleradas, pero en modo alguno protegidas.

Este es el caso que podemos tomar de la experiencia francesa. La Ley 13 de 1946 ordenó el cierre de las casas de tolerancia, decisión que legislativamente pronunció que “no habrá lugar a indemnización”²⁷, evento en el cual la respon-

como un órgano consultivo de justicia Retenida de la Administración Pública, razón por la cual Jiménez Lechuga habla de un procedimiento ordinario.

²⁵ DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas, organización pública*; Traducción por José G. Acuña. 2ª. Ed. Madrid 1926, p. 19 y ss. p. 289.

²⁶ JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. *Op. Cit.* p. 72. Como ejemplo del daño merecido, este autor menciona entre otros: Cierre de prostíbulos, imposición de medidas protectoras del medio ambiente y de calidad de vida, prohibición de publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas, confiscación de bienes ilegítimamente adquiridos o ligados al narcotráfico.

²⁷ LAUBADERE, A. *Traité élémentaire Droit Administratif*, 5ª Ed. Paris 1970, Citado en JIMÉNEZ LECHUGA Francisco Javier, *Op. Cit.* p. 79.

sabilidad del Estado se descarta por la “naturalidad de las actividades a las que se afecta”.

Incluso, la experiencia francesa al momento de imputar responsabilidad en el legislador sólo es admitida cuando “nada en el artículo mismo de la ley o en las actas preparatorias de las comisiones redactoras, ni en el conjunto de circunstancias del caso” permita “pensar” que el legislador quiso excluir la reparación particular²⁸.

Así mismo, esta experiencia foránea entiende que el legislador excluye cualquier reparación cuando la ley busca reprimir actividades fraudulentas o dañosas²⁹ o cuando la ley se ha expedido para el desarrollo del interés económico o social³⁰, y en general, cuando se trata de regular el mercado y la producción de bienes³¹.

Desde la práctica española, la admisión de responsabilidad cuando existe oposición expresa del legislador al reconocimiento de reparación, conduciría a la sustitución del legislativo por

órganos del Poder Judicial, los cuales deben realizar una labor interpretativa necesaria para la aplicación de otras normas legislativas que le brinden soporte³².

Nuestra práctica podrá dirigirse a la protección del particular desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional, evento en el que si ésta no encuentra razones suficientes para permitir el “daño merecido” declarará la inconstitucionalidad de la norma, porque como lo veremos posteriormente, la Constitución colombiana y la Convención americana de Derechos Humanos impiden expropiaciones sin indemnización previa, razón por la cual debería declarar inconstitucional una norma que prive al individuo del derecho a la propiedad o la libertad de empresa.

Entonces, corresponderá al juez administrativo reparar el daño patrimonial causado cuando el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, pese a la intervención de la Corte Constitucional, persista a causa de una oposición explícita del legislador a la reparación. Con todo, dicha reparación únicamente se podrá predicar de derechos adquiridos o actividades económicas conforme al orden constitucional y legal, sin que pueda pretenderse la inaplicación de la norma cuando se trate del “daño merecido”.

Así mismo, la oposición explícita del legislador no puede conducir a la previsión de daños anormales y especiales, debido a que la vulneración del derecho de la igualdad de particulares ante la ley puede conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, el Legislador se pronuncia mediante normas generales y abstractas, la consideración e intencionada generación de daños excluidos de cualquier reparación, cuando se trate de bienes o libertades cuya restricción no se realice por el peligro o perjuicio que producen, genera la vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

²⁸ LONG, Marceau. WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLLÉ P. y GENEVOIS, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá 2000, p. 220. Citan la sentencia del 22 de noviembre de 1957, donde la Compañía de navegación Fraissinet es privado por una ley de un beneficio en ejecución del contrato con el Estado. Providencia que niega la indemnización.

²⁹ *Ibidem*, cita la sentencia del Consejo de Estado francés del 14 de enero de 1934 en el caso de la Compañía general de pesca, la cual se vio afectada por la limitación a exportaciones fraudulentas de alcohol. Así mismo se cita la sentencia del 6 de enero de 1954, caso de la Manufacturera francesa de armas, donde se solicita reparación de daños causados por el control establecido a la fabricación defectuosa de armas para proteger a consumidores de esas armas.

³⁰ *Ibid*, Cita la sentencia del Consejo de Estado francés del 15 de julio de 1949 casa del la Ciudad d’Elbeuf por la congelación del precio del gas. Igualmente se cita la sentencia de la sociedad inmobiliaria del valle de Chevereuse del 14 de marzo de 1975, donde se solicita reparación patrimonial debido al establecimiento del cálculo de las indemnizaciones de expropiación.

³¹ *Ibid*, Cita la sentencia del Consejo de Estado francés del 7 de junio de 1940, caso de la Asociación de Comerciantes de Trigo, debido a la prohibición de cotizar distintos tipos de trigos en la bolsa de comercio para evitar que el trigo se viera “sometido a los caprichos de las cotizaciones especulativas”.

³² Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de Noviembre de 1992, Citado por ALONSO GARCÍA Consuelo, *La responsabilidad Patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y políticas, Madrid 1999, p. 52.

3. RECONOCIMIENTO Y OPOSICIÓN DEL LEGISLADOR A LA REPARACIÓN EN LAS LEYES EXPROPIATORIAS

Cuando nos referimos a las leyes expropiatorias estamos remitiéndonos a aquellos escenarios en los que el legislador ha dispuesto la extinción directa del derecho de propiedad privada. En consecuencia, de la aplicación material de una ley expropiatoria que no conceda derecho a indemnización alguna, nos permitiría constatar la generación de un daño que habría de ser declarado por la inconstitucionalidad de la ley³³. Por tanto, el reconocimiento del derecho de indemnización no se basa tanto en que la ley lo haya dispuesto expresamente, sino que no previéndolo, la lesión que los particulares sufran por aplicación de la ley debe ser indemnizada³⁴.

El profesor García Álvarez ha entendido que, desde la práctica española, el artículo 33.2 (artículo sobre expropiación) subordina a toda ley, en el sentido en que la norma deberá ser declarada inconstitucional cuando excluya el resarcimiento patrimonial por expropiación, por cuanto una disposición de estas características resultaría contraria al artículo citado. Sin embargo, este supuesto ha encontrado una excepción efectiva importante, consistente en la Ley de Costas de 1988, la cual excluyó cualquier indemnización para los titulares privados del derecho de propiedad sobre la zona marítimo-terrestre fuera de la conversión de sus derechos en concesiones administrativas. Al haber sido

declarado dicho precepto constitucional, “ni el Gobierno ni los órganos judiciales podrán establecer una indemnización *contra legem*”³⁵.

Con todo, considerar que el control constitucional a normas expropiatorias resulta suficiente para garantizar la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, ilegitimando cualquier intervención del Juez Administrativo, demuestra la debilidad más intensa de la experiencia española. Lo anterior supone igualmente, una omisión conceptualmente inexplicable, y es que el examen de constitucionalidad es una evaluación abstracta que no debe entrar en consideraciones sobre el alcance particular o concreto de la norma acusada como inconstitucional.

Para el ordenamiento constitucional colombiano se presentan dos medios específicos que procuran legitimar la intervención del juez Contencioso Administrativo, a saber, la expropiación y el deber de reparar daños antijurídicos causados a particulares. Así, la expropiación legislativa tiene por resultado un precio. Entendiendo que indemnización y precio no son la misma cosa, por lo que debe comprenderse que al momento de su regulación, expropiación y responsabilidad son instituciones distintas y diferenciables³⁶.

En nuestro sistema jurídico, la postura anterior tendría parcial cabida, en la medida en que la Corte Constitucional encontraría que la norma acusada es inexecutable, por expropiatoria o incluso por afectar el núcleo fundamental del derecho a la propiedad, siempre que la disposición no reconozca ni consagre de modo alguno la posibilidad de indemnizar a la víctima por la privación al derecho de propiedad. Podríamos considerar adecuada la posición anterior, debi-

³³ JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. *Op. Cit.* p. 81. En este punto, el mencionado profesor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, donde la empresa Pedro Domecq S.A. pretende la indemnización por los daños sufridos en su volumen de ventas como consecuencia de la aplicación de la ley 30 de 1979, la cual imponía un gravamen sobre bebidas alcohólicas y a partir de 1981 la prohibía. No obstante, la sentencia no concede la indemnización reclamada. Este es el fundamento de Jiménez Lechuga y García de Enterría para entender inconstitucional una disposición de tales efectos.

³⁴ GARCÍA SOLANO, José Eugenio. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el proceso descolonizador*, REDA num 30 de 1981. p. 582. Ver también QUINTANA LÓPEZ Tomás, *Op. Cit.* p. 116.

³⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, G. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, en Derecho Administrativo, Parte Especial*, Ed. Civitas, Madrid 1994. Citado por ALONSO GARCÍA Consuelo, *Op. Cit.* p. 123. Ver también GALÁN VIOQUE Roberto, De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador, *Revista de Administración Pública* Núm. 155. Mayo-agosto 2001. p. 293.

³⁶ ACOSTA GALLO, Pablo, *La Responsabilidad del Estado-Juez*, Ed. Montecuerdo S.A. Madrid 2005. p. 30.

do a que la decisión de la Corte Constitucional repliega toda posibilidad de indemnizar a la víctima siempre que ésta repare el daño antijurídico, razón por la cual el juez administrativo se encuentra impedido para restablecer el patrimonio afectado, por haberlo hecho ya el Juez Constitucional.

Similar respuesta encontraremos en experiencias foráneas, como por ejemplo, la de Estados Unidos, Italia y Alemania, la Corte Suprema, la Corte Constitucional de *Karlsruhe* y la Corte *Costituzionale* respectivamente, en donde los altos Tribunales declararán la inconstitucionalidad de la Ley que ignore o se oponga a la justa indemnización³⁷.

No obstante, parecería jurídicamente adecuado, acudir a la institución de la reparación y no a la de la expropiación, pues si el Tribunal Constitucional considera que la norma se ajusta a la Carta Fundamental, mal podría el juez administrativo, para el caso de leyes expropiatorias, proyectar su decisión sobre la disposición legislativa y judicial. De este modo, el juez administrativo dará alcance a la restauración del patrimonio afectado desde la reparación del daño antijurídico (Artículo 90 de la Constitución), imputando responsabilidad desde el régimen del rompimiento en la igualdad ante las cargas públicas y ya no en la falla del servicio legislativo.

Nada obsta además, para que el juez administrativo, por vía de reparación directa, reconozca el derecho a ser indemnizado por daños patrimoniales, cuando encuentre que existe oposición a la reparación por el Legislador e incluso por la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado goza de independencia y su construcción del régimen de responsabilidad del Estado es exclusiva y excluyente. Así, si el juez administrativo debe respetar la competencia legislativa y de la Corte constitucional, éstos deben respetar la suya para conocer de la acción de reparación directa y responsabilidad del Estado.

³⁷ GARRIDO FALLA, *Op. Cit.*, p. 284

El problema podría extenderse además desde la desnaturalización de la decisión judicial, partiendo de la inaplicación de la norma declarada constitucional. En nuestra configuración constitucional, parecería acertado replegar cualquier facultad de indemnizar daños patrimoniales cuando el examen de constitucionalidad ha sido superado y la norma es declarada conforme a la Carta, resultando en todo caso la expresa la oposición del Legislador y de la Corte.

