

# Criterio *Jurídico*

2008 - 1



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

<http://criteriojuridico.puj.edu.co>

Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 8, No. 1 2008-1 pp. 1-336 ISSN 1657-3978



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

Rector: Jorge Humberto Peláez S.J.  
Vicerrector Académico: Antonio de Roux Rengifo  
Vicerrector del Medio Universitario: Gabriel Jaime Pérez S.J.

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
Decano Académico: José Ricardo Caicedo Peña  
Decano del Medio Universitario: Armando Gandini Price

Criterio Jurídico  
Director: Ricardo Zuluaga Gil  
Editor: Federico Escobar Córdoba

Comité Científico: Raquel Ceballos (Col.), Ph.D.    Ángela Figueruelo (Esp.), Ph.D.  
Toni Fine (EE. UU.), JD    Emilia Girón Reguera (Esp.), Ph.D.  
Óscar Sarlo (Uru.), Ph.D.    Ron Slye (EE. UU.), JD

Comité Editorial: Daniel Bonilla, Ph.D.    Alejandro Carvajal  
Beatriz Espinosa    Maria Eugenia Ibarra, Ph.D.  
Julián Trujillo, Mag.    Ricardo Zuluaga, Ph.D.

Árbitros de esta edición:

Néstor Raúl Arturo  
María Cristina Bernat  
Diana Marcela Bustamante  
Alejandro Carvajal  
Luis Carlos Castillo  
Carolina Conde  
Óscar Duque

Carlos Delvasto  
Beatriz Espinosa  
Silvia González  
Hernando Llano  
Nieves Martínez  
Martha Parrondo  
Hugo Restrepo

Daniel Rodríguez Bravo  
Luis Freddyur Tovar  
Giovanna Uribe  
Robert Uribe  
Francesco Zappalá

Periodicidad: Semestral

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:  
Calle 18 No. 118-250, Vía Pance  
Santiago de Cali, Valle del Cauca  
Pontificia Universidad Javeriana  
Teléfonos (57-2) 3218200 Exts. 202-532 • Fax 555 2550  
[criteriojuridico@javerianacali.edu.co](mailto:criteriojuridico@javerianacali.edu.co)  
<http://criteriojuridico.puj.edu.co>

Formato 17 x 24 cms.

Impresión: LITOCENCOA LTDA.

## Índice General

### Artículos de investigación, revisión o reflexión

Los Derechos Humanos como criterio de acceso a la Unión Europea <i>Silvia González del Pino</i> .....	9
El Sistema Jurídico Andino <i>Carlos Espíndola y Diana L. Herrera</i> .....	35
Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional <i>Francisco Reyes Villamizar</i> .....	65
El límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia <i>Carlos Andrés Delvasto</i> .....	97
El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral <i>Alejandro Decastro</i> .....	131
El desarrollo y la fisonomía del Derecho socialista <i>Federico Escobar Córdoba</i> .....	157
El imperio de la discrecionalidad judicial <i>Carlos Andrés Echeverry</i> .....	195
Figli della biotecnologia <i>Cimon Burmann</i> .....	217
<i>Advance Directives</i> : Declaraciones Anticipadas de tratamiento médico o mal denominado Testamento Biológico <i>Francesco Zappalá</i> .....	243

## **De la imprenta**

La política de los derechos humanos y los derechos de los otros <i>Gabriel Bello Reguera</i> .....	269
---	-----

## **Reseñas**

D. Bonilla y M. A. Iturralde (Eds.), <i>Hacia un nuevo derecho constitucional</i> (2005) <i>Luis Freddyur Tovar</i> .....	297
--	-----

M. Hardt y A. Negri, <i>Imperio</i> (2001) <i>Alejandro Carvajal</i> .....	307
---	-----

Germán Ayala Osorio et al, <i>De la democracia radical al unanimismo ideológico</i> (2006) <i>Luis Freddyur Tovar</i> .....	310
--	-----

Seis libros que enseñan el derecho romano desde la práctica <i>Federico Escobar Córdoba</i> .....	321
--	-----

**Artículos de investigación,  
revisión o reflexión**

Los Derechos Humanos como criterio de acceso a la Unión Europea  
*Silvia González del Pino*

El Sistema Jurídico Andino  
*Carlos Espíndola y Diana L. Herrera*

Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional  
*Francisco Reyes Villamizar*

El límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia  
*Carlos Andrés Delvasto*

El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral  
*Alejandro Decastro*

El desarrollo y la fisonomía del Derecho socialista  
*Federico Escobar Córdoba*

El imperio de la discrecionalidad judicial  
*Carlos Andrés Echeverry*

Figli della biotecnologia  
*Cimon Burmann*

*Advance Directives*: Declaraciones Anticipadas de tratamiento médico o mal denominado Testamento Biológico  
*Francesco Zappalá*



## **Los Derechos Humanos como criterio de acceso a la Unión Europea**

Silvia González del Pino\*

### **Resumen**

La Unión Europea (UE) ha ido apropiándose del concepto de Derechos Humanos no sólo por su voluntad de unir a los pueblos europeos sino también como elemento legitimador de su existencia. Como consecuencia, ha establecido el respeto a estos derechos como condición de ingreso para los Estados adheridos en 2004 y 2007, y para los próximos Estados que quieran integrarse al club europeo. Sin embargo, aparecen varias dudas, ya que el concepto de Derechos Humanos que la UE maneja no es claro, y tampoco parece que esta concepción sea coherente con las otras políticas de la Unión, en las que también entran en juego estos derechos. Se podría concluir que, más que un criterio legal, la UE ha buscado un elemento de condicionalidad política adaptable a las necesidades y coyunturas del momento, que le permita seguir utilizando discursos y niveles de exigencia diversos en función del contexto político en cuestión.

### **Palabras claves**

Derechos Humanos, Unión Europea, adhesión, ampliación, integración europea, condicionalidad política.

### **Abstract**

The European Union (EU) has progressively taken over the concept of human rights, not only because of its wish of bringing different European peoples together, but also because these rights have become, for the EU, a mechanism of legitimating its own existence. Consequently, the EU has established respect for these rights as an accession condition for the new Member States of the 2004 and 2007 enlargements, as well as for the candidates that would join in the future. However, there are some doubts about how this conditionality works, since the concept of human rights used by the EU is not clear, and it does not seem coherent with other EU policies in which these rights are also involved. It could be said that the EU has looked, more than for a legal criterion, for a mechanism of political conditionality adaptable to the current necessities and situations, which enables the EU to use different arguments and different levels of requirements according to the specific political context.

### **Keywords**

Human Rights, European Union, Accession, Enlargement, European integration, Political conditionality.

---

\* Profesora del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.

## 1. Introducción

La UE ha sido catalogada como una organización internacional *sui generis*. Esto se suele achacar a la singularidad que representa en medio del floreciente mundo de las organizaciones internacionales, tanto universales como regionales, y deriva del hecho de ser fruto de un proceso de colaboración interestatal que combina en sí elementos intergubernamentales y supranacionales<sup>1