De esta manera, la oposición expresa del legislador que es declarada constitucional inhibe cualquier intervención del juez administrativo. Sin embargo, esta situación no parece plausible si partimos de la misma Carta fundamental, cuyos mencionados artículos 58 y 336 impedirían la aceptación de constitucionalidad de leyes expropiatorias que se opongan al reconocimiento de la indemnización.

Aquí hallaríamos la mayor intervención y activismo del Juez administrativo en la corrección de decisiones Legislativas y de la Corte Constitucional contrarias a la Carta Fundamental. De esta manera, desde la competencia que la Constitución confía en el Juez administrativo, la reparación particular se logra mediante la responsabilidad del Estado por el daño especial y anormal, y ya no desde la expropiación, pues esta vía resultó, desde nuestro caso, descartada.

4. LA EXPERIENCIA COLOMBIANA, LA PONDERACIÓN VARIABLE ENTRE INTERÉS GENERAL Y DERECHO A LA PROPIEDAD

La jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional parecería bastante variable, haciendo difícil determinar el destino de una ley, cuando ésta limita o expropia un derecho patrimonial. Sin profundizar sobre la diferencia entre regulación y expropiación, presentaremos sentencias de constitucionalidad que parecen variar de una garantía fuerte al derecho de propiedad a otra, que restringe el reconocimiento del derecho en procura de la prevalencia del interés general y la solidaridad.

4.1. Las Cesiones Gratuitas obligatorias, escenario de confiscación por el poder legislativo y judicial

En esta discutible decisión, podemos hallar un desarrollo legislativo y jurisprudencial que excluye el derecho a la expropiación, en caso de cesiones de extensiones físicas de predios privados. La sentencia C-295 de 1993³⁸ entiende, pese a la elaborada demanda, que en este caso acude a tratados internacionales de derechos humanos³⁹, que convienen la obligación de indemnizar toda privación de la propiedad, que el derecho a la propiedad puede ser privado sin el reconocimiento a la indemnización debida. Aunque, no podríamos encontrar en los argumentos de la demanda o de la Corte, mención alguna al Acto Legislativo 01 de 1999 por su estado cronológico, el argumento resulta sorprendentemente idéntico.

En el fallo referenciado, la demanda se dirige contra normas que establecían *Cesiones Gratuitas Obligatorias*⁴⁰, las cuales hallaron, desde

la perspectiva de la Corte, perfecta coherencia con el sistema constitucional e internacional vigente. Su principal argumento señala que, así se aceptara que la propiedad cabe dentro de esa categoría, las normas acusadas no violan la Convención Americana de Derechos humanos, y por el contrario, constituyen pleno desarrollo de sus mandatos, en especial, de lo dispuesto en el artículo 21, que prescribe: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”, y las cesiones obligatorias gratuitas obedecen precisamente a ese interés público o social por razones de urbanismo y planeación.

En efecto, para la Corte no hay duda de que en virtud de su función social urbanística, la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas.

³⁸ Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

³⁹ El argumento de la demanda es la contradicción de la norma acusada con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 16 de 1972, que prescribe en su artículo 21: “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, como también que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

⁴⁰ Los artículos contra los que se dirige la demanda son los 1º, 2º y 7º de la ley 9 de 1989 que disponen: Artículo 1o. “Con el objeto de lograr condiciones óptimas para el desarrollo de las ciudades y de sus áreas de influencia en los aspectos físico, económico, social y administrativo, los municipios con una población mayor de cien mil (100.000) habitantes, incluyendo al Distrito Especial de Bogotá, la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia y las áreas metropolitanas, deberán formular su respectivo Plan de Desarrollo de conformidad con la política nacional y departamental, las técnicas modernas de planeación urbana y con base en la coordinación del desarrollo urbano-regional. “Las entidades territoriales a las cuales se refiere el inciso anterior que cuenten con una población de menos de cien mil habitantes (100.000) deberán expedir un Plan de Desarrollo Simplificado que contenga los aspectos contemplados en los numerales 1 y 2 del artículo 34.”

“Artículo 2o. Los Planes de Desarrollo incluirán los siguientes aspectos:

“1. Un plan y un reglamento de usos del suelo y cesiones obligatorias gratuitas, así como normas urbanísticas específicas;”

(...)

Artículo 7o. Los municipios y la intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear, de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el Espacio Público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Asimismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.

“Cuando las áreas de cesión para zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad, se podrá compensar la obligación de cesión, en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamenten los Concejos, el Consejo Intendencial y las Juntas Metropolitanas. Si la compensación es en dinero, se deberá asignar su valor a los mismos fines en lugares apropiados según lo determine el Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado. Si la compensación se satisface mediante otro inmueble, también deberá estar ubicado en un lugar apropiado según lo determine el mismo plan”

“Los aislamientos laterales, parámetros y retrocesos de las edificaciones no podrán ser compensados en dinero ni canjeados por otros inmuebles”.

Para la Corte Constitucional, resultó entonces “claro” que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, debido a que tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades. De manera que en un ejercicio de ponderación, ha cedido el derecho de propiedad frente al bienestar general.

Este argumento no es fácilmente debatible, pero olvida el Tribunal que la ampliación del interés general sobre el derecho de propiedad resulta discutible toda vez que la Corte no intentó explorar el problema de la expropiación sin indemnización, al contrario, su argumento giró alrededor del interés de la comunidad y el crecimiento “armónico” de las ciudades, olvidando el argumento central de la demanda y de esta discusión. La privación de la propiedad, sea parcial o total, supone la indemnización por concepto del detrimento patrimonial sufrido, el interés general obliga al particular a ceder el derecho, siempre que éste sea protegido por la indemnización.

Con todo, la discusión sobre el valor constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos se hizo esperar, incluso, la Corte negó su integración al Bloque de constitucionalidad, sosteniendo que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí”, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales “prohíben su limitación en los estados de excepción”, es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez; de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya “limitación se prohíba durante los estados de excepción”. De este ejemplo exponemos la clara limitación al juez contencioso administrativo, desde la norma y su examen de constitucionalidad encontramos la seria dificultad para declarar la responsabilidad del legislador.

4.2. El reconocimiento de la Corte al Juez contencioso administrativo para conocer de controversias por el monto de la indemnización

En este espacio, la Corte Constitucional Colombiana reconocería la participación del juez contencioso administrativo para la controversia y posible protección al particular cuando se trate de expropiaciones legislativas. Así, en la sentencia C-059 de 2001⁴¹ nuestra Corte expresa que el pago de una indemnización previa a la expropiación, “en los términos del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 21.2 y la jurisprudencia de esta Corporación (sentencia C-379/96) ha de ser justa”, lo que significa para el Tribunal, que el valor que se fije como indemnización debe comprender todos aquellos aspectos que restablezcan el patrimonio del individuo por la expropiación. La justicia de la indemnización estará garantizada entonces, desde este desarrollo jurisprudencial, por la intervención del juez, quien determinará no sólo la procedencia de la expropiación sino la objetividad del valor fijado a modo de pago por la decisión expropiatoria.

Significa lo anterior, que el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio,

⁴¹ Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Sentencia que decide la constitucionalidad del artículo 71 de la ley 388 de 1998, el cual dispuso: “Proceso contencioso administrativo. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede acción especial contencioso administrativa con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión. El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares: (...)

6. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, en el proceso no podrán controvertirse los motivos de utilidad pública o de interés social, pero sí lo relativo al precio indemnizatorio.”

expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución.

Esta providencia acude al Acto Legislativo 01 de 1999 para construir la derogación implícita que hizo innecesario un pronunciamiento de la Corte sobre la exequibilidad o no del texto demandado, de forma que confirma en este sentido la construcción del concepto de expropiación, reafirmando en todo momento el derecho a una indemnización previa, que como se vio, no puede restringir la intervención del juez administrativo por motivación pública o de interés general.

En esta sentencia evidenciamos además un giro argumentativo de la Corte Constitucional, acudiendo precisamente al Pacto de San José de Costa Rica para señalar que la indemnización por expropiación debe ser justa, lo que significa que el valor que se fije como indemnización debe comprender todos los aspectos que permitan al particular no soportar lesión alguna en su patrimonio por la expropiación.

4.3. La reafirmación del derecho a la propiedad desde el Acto Legislativo 01 de 1999

Desde una protección al derecho de propiedad, siempre que la expropiación suponga el reconocimiento a la indemnización, encontramos la sentencia C-158 de 2002⁴², la cual toma

⁴² Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia que decide la constitucionalidad de los artículos 98 de la ley 388 de 1997 el cual adicionó el artículo 53 de la Ley 9ª de 1989, con el siguiente párrafo:

“Para los efectos de que trata este artículo se presumirá el aprovechamiento de la necesidad de vivienda de los ocupantes, en los casos de inmuebles clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación socioeconómica vigente. El alcalde municipal o distrital iniciará directamente el proceso de expropiación por vía administrativa, aplicándose el procedimiento previsto en los artículos 69 y siguientes de la presente ley, siendo, entendido que no habrá lugar a indemnización alguna”.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley 9ª de 1989, adicionado con el párrafo transcrito, prevé la posibilidad de la expropiación sin indemnización por razones de equidad, cuando se presenten los eventos que prescribe la norma. En efecto, señala dicha disposición:

“Para los efectos previstos en el último inciso del artículo

como regla esencial el Acto Legislativo No. 01 de 1999⁴³, entendiéndose que éste suprimió la totalidad del inciso 5º del artículo 58 constitucional, en el cual, se consagraba la expropiación por razones de equidad sin que hubiera lugar al pago de indemnización, lo que trajo como consecuencia que “cualquier restricción al derecho de propiedad por parte del Estado en razón a la prevalencia del interés general sobre el particular, se encuentra sometida al pago de la indemnización correspondiente”.

En este sentir, podemos desprender del artículo 58, modificado por el acto legislativo mencionado, la restricción a normas que conduzcan a expropiaciones sin que ésta conlleve el reconocimiento de la indemnización, incluso cuando se trate de una decisión legislativa, la cual como lo expresó nuestra Corte, no podría relegarse por motivos de simple interés general. Con todo, esto no ha sido así hasta los años más próximos.

4.4. La Sentencia C-189 de 2006, legitimación de la expropiación sin indemnización de la Corte Constitucional posterior al A.L. 01 de 1999

La sentencia C-189 de 2006⁴⁴ expone un escenario en el cual el legislador ha limitado cierta-

lo 30 de la Constitución Política declárase que existen motivos de equidad para decretar la expropiación sin indemnización cuando el propietario de un inmueble ubicado en sitio apto o no apto para urbanizar, en contravención a las normas sobre usos del suelo, o fuera del perímetro sanitario y urbano del municipio, del Distrito Especial de Bogotá, de un área metropolitana, de la Intendencia de San Andrés y Providencia, o sin contar con los permisos y licencias requeridos por las leyes, y acuerdos, aprovechándose de la necesidad de vivienda de los ocupantes, venta, prometa en venta, promueva o tolere la ocupación de dicho inmueble para vivienda de interés social...”.

⁴³ Reformatorio del Inciso 5º del artículo 58 de la Constitución, el cual disponía: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

⁴⁴ Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

mente el derecho a la propiedad, principalmente, el atributo de disposición sobre los bienes inmuebles que se encuentren en zonas declaradas como parte de los Parques Nacionales. La norma debatida era el artículo 13 de la ley 2ª de 1959, que declaraba Parques Nacionales Naturales a aquellas zonas que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, delimite y reserve de manera especial, por medio de Decretos, en las distintas zonas del país y en sus distintos pisos térmicos, y en las cuales, quedó prohibida la adjudicación de baldíos, *las ventas de tierras*, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona.

Debemos hacer una breve aclaración respecto a la divergencia entre los actos administrativos, en este caso, decretos que declaren qué zonas consideraría parte del Parque Natural, y la ley, como hechos dañosos que son imputables sólo en la medida en que la ley es la principal causante del daño. La composición de la disposición examinada conduce a la atribución directa de responsabilidad por expropiación al legislador, por cuanto la norma por él expedida conduce a la ineludible reparación de un perjuicio patrimonial causado.

La Corte afirma en el examen de constitucionalidad de esta ley, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, comprenden tanto terrenos de propiedad estatal, como de propiedad particular. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, “deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar”.

Esto permitió sostener al Tribunal Constitucional que no se desconoce el núcleo esencial

del derecho a la propiedad cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales de enajenación o limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, siempre y cuando, dichas medidas, además de preservar un interés superior, mantienen indemne los atributos de goce, uso y explotación que “le permitan a su titular -de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico- obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad”.

La Corte presenta entonces un argumento bastante controvertible cuando afirma que las limitaciones a la enajenación de los bienes privados “no implican el desconocimiento del núcleo esencial del citado derecho, porque además de preservar sobre ellos los atributos de goce, uso y explotación, responden a la necesidad de asegurar un interés superior que goza de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho”, “lo que establece es una restricción para llevar a cabo la enajenación a través del instituto de la compraventa, de todo tipo de bienes que se encuentren ubicados en las zonas correspondientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales, en la medida en que la ley no distingue la clase de propiedad frente a la cual procede dicha prohibición”.

Entonces, para el Tribunal resulta conforme a la Carta Fundamental la norma demandada en el sentido en el que no se vulnera el núcleo esencial del derecho por varias razones. Primero, porque la restricción obedece a un interés general legítimo, segundo, porque la función ecológica le es inherente al derecho de propiedad, y tercero, porque su explotación económica indiscriminada derivada de la colonización agrícola amenaza destruir gran parte de la diversidad de la flora y fauna colombiana.

Los argumentos señalados por la Corte son innegables. La riqueza de los recursos ambientales de nuestro país requiere especial atención, en mayor medida, cuando estamos frente a un derecho que tiene una función ecológica como es la propiedad privada. Sin embargo, el punto no es resuelto exitosamente, porque en realidad estamos ante un

escenario de expropiación. El interés general que reviste la medida legislativa mencionada ha sido demostrado por la Corte, pero el punto relativo a la indemnización justa que exige la Constitución es omitido por completo.

En este sentido, el argumento es inconcluso y no representa realmente una explicación adecuada de la privación a un derecho individual. La imposibilidad de enajenar un predio no supone otra cosa que la expropiación del mismo, con mayor razón, si además de esta imposición, no es posible darle otros destinos diferentes que el turístico. En esencia, propiedad privada supone siempre la posibilidad de trasladarla a otros sujetos de derecho, sin que su función ecológica tenga alguna relevancia evidente al respecto, hecho que supondría además la desproporción de la medida.

El profesor Gustavo Quintero parecería sostener en ese evento, que las normas ambientales, al momento de generar un perjuicio anormal y especial cobijado por una norma constitucional, con mayor razón cuando su fundamento obedece a la protección al medio ambiente, permitirían acudir al juez administrativo por medio del régimen del rompimiento de las cargas públicas, por cuanto la falla del servicio legislativo estaría descartada. La vía judicial parecería ser la nulidad y restablecimiento del derecho en cuanto se trata realmente de una verdadera acción en reparación porque el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo⁴⁵, prevé la posibilidad de solicitar al juez el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de la nulidad, o incluso, sin necesidad de ella⁴⁶.

⁴⁵ El artículo citado dispone: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño.** La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente” (Negrilla fuera de texto).

⁴⁶ QUINTERO NAVAS, Gustavo. *Regímenes de responsabilidad del Estado por el menoscabo causado a la propiedad privada con el fin de proteger el medio ambiente: Perspectiva francesa y colombiana a partir de la ponencia del profesor René Hostiou*, Revista de Derecho Público No. 11, Junio de 2000, Universidad de los Andes. p. 148.

No obstante, el Consejo de Estado ha sostenido que el daño que se puede causar por un acto administrativo legal, no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que el restablecimiento del derecho en ésta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial⁴⁷.

Del mismo modo, ha señalado el Consejo de Estado, para que podamos identificar un espacio próspero para alcanzar la indemnización debida mediante la acción de reparación directa, se necesita que el acto administrativo sea legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración, y que se acredite que la carga impuesta al administrado es “anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante

⁴⁷ Ver Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, M.P. Ruth Stella Correa, Radicación número: 66001233100003613-01 (16421), Actor: Carlos Sammy López Mustafá, Demandado: Municipio de la Virginia y Otro. Cita las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia de 21 de marzo de 1996, Rad. 3575, Actor: Sociedad Las Mercedes Ltda. Sucesores y Cía. S. En C. S., C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Criterio reiterado en Sección I, Sentencia de 28 de noviembre de 1996, Rad. 3967, Actor: Hacienda Villa Lucía Limitada Martha Patricia Ramírez Nieto, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez; Sección I, Sentencia de 8 de mayo de 1997, Exp. 4291, Actor: Kokoriko Ltda., C. P. Juan Alberto Polo Figueroa; Sección I, Sentencia de 8 de mayo de 1997, Rad. 4208, Actor: Sociedad Operaciones Bursátiles S.A., Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C. P. Juan Alberto Polo Figueroa; Sección I, Sentencia de 22 de mayo de 1997, Exp. 4261, Actor: Antonio Obeso de Mendiola y Otra, C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz y Sección I, Sentencia de 22 de mayo de 1997, Rad. 4207, Actor: Sociedad Las Mercedes Ltda. Hermanos y Cía. S. en C.S., Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; Sección I, Sentencia de 22 de mayo de 1.997, Rad. 4205, Actor: Yolanda Velasco de Navia y otros, Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

las cargas públicas o violación de la justicia distributiva)”⁴⁸.

En consecuencia, sea mediante la acción de plena jurisdicción o la acción de reparación directa, el reconocimiento a la indemnización debida al individuo por esta decisión legislativa es innegable. La Corte prueba que efectivamente, el interés general es un supuesto que la norma acusada garantiza, pero esta es sólo una parte del escenario expropiatorio que supone la ley 2ª de 1959.

5. LA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO DIALÓGICO

Para nuestra disertación, el proceso dialógico cobra especial importancia cuando intentamos legitimar la intervención del Juez Administrativo, al declarar la responsabilidad del Legislador, sea por su voluntad implícita o explícita de impedir tal reconocimiento, para así, exponer el despliegue de una decisión judicial que participa de la configuración del sistema jurídico.

Una primera aproximación al tema desde la doctrina española, aparece cuando se postula la “contradicción contramayoritaria”, propuesta que reprocha toda decisión del juez más allá de la norma legislada, pues al intervenir en el conocimiento de constitucionalidad de una norma, “tuerce la voluntad de los representantes del pueblo”, de modo que ejerce el control no en nombre de la mayoría, sino en su contra⁴⁹.

La réplica propuesta en este punto consistirá en presentar al control judicial como el mecanismo adecuado para la protección de libertades civiles y derechos fundamentales, manteniendo a los ciudadanos a salvo de toda intervención

del poder apartada de los límites constitucionales, con el objetivo de defender la supremacía de la Constitución⁵⁰.

En este sentido, el concepto de proceso dialógico, desde la perspectiva del activismo judicial exigible del juez Administrativo, abre el reconocimiento de la reparación de un patrimonio particular afectado por una decisión legislativa, implicando su participación en la estructuración del ordenamiento jurídico y sobre todo, le permite convertirse en un instrumento que enriquezca la misma democracia. Por esta razón, el profesor Gargarella⁵¹ sugiere que la revisión judicial puede ser instrumento crucial para enriquecer las deliberaciones públicas respecto a los derechos sociales y por qué no, fundamentales⁵².

Gargarella considera que no existe una buena razón para pensar que la intervención judicial en esta área se encuentre en conflicto con la democracia deliberativa. Por el contrario, el juez decide de forma “muy respetuosa” hacia la autoridad superior del pueblo y de sus representantes⁵³. De esta manera, la verificación de un derecho violado permite solicitar al juez medios para exigir su reparación.

Nuestro supuesto, como lo mencionamos anteriormente de forma importante en las leyes expropiatorias, no consiste en la revisión judicial del contenido de una ley ni de su validez, pues ésta corresponde únicamente a la Corte Constitucional. La revisión que tratamos en este punto consiste en los efectos de la misma, generadores de perjuicios concretos y verificables, los cuales desde la Constitución, conducen al reconocimiento de una indemnización.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, M.P. Ruth Stella Correa, Radicación número: 66001233100003613-01 (16421), Actor: Carlos Sammy López Mustafá, Demandado: Municipio de la Virginia y Otro.

⁴⁹ BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, New Haven; Yale University Press, Citado por MENDONCA Daniel y GUIBOURG Ricardo, Op. Cit. p. 150.

⁵⁰ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo. *La Odisea Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid 2004., p. 150.

⁵¹ GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*, Ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México 1997. p. 30 y ss.

⁵² Sobre este punto, el autor referenciado cita a COHEN J. *The economic Basis of Deliberative Democracy, en Social Philosophy and Policy*, Vol. 6 1989. p. 25-50.

⁵³ GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* Op. Cit.

Por tanto, consideramos pertinente la introducción del concepto de la democracia deliberativa, razonando a la misma, como aquella que no excluye la revisión judicial como posible arreglo institucional, la cual podría conducir a una “razonable” disputa sobre el alcance de la misma, pero siempre arrojando como resultado, nuevas “observaciones filosóficas o evidencia empírica”⁵⁴.

Así, armonizamos desde la jurisdicción contenciosa administrativa, la voluntad legislativa y del juez constitucional, la concepción de una estructura estatal que implica la aceptación de un “orden de valores a proteger que son precisamente los que dan sentido al constitucionalismo moderno”⁵⁵, de forma tal que del interés público no tiene que derivarse el necesario sacrificio del interés privado, pues ambos resultarían compatibles. Esta armonización se “logra de modo principal mediante mecanismos de la expropiación forzosa y la reparación de los daños por medio de su indemnización”⁵⁶.

Desde la experiencia Estadounidense, la revisión judicial (para nuestro punto, la complementación o corrección de la norma sin afectación a su validez), asegura a la sociedad “no sólo contra la opresión de sus gobernantes, sino que también protege a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra”⁵⁷.

De esta manera, la vulneración de derechos particulares estará sujeta a la verificación en cada caso concreto. No obstante, la motivación general a la intervención del juez administrativo para la reparación del particular encuentra justificación desde el despliegue de elementos constitucionales como los señalados anteriormente, que tienen por efecto, la protección de derechos

patrimoniales privados respecto de decisiones mayoritarias que le pueden resultar lesivas.

Entonces, los Tribunales resultan especialmente efectivos, desde la filosofía política norteamericana, para corregir los extravíos de la democracia y “sin poder detener nunca los movimientos de la mayoría, consiguen frenarlos y dirigirlos”⁵⁸. Hamilton explicará la funcionalidad constitucional del poder judicial, salvando cualquier intención de entender como superior el poder judicial de cualquier otro, sosteniendo que la revisión “sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos [judicial y legislativo] y que donde la voluntad de la legislatura declarada en las leyes, entra en contradicción con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no tienen ese carácter fundamental”⁵⁹.

La doctrina alemana parecería aportar un interesante paradigma cuando señala a la Constitución como fuente primaria de toda decisión de cualquier poder público. La Carta declara vinculantes conquistas elementales de la cultura jurídica y contiene la promesa de constituir al Estado vinculándolo a valores probados y a la experiencia política acreditada. Tal propósito sujeta al Estado, que no puede discrecionalmente reformar o derogar la Constitución. En efecto, la atribución de poder político o económico requiere de una decisión del legislador. “Pero los *derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana* (artículo 1.2 Ley Fundamental) encierran una pretensión de universalidad y quieren ser presupuesto vinculante para todas las constituciones de la tierra”⁶⁰.

⁵⁴ TOMPSON, D. *Democratic Theory and Global society*, en *Journal of Political Philosophy* 09638016, junio vol. 7 núm 2. Citado por GARGARELLA Roberto, Op. Cit.

⁵⁵ ACOSTA GALLO, Pablo. Op. Cit. p. 48.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ BLANCO VALDES, Roberto. *El Estado social y el derecho político de los norteamericanos*, en *Modelos constitucionales en la historia comparada*, Universidad de Oviedo, Oviedo 2005. p. 103.

⁵⁸ Ibidem, p. 111.

⁵⁹ HAMILTON, Alexander. El federalista, p. 467-468 contenida en los números 67, 68 y 69, Citado por BLANCO VALDES, Roberto. Op. Cit. p. 117.

⁶⁰ KIRCHHOF, Paul. *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 17. Núm. 49. Enero-Abril 1997.

De estas palabras deducimos el papel preordenante de la Constitución, que pese a considerarse obvia, resulta de especial trascendencia al momento de legitimar la actividad judicial del Tribunal administrativo abocado a la garantía y desarrollo de mandatos de un poder constituyente que parecería altamente democrático, con mayor intensidad tratándose de la experiencia constitucional colombiana de 1991.

Asimismo, como se mencionó con anterioridad, la intervención del Juez administrativo procurará no la revisión de la voluntad legislativa o de la interpretación realizada por la Corte Constitucional, sino que logrará expandir el régimen de responsabilidad del Estado, desde bases concretas del caso, desplegando principios constitucionales que dirigen la actividad del Estado y su intervención en la economía con el fin de procurar la protección a patrimonios particulares afectados.

De esta forma, el proceso dialógico se cierra, de manera que el particular encuentra asidero a la protección constitucional e internacional de sus derechos patrimoniales, enriqueciendo el debate democrático y deliberativo en un sentido garantista, siendo protegido de decisiones mayoritarias excesivas y especiales, que a su vez, procuran el desenvolvimiento de normas constitucionales.

CONCLUSIÓN

El Tribunal Contencioso Administrativo es el único juez competente para conocer de la responsabilidad del Estado y de la Acción de Reparación directa, evento reconocido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-038 de 2006 en el caso concreto de la responsabilidad del Estado Legislador, lo que legitima cualquier imputación de responsabilidad al Legislador aún cuando éste exprese oposición a la indemnización o al precio justo en el evento expropiatorio, lo que supone siempre la competencia exclusiva para conocer de la reparación directa.

En el evento en el que el Legislador ha decidido excluir la indemnización por vía de expropiación,

excepto en el “daño merecido”, hemos encontrado que la institución efectiva que salva la legitimidad del juez administrativo será la mencionada competencia exclusiva en la reparación de daños causados con ocasión a la aplicación de una norma, legitimidad que sobrevive pese a la intervención de la Corte Constitucional, este entendido desde la reparación bajo el régimen del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

Finalmente, de la participación del Consejo de Estado colombiano en el proceso dialógico podríamos esperar la proyección de decisiones que supongan el desarrollo y extensión de principios constitucionales en la participación conjunta del desarrollo del sistema jurídico garantista y democrático, donde la distribución institucional de competencias supone la abierta configuración colectiva y legitimadora del ordenamiento jurídico.

Así, la norma que dirige las conductas sociales resulta altamente estructurada y a toda luz, protectora de derechos e intereses privados, que como vimos anteriormente, no se opone a la realización del interés general, debiendo en todo caso respetar la debida reparación patrimonial a daños antijurídicos y el derecho a la propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA GALLO, Pablo. *La Responsabilidad del Estado-Juez*, Ed. Montecuerdo S.A. Madrid 2005.

BLANCO VALDES, Roberto. *El Estado social y el derecho político de los norteamericanos, en Modelos constitucionales en la historia comparada*, Universidad de Oviedo, Oviedo 2005.

BROYELLE, Camilla. *La responsabilité de L'état du fait des lois*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit Public Tome 236, 2003.

Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, M.P. Ruth Stella Correa, Radicación número: 66001233100003613-01 (16421),

Actor: Carlos Sammy López Mustafá, Demandado: Municipio de la Virginia y Otro.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-245 de 1994.

DUGUIT León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas, organización pública*. Traducción por José G. Acuña. 2ª. Ed. Madrid 1926.

FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *De la Arbitrariedad del Legislador, una crítica de la jurisprudencia Constitucional*. Ed. Civitas Madrid 1998, p. 41 y ss.

GALÁN VIOQUE Roberto. *De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador*. Revista de Administración Pública Núm. 155. Mayo-agosto 2001.

GARCÍA ÁLVAREZ G. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, en Derecho Administrativo, Parte Especial, Ed. Civitas, Madrid 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Ed. Thomson Civitas, Madrid 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5ª Ed. Civitas, Madrid 2000, p. 211. cita a J- GUASP Aragoneses, Derecho Procesal Civil, Tomo I. 5ª Ed. Civitas, Madrid 2002.

GARCÍA SOLANO José Eugenio. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el proceso descolonizador*. REDA num 30 de 1981.

GARGARELLA Roberto. *Crisis de la Representación Política*. Ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México 1997.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales*.

Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14. Núm. 41. Mayo-Agosto 1994.

JIMÉNEZ LECHUGA Francisco Javier. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*. Marcial Pons, Ed. Jurídica y social, Madrid 1999.

KIRCHHOF Paul. *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 17. Núm. 49. Enero-Abril 1997.

MENDONCA Daniel y GUIBOURG Ricardo. *La Odisea Constitucional*. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid 2004.

QUINTANA LÓPEZ Tomas. *La responsabilidad del Estado legislador*, Revista de Administración Pública. Num. 135, septiembre-diciembre 1994.

QUINTERO NAVAS Gustavo. *Regímenes de responsabilidad del Estado por el menoscabo causado a la propiedad privada con el fin de proteger el medio ambiente: Perspectiva francesa y colombiana a partir de la ponencia del profesor René Hostiou*. Revista de Derecho Público No. 11, Junio de 2000, Universidad de los Andes.

SALAS Javier. *El tribunal constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*. Revista Española de Derecho Constitucional. Abril 2. Núm. 6. Septiembre-diciembre 1982.

SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*. Revista de Administración Pública, Num. 68, Mayo-Agosto de 1972.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC del 20 de julio de 1981, STC del 19 de julio de 1982, STC del 23 de mayo de 1985, STC del 29 de julio de 1986, STC del 11 de junio de 1987, STC del 22 de marzo de 1988, STC del 29 de Noviembre de 1988, STC del 22 de Abril de 1993, STC del 22 de junio de 1993.

LAS MUJERES EN LA HISTORIA DE COLOMBIA, SUS DERECHOS, SUS DEBERES*

Jacqueline Blanco Blanco**
Margarita Cárdenas Poveda***
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 30 de abril de 2009

Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2009

Resumen

La igualdad de géneros ha estado sujeta a un largo proceso religioso, político, económico y social, en razón a los intereses que mueven a la sociedad masculina frente a la femenina. Las mujeres, al principio de su historia, permanecieron sujetas a un código moral que no reconocía más que un incontable número de deberes, sin embargo, movida por sus razones de madre y esposa, principalmente, logró involucrarse en la

* Este artículo es resultado de la investigación denominada *Evolución constitucional de los derechos sociales y políticos a favor de las minorías étnicas y de género en Colombia*, forma parte del macroproyecto sobre la historia de los derechos de los colombianos, en el marco de la conmemoración Bicentenario de la Independencia de Colombia. Corresponde a un producto académico de la línea "Historia del Derecho administrativo en Colombia", del grupo "Derecho Público", categoría A COLCIENCIAS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Libre, Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la misma Universidad, Magíster en Historia de la Universidad Industrial de Santander, Doctoranda en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; docente de pregrado y postgrado en programas de Derecho; investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; directora de la línea de investigación Historia del Derecho Administrativo en Colombia. Miembro fundador del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho ILHAD. jacbla201@yahoo.es.

*** Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, especializada en Instituciones Jurídicas y Derecho Público de la Universidad Nacional, en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado, en Docencia Universitaria de la Universidad Militar Nueva Granada, Magíster en Derecho Administrativo de la misma Universidad, y doctoranda en Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

toma de decisiones familiares, de donde pudo proyectarse hacia la participación y construcción de su núcleo familiar, de ahí contribuyó a labrar un camino en lo político y laboral que no le pudo ser indiferente por mucho tiempo.

Palabras clave

Mujeres, derechos, sujeción, participación.

WOMEN IN THE HISTORY OF COLOMBIA, THEIR RIGHTS, THEIR DUTIES

Abstract

Gender equality has been subject to a long religious, political, economic and social, due to the interests that motivate the male society against women. The women at the beginning of its history, remained subject to a moral code that did not recognize more than an uncountable number of duties, however, motivated by reasons of their mother and wife, especially, managed to get involved in decision-making mechanisms, where he designed and built to the involvement of his family, then helped build a road in the political and labor that could not be indifferent for long.

Keywords

Women, rights, subjection, participation

INTRODUCCIÓN

Preguntarse acerca de si las mujeres a lo largo de la historia colonial e independentista de Colombia tuvieron alguna noción de la implicación del concepto de derecho, asumido éste como garantía, puede remitir a una negación; el problema que llevó a la realización de este artículo tiene que ver con este enunciado.

Es muy probable que la mujer entendiera su papel más desde su rol de madre y esposa, fundado en una formación de orden eminentemente católico –ciertamente exclusionista, bajo una condición de sometimiento frente a una figura protectora ya fuera del padre, el esposo, el sacerdote, el hermano, el hijo, o incluso, el alcalde; entendiendo que su activa participación se re-

servaba para actuar como pieza en un contrato matrimonial que beneficiara a su familia. Entrada la independencia, y sin lograr desprenderse de los elementos morales y culturales legados por la colonia, pretendió acercarse al conflicto político que se vivía en el virreinato, participó en él, e incluso tomó decisiones frente al mismo, sin que existiera el conocimiento de una garantía que le favoreciera, a más del beneficio social o económico para su familia y político para su patria. Sin duda, estas mujeres tuvieron más deberes que derechos, pero no se desarrollaron como tales en pro de la consecución de alguna ventaja para sí, su lucha fue motivada más por la necesidad que por el interés.

Para el logro de lo expuesto fue necesario acudir a fuentes primarias de la historia (fondos y archivos públicos y privados), secundarias (las leyes de Toro, por ejemplo), e innumerables bibliográficas y técnicas. Los métodos de trabajo que se adaptaron a las necesidades de conocimiento fueron: el histórico, por fundarse en un problema de los periodos colonial e independentista de la historia de Colombia; el lógico, porque la observación histórica se refiere a una situación jurídica más concreta, cual es la identificación de los derechos y deberes de las mujeres en el periodo descrito, y porque dicho fenómeno jurídico se inscribe no como tal—desde una mirada positiva— sino más desde el contexto político, social y religioso de la época; y el inductivo-deductivo, que permite presentar un recorrido ordenado desde la consideración que la tradición judeo-cristiana guarda del papel de la mujer en la sociedad, hasta su posicionamiento en los ámbitos sociales y políticos de los tiempos de guerra intestina nacional.

1. LAS MUJERES SEGÚN LA TRADICIÓN JUDEO-CRISTIANA

Cuentan los relatos muisca que en las regiones cercanas a Tunja existía una laguna llamada “Iguaque”, de cuyas aguas emergió una mujer con un niño de tres años, con quien bajó la serranía y en el llano construyó una choza, convirtiéndose en la primera vivienda muisca en

Boyacá. La mujer era “Bachué”, la diosa femenina que se casó con el niño, una vez crecido. De aquella fecunda unión se pobló la tierra, y fue Bachué el principio del género humano.

El relato mitológico muisca sobre el principio del mundo contraviene la concepción religiosa transmitida por el judeo-cristianismo, según la cual, la creación ha sido producto de un acto divino de origen masculino donde la primera inspiración de “Dios” es otro hombre a quien llamó Adán. La mujer, también creada por Dios, forma parte de la obra divina y responde a una “necesidad” de compañía que sintió aquél hombre, por lo que proviene de su propio ser: una costilla. La mujer no constituye una pieza independiente entre todo lo creado.

“La mujer que pusiste a mi lado me ha dado la fruta del árbol y yo la he comido”¹. Los naturales atributos de curiosidad y desobediencia femenina provocaron la furia divina, la expulsión del paraíso, la inagotable sentencia del hombre a trabajar para sobrevivir, y hasta la mutilación de los miembros con los que la serpiente se desplazaba. Fue la mujer quien cambió los planes que Dios tenía para el hombre.

Contrario a la Biblia, en el Corán la desobediencia y el pecado provinieron de los dos, en iguales condiciones: “[...] y cuando hubieron gustado ambos del árbol, se les reveló su desnudez y comenzaron a cubrirse con hojas del jardín [...] “¡Señor! Hemos sido injustos con nosotros mismos [...]”².

La idea de una mujer pecadora y maldita a causa de la desobediencia bíblica de Eva supera su propio entorno, legando a todas las mujeres la pesada carga del pecado:

¿No sabéis que cada una de vosotras es una Eva? La sentencia de Dios sobre vuestro sexo sigue vigente: la culpa debe existir también necesariamente. Vosotras sois la

¹ LA BIBLIA. Génesis 2:4,3:24.

² EL CORÁN 7-19, 23.

puerta del Diablo: sois las transgresoras del árbol prohibido: sois las primeras transgresoras de la ley divina: vosotras sois las que persuadisteis al hombre de que el diablo no era lo bastante valiente para atacarle. Vosotras destruisteis fácilmente la imagen que de Dios tenía del hombre. Incluso, por causa de vuestra deserción, habría de morir el hijo de Dios”³.

La afirmación que hace San Tertuliano transgrede los límites de la gravedad del pecado: “la mujer como causante de la muerte del Hijo de Dios”. La Iglesia, más allá de lo religioso, marcó la línea de comportamiento para la mujer, de absoluta estigmatización, subvaloración y exclusión.

El papel de la mujer en la sociedad de su tiempo fue claramente descrito por San Agustín y Martín Lutero, el reformador: “Yo no veo la utilidad que puede tener la mujer para el hombre, con excepción de la función de parir a los hijos”⁴. “Si se cansan o incluso se mueren, eso no tiene importancia. Dejémoslas morir en el parto, que es para lo que ellas están allí”⁵. Lo concreto de esta “utilidad” indicaba que a la mujer no le era necesario ni importante educarse, por eso no podía opinar, tener o manejar bienes materiales, es decir, su “utilidad” le restringía los derechos: “Y si quieren aprender algo, pregunten en casa a sus maridos; porque es indecoroso que una mujer hable en una congregación”⁶.

Otros elementos que marcaron el trato discriminatorio hacia la mujer y que provienen de la concepción religiosa son: su naturaleza humana: “el nacimiento de un hija es una pérdida”⁷; el proceso natural y biológico que la hace “madre”, y del cual proviene su única “utilidad”: “Cuando una mujer tiene su flujo regular de

sangre, la impureza de su período mensual demorará siete días, y aquello que toque estará impuro hasta la tarde”⁸.

La Biblia católica concede un derecho a la mujer frente al hombre, se refiere a la restitución de su dignidad: “si un hombre halla a una mujer joven virgen que no esté casada y la viola y son descubiertos, entonces el hombre que se acostó con ella dará al padre de la joven 50 siclos de plata; y ella será su mujer. Dado que él la violó, no podrá divorciarse de ella en toda su vida”⁹. El derecho concedido identifica entre protección e indignación, al someter a la mujer a vivir con la persona que la ha humillado.

Una tercera versión acerca del papel de la mujer en la sociedad antigua proviene de los griegos, según ellos, el hombre y la mujer constituyen dos partes iguales de un todo, sin que exista supremacía de uno frente a otro:

En otro tiempo la naturaleza humana era muy diferente de lo que es hoy. Primero había tres clases de hombres: los dos sexos que hoy existen y uno tercero compuesto de estos dos, el cual ha desaparecido conservándose sólo el nombre [...] el dios hizo la separación que acababa de resolver, y la hizo lo mismo que cuando se cortan cabellos para salarlos, o como cuando un cabello se los divide en partes iguales [...]¹⁰.

Platón, autor de la narración anterior, parte de la condición de igualdad en que pensó Júpiter para hacer la división de los sexos, y llamó a la mujer, en su obra “La República”, para que asumiera las implicaciones que dicha igualdad proporcionaba, invocando a Sócrates “[...] enseña que las mujeres poseen las mismas capacidades que los hombres, aunque generalmente en menor grado; por lo tanto, nada se opone a

³ La mujer en el Islam versus judeo-cristianismo “mito y realidad”. En: www.usuarioslycos.es

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ LA BIBLIA. I Corintios, 14:35.

⁷ LA BIBLIA. Eclesiastés 22:3.

⁸ LA BIBLIA. Levítico 15: 19-23.

⁹ LA BIBLIA. Deuteronomio 22:28-30.

¹⁰ PLATÓN. Banquete sobre el Amor. Ético. Obras Completas, traducción Juan David García Bacca, Coedición de la presidencia de la república y la universidad central de Venezuela. Tomo III. Caracas, 1980, p. 111-112.

que participen de la misma educación y ocupaciones que los guardianes –los hombres-. Hombres y mujeres pueden colaborar y trabajar para el mismo fin”¹¹; además, habló del derecho de las mujeres a participar como “gubernantas”¹², es decir, que pueden encargarse de los asuntos de la ciudad y recibir honores por ello.

2. LAS ALIANZAS MATRIMONIALES, UNA ESTRATEGIA POLÍTICA

En el período colonial “el matrimonio significaba, no sólo una unión espiritual y un compromiso social, sino también un contrato económico para conservar la fortuna familiar. Era un medio para crear un tejido de intereses y alianzas familiares”¹³. En la reproducción de la descendencia por alianzas exógamias, jugaron un papel definitivo las mujeres, de hecho, emparentar con españoles y otros europeos, o con miembros destacados de la sociedad colonial, era una tarea muy importante que le convenía a todo el grupo. Esta afirmación se ilustra a partir de una reconocida familia socorrana del siglo XVII, cuyo nivel de importancia superó lo regional dado que su descendencia figuró entre los estadistas nacionales más reconocidos de la primera república:

Procedente de España don Francisco Félix de Plata y Domínguez, nacido en “San Lúcar de Barrameda (Cádiz), se casó en Chanchón (hoy Socorro – Santander), en 1686, con doña Josefa Martín Moreno y Meneses, del matrimonio nacieron: El Capitán de Infantería Española Hipólito José Plata y Moreno, casado con Doña Catalina González del Busto, padres de Don Salvador Hilario Plata y González, conocido Capitán de la Insurrección Comunera de 1781, abuelos de Doña Bruna Plata Álvarez, esposa

de Don Miguel Tadeo Gómez, discípulo de Mutis en tierras santandereanas, y hermano de quien fuera ministro durante la administración Santander, don Diego Fernando Gómez, ambos, sobrinos de don José Acevedo y Gómez, el “Tribuno del Pueblo”, del 20 de julio de 1810. Félix, casado con Apolinaria Franco; Petronila, casada con Miguel Gerónimo Renjifo, padres de Martha María Atala Renjifo Plata, esposa de Joaquín Plata Obregón, miembro de las Convenciones Constituyentes de 1831 y 1832; Salvador, casado con María Tobar Plata y de quien se expresa don Salvador en su testamento ser “loco, desmemoriado y de corto talento”¹⁴; Luisa, casada con Javier Bonafont; y, Crisóstomo Plata Álvarez.

Corresponden al mismo origen Teresa Plata González, esposa de José Antonio Benítez¹⁵, padres de Domingo José, José Antonio y Emigdio, este último, actuó como vocal en el Cabildo Abierto del 20 de julio en Santa Fe, miembro de la Junta Suprema del Reino y profesor de Francisco de Paula Santander¹⁶. También son parte de esta línea Pedro José, Lorenzo y Ciriaco Plata González, Abogados de la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá¹⁷, y, Bonifacio Javier Plata González miembro de la Compañía de Jesús¹⁸.

Perteneció al mismo linaje el Obispo de Antioquia Juan de la Cruz Gómez Plata. Pedro José Plata Moreno casado con María Rosa de Acevedo y Peñaloza, tía del “Tribuno del Pueblo”, y con María Joaquina Martínez Gómez Farelo,

¹¹ PLATÓN. La República de Platón. Clásicos de Grecia y Roma. Traducción de José Manuel Pabón, Manuel Fernández Galiano. 1ª ed, Editorial Alianza, capítulo V, p. 291.

¹² *Ibid.*, p. 454.

¹³ LÓPEZ BELTRÁN, Clara. Alianzas Familiares, Elite, Géneros y Negocios en La Paz, S. XVII. Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 1998, p. 167.

¹⁴ Testamento de Salvador Plata y González. En: Archivo Histórico de la Casa de la Cultura “Horacio Rodríguez Plata”, del Socorro–Santander (en adelante SSCCHRP), fondo notarial, protocolo 1802, folios 757-786.

¹⁵ GUILLEN DE IRIARTE, María Clara. Real Colegio de San Bartolomé. Nobleza e Hidalguía. Colegiales 1605–1820. Bogotá: Instituto de Cultura Hispánica, 1996. Registro N° 2103. P. 855. Expediente N° 1529. V. 30. Folios 14367-14375..

¹⁶ *Ibid.* Capítulo VIII. Iconografía del Real Colegio Mayor de San Bartolomé. Registros N° 2103-2189 y 2190, p. 855-892.

¹⁷ *Ibid.* Registros N° 1623, p. 629-630.

¹⁸ *Ibid.*

con esta última, fue el abuelo de Micaela Gregoria Plata Obregón esposa de Ignacio Javier Azuero, padres de Esteban Rafael, Julio Fermín Cayetano, Juan Nepomuceno, Anselmo Vicente¹⁹, Juana Josefa, Rosalía Faustina y María del Carmen Azuero Plata. Juan Nepomuceno²⁰ fue uno de los firmantes del Acta de Independencia el 20 de julio en Santa Fe, estuvo acusado por atentar contra la vida del “Libertador” en la denominada “noche septembrina”, como presidente del Senado en 1851 firmó la Ley sobre libertad de esclavos, como sacerdote ofició el matrimonio del General Francisco de Paula Santander con doña Sixta Ponton Piedrahíta. Anselmo Vicente, fue diputado nacional por las provincias del Socorro, Casanare y Chocó en el Congreso de 1821, miembro de redactores del Código Penal de 1823, Ministro del Interior en 1830, Consejero de Estado en 1832, postulado a la vicepresidencia de la república en 1833 y 1835 y a la presidencia en 1837 y 1840, su padrino de matrimonio fue el General Francisco de Paula Santander.

Isidro Plata Obregón, casado por segunda vez con Doña Trinidad Soto y Montes de Occa hermana del estadista nortesantandereano Francisco Soto²¹.

Hija de María Petronila Plata Rodríguez y Pedro Santos Meneses fue Antonia Santos Plata²²,

célebre durante la independencia por su papel revolucionario. Uno de los hermanos de Antonia, Joaquín, contrajo matrimonio con Josefa Rosillo, hermana del canónigo Andrés María Rosillo y Meruelo, vocal de la Junta Suprema de 1810 en Santa Fe²³.

Para el año de 1781, cuando se dio en el Socorro la insurrección de los comuneros, la familia Plata conformó un mismo círculo en la dirección del movimiento, a partir de sus diferentes líderes: “Salvador Plata era primo de la esposa de Juan Francisco Berbeo; Juan Maldonado de la Zerda era tío político de la esposa de Francisco Rosillo y cuñado de Catalina González del Busto (madre de Salvador Plata); Juan Manuel Berbeo (hermano de Juan Francisco) estaba casado con María Josefa Maldonado y Domínguez, hija de Juan Maldonado; a su vez, Francisco Rosillo era primo de Antonio Monsalve”²⁴.

3. EL MATRIMONIO COMO UNA CONVENIENCIA ECONÓMICA

“El Derecho Castellano tomó del Derecho Romano la figura de la dote o donación temporal “que da la mujer al marido por razón del matrimonio”. Este concepto, recogido por Alfonso el “Sabio”, se incorporó como parte de las leyes de la familia en 1369 a las Leyes de Toro, después se impuso en la Ley de Siete Partidas de Isabel la “Católica”, para finalmente ser promulgada en 1505. Desde el siglo XIV se convirtió en un aporte muy importante al matrimonio dado por

¹⁹ Antología Política. Francisco de Paula Santander y Vicente Azuero. Bogotá: Bogotana de Impresos, 1981, p. 394. Gaceta de la Nueva Granada N° 705. Octubre 6 de 1844. Necrología. GÓMEZ RODRÍGUEZ, Ramiro. Los Azueros, Familia de Próceres. Bucaramanga: Cámara de Comercio, p. 47 y 81.

²⁰ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Ramiro. Los Azueros, Familia de Próceres. Bucaramanga: Cámara de Comercio. Pp 97, 98, 99 y 110. HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo y Otro. Compiladores. Algunos Escritos Sobre el Doctor Vicente Azuero. Bogotá: Imprenta Nacional, 1944, p. 10.

²¹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Ramiro. Los Azueros, Familia de Próceres. Op. Cit., p. 47.

²² María Antonia Santos Plata nació en la Viceparroquia de Pinchote, el 11 de abril de 1782. Acusada de financiar y dirigir los movimientos de la “guerrilla de Coromoro”, fue puesta en prisión por orden del Gobernador del Socorro Don Lucas González. El 16 de julio de 1819 fue sentenciada a morir fusilada en la plaza del

Socorro y acatada la orden el 28 del mismo mes, diez días antes de la Batalla de Boyacá. En: Archivo Parroquial de Pinchote. Libro N° 1 de Bautismos. Folio 7. En: RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. Antonia Santos Plata (genealogía y biografía). Colombia: Academia Colombiana de Historia, 1969.

²³ RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. Andrés María Rosillo y Meruelo. Bogotá: Cromos, 1944. Biblioteca de Historia Nacional. Vol. LXIX, p. 10.

²⁴ AGUILERA PEÑA, Mario. Los Comuneros: Guerra Social y Lucha Anticolonial. Bogotá: Talleres Arte Gráfico, 1985, p. 53.

la familia de la mujer”²⁵. La dote era una garantía que los padres le entregaban al esposo de la hija, al momento del matrimonio, su valor era directamente proporcional al status y a la capacidad económica del futuro esposo, quien era el receptor, tenedor y administrador de los bienes contenidos en la misma.

La ley 53 de Toro, en los numerales 2 y 3, dispuso que la dote o donación *propter nuptias*, era una deuda contraída al momento de convenir el matrimonio, y por tanto debía ser satisfecha, dicha deducción se daba de los bienes gananciales del matrimonio, en caso de que estos bienes gananciales no existieran, por ruina o crisis familiar, la dote se pagaría de otros bienes ya fuera propiedad del padre o de la madre, por ejemplo, de la dote de esta última, que si bien era administrada por el esposo, éste no podía disponer de su venta. Era por esta razón que el valor de una dote²⁶ reflejaba el tamaño de la fortuna familiar y en

algunos casos, determinaba las posibilidades de un buen contrato matrimonial²⁷.

El contenido de la dote era la traducción del que hacer económico de quienes la otorgaban. Para el caso de la Villa del Socorro, que ya se mencionó, siendo la ganadería y el comercio las principales actividades de los “vecinos”, las dotes incluían, entre otros bienes: ganado, esclavos (mulatos, indios o negros, dependiendo del lugar donde se encontrara la dotada), lien-zos, objetos personales (ropa, cuadros, muebles, objetos religiosos, loza), bienes raíces (casa lote, solar, casa o terreno). Ceder propiedades rurales en las dotes, indicaba cierta conexión o posibilidad para con la actividad agraria o ganadera, y por lo general se acostumbraba a acompañar las tierras de semovientes y esclavos.

La dote entregada a Doña Josefa Martín Moreno y Meneses, fue registrada en San Gil el 15 de mayo de 1689, avaluada en 402 patacones y con un inventario discriminado y avaluado de la forma que sigue: Cincuenta reses vacunas, \$150,00; dos mulas mansas, \$50,00; media estancia de ganado mayor (no indica la ubicación), \$80,00; \$0,33 en géneros; un pabellón, \$10,00; una saya, \$6,00; una camisa, sin avaluar; un vestido de seda, \$20,00; una casa en la parroquia del Socorro, sin avaluar; una mantellina de Castilla, sin avaluar; un sombrero, \$0,02; un colchón, \$0,04²⁸.

De las sesenta y dos dotes registradas en el Socorro, entre los años 1703 y 1817, la más importante, por la propiedad que recibió, correspondió a María Vargas y Reyes, esposa del Teniente

²⁵ “Las Leyes de Toro son una colección de 83 leyes sancionadas en 1505 en una sesión de la Corte reunida en Toro, en las cuales se retorna al Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, el que a su vez recogerá los Fueros Municipales, Fuero Real y las Partidas de Alfonso X las que tuvieron particular vigencia en las Indias”. En: LÓPEZ BELTRÁN, Clara. Alianzas Familiares. Elite, Género y Negocios en La Paz, siglo XVIII. Op. Cit., p. 168.

²⁶ “La dote fue el medio por el cual las mujeres recibirían una parte de su herencia al momento del matrimonio. Este mecanismo sirvió para fortalecer económicamente a la nueva unidad familiar y también podía servir para añadir capital a un patrimonio mayor. La dote era también importante para conseguir maridos respetables, puesto que en las ciudades americanas del s. XVII el número de varones era inferior al de las mujeres. La dote era una parte de los derechos sucesorios de los hijos que daba a la esposa una participación económica en el contrato matrimonial y le ofrecía una plataforma de seguridad por si quedaba sola, viuda, abandonada o divorciada.

El monto de la dote fue regulado en 1805 en la Novísima Recopilación y fue tasado de acuerdo a la riqueza de los padres: su monto respondía a lo que debía recibir la hija como herencia patrimonial aunque estaba sujeta a la buena voluntad del padre o de quien la daba. Podía ser “profecía” o precedente del padre o abuelo, o “adventicia” es decir, precedente de la madre, de su abuela o de un pariente de línea transversal o extraño. En: LÓPEZ BELTRÁN, Clara. Alianzas Familiares. Elite, Género y Negocios en la Paz, siglo XVII. Op. Cit., p. 168 y 169.

²⁷ Algunos biógrafos del célebre marinero español don Cristóbal Colón han afirmado que su matrimonio con doña Felipa Perestrello Muniz, se debió a la crisis económica en que su difunto padre había dejado a su madre, y la imposibilidad de ésta para dotar a su hija. Don Cristóbal era un marinero y comerciante, mientras doña Felipa provenía de una distinguida familia portuguesa.

²⁸ BLANCO BLANCO, Jacqueline. Los Plata, una familia distinguida de la Villa del Socorro. Tesis de Maestría en Historia. Inédita. Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2004.

del Corregimiento Fijo de Cartagena y posteriormente Gobernador del Socorro Antonio Fominaya, el bien dotado fue la Hacienda Colaria, ubicada en Charalá y avaluada en \$4.000,00²⁹.

Al igual que la dote, la Ley 52 de Toro, numeral 95, definió las “arras” como “una donación que el esposo hacía la esposa antes o después de contraído el matrimonio en recompensa de la virginidad, honestidad, juventud o de su nobleza, o de cualquier otra prenda personal”, estaba establecido que las arras no podían tener un valor superior al diez por ciento de los bienes totales del esposo. En España, era usual que la mujer pactara el valor de las arras antes de acceder al matrimonio. Cuando la mujer enviudaba, y si de la unión marital no habían quedado hijos, ésta podía disponer del valor de las arras según su necesidad o gusto, finalmente las arras eran una donación para asegurar bienestar a la mujer durante su estado de viudez. Se dieron casos en que a pesar de haberse entregado las arras, el matrimonio no se cumplió, la Ley 52, en el numeral 19, estableció que para estos casos, la devolución de las arras dependía: si el matrimonio se había consumado, le correspondía a la mujer el cien por ciento de lo recibido en donación; si el hombre le había dado un beso a la mujer, le correspondía el cincuenta por ciento; si no se había dado ningún acercamiento, las arras debían devolverse.

Sucedió que cuando no se pactaban arras previamente al matrimonio, se presentaba con alguna frecuencia una conducta delictiva de promesa falsa de matrimonio que buscaba obtener la aprobación para acceder sexualmente a la mujer, al delito se le conoció y se le conoce como “estupro”. Por estupro se le siguió causa criminal a Lorenzo de Lezcano, mulato libre, a quien se le acusó por haber “desflorado la virginidad” a doña Isabel de Piedrahita bajo promesa de matrimonio, en la recién fundada Villa de Nuestra Señora de la Candelaria de Medellín, entre 1729 y 1730:

[...] porque lo sobredicho cede en grande ofensa de Dios Nuestro Señor, menosprecio de la Real justicia, ultraje de las familias de la sobredicha y agravio de la vindicta pública y de todas las familias ilustres de que se compone este valle, pues a este ejemplar sucederán con arrojos temerarios por haber en este dicho valle mucha gente baja, como lo son los dichos mulatos; para atajar semejantes inconvenientes y castigar tan atroces delitos que a ellos les sirva de pena y a los demás de ejemplo para contenerlos; mandaba y mando se parte sumaria secreta³⁰.

El caso fue cerrado cuando Lorenzo de Lescano fue sentenciado y condenado en 225 pesos de oro, para dote, de lo expresado por doña Isabel, en un año de destierro y en las costas del proceso; lo que permaneció fue la “pública y notoria” pérdida de la virginidad y con ella, la pérdida del honor familiar, tal como lo expresó a las autoridades don José de Piedrahita, padre de la ofendida.

3.1. Otros derechos contenidos en la Ley de Toro

Uno de los tantos elementos que permanecieron vigentes durante el periodo colonial americano, traído de España y tomado de la tradición judeo-cristiana, fue la sumisión y la obediencia que la mujer debía mostrar a su varón. Cuatro fueron los hombres que orientaron la vida de las mujeres coloniales: el padre, a quien debía respeto y obediencia desde niña; el esposo, una vez hubiera contraído matrimonio; el sacerdote, si su decisión estaba en tomar los hábitos; o el Alcalde o el Padre General de Menores, si enviudaba y debía cuidar de los bienes de sus hijos:

²⁹ SSCCHRP. Notarial. Protocolo 1808-1809. Folio 19-V. Dote correspondiente a Doña María Vargas y Reyes.

³⁰ Archivo General de la Nación (AGN). Fondo: Gobernación de Antioquia; Grupo: Criminal; Sección: Archivo Histórico de Antioquia; Serie: Documentos Históricos; Subserie: Negros y Esclavos; Título: Causa criminal por estupro; Vol. 117; Legajo B91 1700-1740; Nuestra Señora de la Candelaria de Medellín, 1729-1730; Folios 1-117.

Las mujeres castellananas no podían estar solas, siempre debían tener la protección de un hombre. Primero el padre o el hermano, quienes decidían con quién debía casarse su hija o hermana, sin pedirle opinión a ella. Después del matrimonio, el marido era quien velaba por ellas y, si enviudaban, era el hijo quien pasaba a ser la cabeza de familia. Las mujeres eran vistas como seres débiles e indefensos, por lo que había que protegerlas; pero también se las consideraba malvadas e inclinadas al pecado desde tiempos de nuestra madre Eva, y por eso también era necesario vigilarlas. Así, siempre debían estar bajo la tutela de un hombre. Se han conservado testimonios escritos del temor de las mujeres hacia los matrimonios forzados, a los que no tenían más remedio que amoldarse. Aunque el amor no era requisito para el matrimonio, algunas mujeres manifestaban su deseo de unirse a personas de su agrado. Los hombres no tenían este problema, pues podían casarse a su entera libertad. En las clases más o menos acomodadas, los matrimonios se hacían por intereses económicos; por ello, los padres o hermanos utilizaban a sus parientas, hijas o hermanas, para alianzas o negocios³¹.

La dependencia de un hombre se manifiesta en asuntos civiles según determinación contenida en las Leyes de Toro, allí se estableció que la mujer no podía “comparecer en juicio sin licencia de su marido”³² a no ser que su presencia se debiera a consecuencia del cometimiento de un hecho delictivo por el cual estaba obligada a responder, en estos casos, era conducida a un

lugar donde fuera vigilada por mujeres³³, si por el delito cometido recibía la pena capital, la dote pasaba a ser propiedad del marido, si la razón por la que se le juzgaba era por ser rea de “*lesa majestad*, violencia pública, parricidio, veneno u homicidio”, la dote pasaba a ser propiedad del fisco; tampoco podía ser fiadora de su marido³⁴, pese a expresarse en los documentos públicos la siguiente condición: “se obliga a pagar *insolidum* y de *mancomun* con su marido”, la mujer no estaba obligada a pagar; tampoco podía ser puesta presa por deuda privada o del fisco³⁵.

Frente al adulterio la mujer sólo podía ser acusada por tres personas: el marido, el padre de la adúltera, y cualquier extraño mayor de 25 años³⁶. Si el marido mataba a su esposa, la Ley lo entendía como una respuesta de dolor e indignación, pero, no se le concedían derechos sobre la dote a no ser que la muerte hubiera sido una condena autorizada por la justicia³⁷. Siguiendo lo mandado en el Antiguo Testamento, la Ley dispuso que si el marido le quitaba la vida a la mujer, pero al otro lo dejaba vivo pudiéndole haber dado muerte, debía pagar por el delito de homicidio³⁸:

Así parece lo estimó aquel antiguo y sagrado legislador Moisés, cuando estableciendo las leyes para gobierno del pueblo de Israel, manda que si alguno cometiese adulterio con la mujer de su prójimo, tanto él como la adúltera incurran en pena de muerte. *Si mechatus quis fuerit cum uxore alterius, et adulterium perpetraverit cum conjuge proximi siu morte moriantur et mechas et adultera*³⁹.

³¹ SEGURA GRAIÑO, Cristina. Las mujeres castellananas en los siglos XV y XVI y su presencia en América. En: Las mujeres en la Historia de Colombia T. I. Mujeres Historia y Política. Consejería Presidencial para la política social. Presidencia de la República. Bogotá: Norma, p. 57.

³² LLAMAS Y MOLINA, Sancho. Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro. Madrid: Analecta Editorial, 1999. En: www.intercodex.com. p. 299.

³³ Ibid., p. 335.

³⁴ Ibid., p. 518.

³⁵ Ibid., p. 328.

³⁶ Ibid., p. 535.

³⁷ Ibid., p. 555.

³⁸ Ibid., p. 556.

³⁹ Ibid., p. 558.

4. ALGUNOS NOMBRES HISTÓRICAMENTE CÉLEBRES

4.1. En la Colonia

En este período se reconoce el papel político desempeñado por dos mujeres santandereanas: una protagonista y otra víctima de la justicia real. La primera, María Manuela Beltrán Archila, la célebre mujer que rompió el edicto, el 16 de marzo de 1781 en el Socorro, como señal de protesta a las disposiciones arancelarias del Rey, y dio comienzo al movimiento insurgente más importante del período pre-independentista: la insurrección de los comuneros; su condición de mujer no le permitió registro alguno en la historia, a más del anecdótico acontecimiento de romper el edicto en la plaza principal de la villa.

Los únicos datos reales que se tienen de su vida corresponden al origen y a su familia: nació del matrimonio formado por Juan Beltrán y Ángela Archila, el 14 de mayo de 1724, en la Parroquia de Nuestra Señora del Socorro, por los datos que arroja la partida de bautismo, Manuela Beltrán tenía al momento de la insurrección comunera, 57 años de edad. Los historiadores del movimiento le han dado el nombre de “Plazuelera del Socorro”, porque todo parece indicar que era una mujer del pueblo, de condición humilde, a quien la nueva disposición económica le afectaba enormemente, razón por la cual respondió enardecida. Parece ser que luego del movimiento, y en razón a los inhumanos castigos a que fueron sometidos los líderes, Manuela Beltrán se refugió en la Parroquia de Confines (Santander) donde probablemente murió.

Del mismo movimiento de insurrección comunera se desprende la importancia del líder popular José Antonio Galán Zorro, quien recibió de la justicia real la condena más fuerte de la historia política colombiana:

condenamos a Joseph Antonio Galán a que sea sacado de la cárcel, arrastrado y llevado al lugar del suplicio donde sea puesto en la horca hasta que naturalmente muera, que

bajado se le corte la cabeza, se divida su cuerpo en cuatro partes y pasado el resto por las llamas (para lo que se encenderá una hoguera delante del patíbulo), su cabeza será conducida a las Guaduas, teatro de sus escandalosos insultos: la mano derecha puesta en la plaza del Socorro; la izquierda en la Villa de San Gil; el pie derecho en Charalá, lugar de su nacimiento; y el pie izquierdo en el lugar de Mogotes: declarada por infame su descendencia, ocupados todos sus bienes y aplicados al real fisco; asolada su casa y sembrada de sal, para que de esta manera se dé al olvido su infame nombre y acabe con tal vil persona, tan detestable memoria, sin que quede otra que del odio y espanto que inspira la fealdad del delito⁴⁰.

Como no sólo se hace historia por luchar, también puede hacerse por las enormes cargas que victimizan a la sociedad, le corresponde este papel a Toribia Verdugo, esposa de José Antonio Galán, quien además de enfrentar la cruel disposición en contra de su marido, tuvo que resistir el odio y la exclusión a que fue sometida una vez ejecutada la sentencia, la miseria económica y el escarnio público al que ella y su familia fueron condenados, y a la condición de “malditos” proclamada por la iglesia en respaldo de la autoridad real.

Desde la educación debe reconocerse el papel desempeñado por la Madre María Petronila Cuellar. El 2 de abril de 1783 unos pasquines anunciaron una nueva e innovadora propuesta en materia de educación para mujeres: “Aviso al público- que en el día veintitrés se abren las Escuelas en la Casa Fundación de la Enseñanza, y da principio en ellas a la de las niñas jóvenes, así que fijo establecimiento como entrantes y salientes, para que las personas que pretendieran su efecto, ocurran a tratar el asunto con la superiora de dicha Casa”⁴¹. Con la Casa Fundación

⁴⁰ Sentencia de muerte contra José Antonio Galán. Edición facsimilar, publicada por la Casa de la Cultura del Socorro – Santander, 2000.

⁴¹ HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo. Mujeres de la colonia. Bogotá: imprenta municipal, Concejo, sf., p 19.

de la Enseñanza se abrió un nuevo horizonte, atrás había quedado la odiosa indicación de San Pablo acerca de prohibir a las mujeres enseñar⁴², atrás quedaba también la educación eminentemente religiosa, y se preparaba el comienzo de la profesionalización de las mujeres como las futuras maestras en los colegios laicos.

El colegio de la Enseñanza fue idea de doña María Clemencia Caicedo y su razón más importante fue la capacitación de niñas que no pertenecían a familias distinguidas. Empezó a laborar con “25 alumnas de la alta sociedad y 250 “hijas del pueblo”, ¿quiénes podían ser estas hijas del pueblo? Quizás hace referencia solamente, como fue usual en el siglo XIX, a las hijas de los artesanos [...] La educación era gratuita y sólo las niñas de la nobleza, que eran admitidas como colegialas, debían pagar 100 pesos anuales por manutención y comida. Se las educaba para la vida doméstica”⁴³.

La primera educadora que tuvo el colegio fue la madre María Petronila Cuellar, posteriormente conocida por su obra literaria, escrita en 1805, titulada “Riego espiritual para las nuevas plantas. O instrucciones que la M.R.M. María Petronila Cuellar de Jesús, da a sus religiosas de la comunidad de “Hijas de Nuestra Señora de la Enseñanza”. La importancia del escrito radica en la visión futurista que tiene la religiosa, con respecto a lo que debe propiciar el colegio en la vida de las mujeres santafereñas: “[...] esas lecciones, esos ejercicios, esas conversaciones espirituales, esas tareas y labores, le habrían proporcionado –a la educanda- algún día con qué ganar su sustento”⁴⁴. La Madre Petronila dejó abierta la posibilidad para que la mujer buscara espacios de auto administración de su

propia vida, no sólo con la preparación y la formación que se impartía desde el colegio, sino con la visión proyectiva, donde expresa, a pesar de su formación religiosa, la idea de una mujer liberada del dominio y sujeción que el hombre había mantenido sobre ella durante tantos años, esta es la forma como ideológica, ética y religiosamente, la mujer se prepara para asumir un período de transformación política, el inicio del republicanismo, ya lejos de las corrientes medievales y monárquicas, y más cercana al liberalismo francés e inglés, cargado de derechos y posibilidades⁴⁵.

4.2. En la Independencia

De muy variadas formas se registra la participación de las mujeres durante la guerra por la independencia. Las señoras santafereñas, supieron disfrazar su papel de excelentes amas de casa y anfitrionas para propiciar en los salones de sus casas los más profundos e ilustrados debates sobre la libertad. Una de estas célebres matronas fue doña Manuela Sanz de Santamaría de González Manrique, educada en asuntos de naturalismo, literatura, en lengua francesa, italiana y latina, acostumbraba a ofrecer su casa para la realización de la conocida tertulia del Buen Gusto, que contó con la presencia de varios intelectuales protagonistas de los hechos del 20 de julio en Santa Fe, entre los que se cuentan los señores Custodio García Rovira, Camilo Torres, José Fernández Madrid, Miguel de Pombo, Manuel Rodríguez Torices y Frutos Joaquín Gutiérrez.

Algunos historiadores mencionan el papel de mujeres combatientes en las batallas, generalmente al lado de sus maridos, se trataba de mujeres del pueblo a quienes se les conoció como las “Juanas”, las “cholas”, o las “seguidoras de campamento”. Sobre las “Juanas”, cuenta el General Daniel Florencio O’Leary, en sus Memorias, acerca de una de ellas que, siguiendo a

⁴² LA BIBLIA. I Timoteo 2:11-14,

⁴³ GARCÍA, María Teresa. Las novelas por entregas de Soledad Acosta de Samper. Tesis de grado, Universidad de los Andes, Bogotá, 1991. En: GARCIA SCHLEGEL, María Teresa. Las mujeres en la Ilustración. Las voces de la Madre Petronila. Las Mujeres en la Historia de Colombia. T. I. Mujeres Historia y Política. Consejería Presidencial para la política social. Presidencia de la República. Bogotá: Norma, 1995, p. 67.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ CHERPAK, Evelyn. Las mujeres en la Independencia. Sus acciones y contibuciones. En: Las mujeres en la Ilustración. Ob. Cit.

las tropas por los Andes, dio a luz en el camino y continuó la marcha al día siguiente, con el recién nacido en sus brazos, por algunos de los peores caminos de la zona⁴⁶. Otros nombres registrados corresponden a Evangelina Tamayo, luchó en la batalla de Boyacá, tenía el rango de Capitán⁴⁷; Teresa Cornejo, Manuela Tinoco y Rosa Canelones, pelearon en Gámeza, en el Pantano de Vargas y en Boyacá⁴⁸.

No puede hablarse de mujeres célebres en la historia de Colombia sin mencionar los nombres de Policarpa Salavarrieta y Antonia Santos Plata.

Policarpa Salavarrieta, más conocida como la “Pola”, llegó a Bogotá en el año de 1817, para trabajar como costurera, un oficio que disimulaba su verdadera misión, cual era la de conspirar contra el gobierno del Virrey Sámano. La “Pola” colaboraba al ejército libertador como mensajera de la guerrilla de los Llanos, ayudaba con las compras del material de guerra, y reclutaba a jóvenes para que se vincularan al ejército patriota.

Quien fuera presidente de Colombia entre los años 1849 y 1853, José Hilario López, se encontraba presenciando el fusilamiento de la “Pola”, el 14 de noviembre de 1817, de sus Memorias provienen las últimas palabras de la heroína, con un contenido que muestra su claro entendimiento acerca de los problemas políticos que aquejaban a la sociedad granadina, y de la necesidad de iniciar un cambio en el régimen:

En vano se molesten, padres míos: si la salvación de mi alma consiste en perdonar a los verdugos míos y de mis compatriotas, no hay remedio, ella será pérdida, porque

no puedo perdonarlos, ni quiero consentir en semejante idea. Déjenme ustedes desahogar de palabra mi furia contra estos tigres, ya que estoy en la impotencia de hacerlo de otro modo. Con qué gusto viera yo correr la sangre de estos monstruos de iniquidad. Pero ya llegará el día de la venganza, día grande en el cual se levantará del polvo este pueblo esclavizado, y arrancará las entrañas de sus crueles señores. No está muy distante la hora en que esto suceda, y se engañan mucho los godos si creen que su dominación pueda perpetuarse. Todavía viven Bolívar, Santander, Páez, Monagas, Nonato Pérez, Galea y otros fuertes caudillos de la libertad; a ella está reservada la gloria de rescatar la patria y despedazar a sus opresores [...] ⁴⁹.

Dos años después del sacrificio de Policarpa Salavarrieta, en la controvertida provincia del Socorro se registró el ajusticiamiento contra una mujer de reconocido status social y económico, que había hecho suyo el papel de auxiliadora del ejército libertador. María Antonia Santos Plata; tía de Elenita Santos Rosillo, la niña sacrificada por los realistas el 4 de agosto de 1819, durante la batalla del río Pienta⁵⁰ en Charalá, y de quien don Manuel Ancízar refirió: “Tal fue la ferocidad de sus voraces enemigos, que se asegura con verdad que en el mismo templo fueron degolladas varias personas, entre otras la bella y

⁴⁶ FLORENCIO O’LEARY DANIEL, *Memorias del General O’Leary*, Narración, 3 vols, Caracas, 1952, vol. I, p. 568.

⁴⁷ CORREA RAMÓN. *Diccionario de boyacenses ilustres*, Tunja. 1955, p. 323.

⁴⁸ Corona fúnebre, homenaje a la memoria de los héroes y mártires de la independencia de la Gran Colombia en los centenarios de su emancipación. Bogotá, 1919, p. 53-54.

⁴⁹ LÓPEZ JOSÉ HILARIO, *Fusilamiento de Policarpa Salavarrieta*. En: reportaje de la historia de Colombia, tomo I. Bogotá. Editorial Planeta, 1989, p. 334-338. En: CHERPAK, Evelyn. *Las mujeres en la Independencia*. Ob. Cit., p. 128-129.

⁵⁰ El río Pienta está ubicado en tierras del municipio de Charalá (Santander), en la vía que comunica a los departamentos de Santander con Boyacá. Se conoce como la Batalla de Pienta, al encuentro entre realistas y patriotas que se llevó a cabo el 4 de agosto de 1819, tal parece que el número de muertos que dejó este sangriento encuentro debilitó las fuerzas españolas que llegaron golpeadas, cansadas y diezmadas al encuentro con Bolívar, Santander y los demás patriotas, el 7 de agosto, día de la independencia. En: RODRIGUEZ PLATA, Horacio. *La antigua provincia del Socorro y la independencia*. Bogotá: Publicaciones Editoriales Bogotá, 1963.

virtuosa joven Elena Santos, a quien después de su muerte estupro un soldado”⁵¹.

El fusilamiento de Antonia Santos fue ordenado por el gobernador de la provincia, Lucas Caballero, la ejecución se realizó el 28 de julio de 1819, diez días antes de la Batalla de Boyacá, y se le condenó por financiar y dirigir los movimientos de la guerrilla de Coromoro (Santander), lugar de su residencia⁵².

Otras mujeres desempeñaron su papel político en calidad de auxiliadoras económicas de las tropas, enfermeras, estafetas, o integrantes del ejército libertador. A muchas se les registra por haber recibido la pena capital, entre ellas se encuentran:

DOMITILA SARASTI: fusilada el 11 de diciembre de 1812.

DOMINGA BURBANO: fusilada el 13 de diciembre de 1812.

RAMONA ALVARÁN: fusilada el 13 de febrero de 1813.

ROSA ZÁRATE DE PEÑA: fusilada y decapitada el 17 de julio de 1813.

MERCEDES ABREGO DE REYES: fusilada el 13 de octubre de 1813

ROSAURA VELEZ DE PEÑA: fusilada en enero de 1814.

EULALIA BUROZ DE CAMBERLAINE: despedazada a sablazos el 7 de abril de 1814.

MARÍA DEL CARMEN Y BALBINA ULLOA: Fusiladas el 13 de abril de 1814.

JUANA RAMÍREZ: fusilada en marzo de 1816.

CARLOTA ARMERO: fusilada el 28 de mayo de 1816.

PRESENTACIÓN BUENAHORA: fusilada el 28 de Junio de 1816.

JOAQUINA AROCA: fusilada el 5 de septiembre de 1816.

AGUSTINA MEJÍA: fusilada el 8 de septiembre de 1816.

ROSAURA RIVERA: fusilada el 26 de noviembre de 1816

JUSTA ESTEPA: fusilada el 16 de enero de 1817.

ANSELMA LEYTON: fusilada el 17 de enero de 1817.

INÉS OSUNA: confinada y sacrificada el 6 de septiembre de 1817.

MERCEDES LOAIZA: fusilada el 16 de septiembre de 1817.

ANTONIA MORENO: fusilada el 19 de septiembre de 1817.

DOLORES SALAS: fusilada el 14 de Septiembre de 1817.

MARÍA DEL ROSARIO DEVIA: fusilada el 16 de septiembre de 1817.

LUISA TRILLERAS: fusilada el 18 de septiembre de 1817.

MARTHA TELLO: fusilada el 12 de noviembre de 1817.

GREGORIA POLICARPA SALVARRIETA RÍOS: Fusilada el 14 de noviembre de 1817.

BIBIANA TALERÓ: fusilada el 21 de noviembre de 1817.

CANDELARIA FORERO: fusilada el 26 de noviembre de 1817.

REMIGIA CUESTAS: fusilada en 2 de diciembre de 1817.

SALOMÉ BUITRAGO: fusilada el 3 de diciembre de 1817.

IGNACIA MEDINA: fusilada el 9 de diciembre de 1817.

EVANGELINA DÍAZ: fusilada el 19 de agosto de 1818.

MANUELA USCÁTEGUI: fusilada el 20 de diciembre de 1818.

TERESA IZQUIERDO: fusilada el 24 de julio de 1819.

MANUELA Y JUANA ESCOBAR: lanceadas el 10 de julio de 1819.

MARIA ANTONIA SANTOS PLATA: fusilada el 28 de julio de 1819.

AGUSTINA FERRO: fusilada el 20 de mayo de 1820⁵³

⁵¹ En ANCIZAR, Manuel. La Peregrinación de Alpha. Biblioteca del Banco Popular, 1988. Tomo I, p. 200.

⁵² Para ampliar sobre Antonia Santos, ver: RODRIGUEZ PLATA, Horacio. Antonia Santos Plata. Genealogía y Biografía. Ob. Cit. 1969.

⁵³ VARGAS CORDOBA, Isaac. Heroínas de la Independencia. En: Centro de Estudios Históricos del Ejército. En: www.centrohistoricoejc.mil.co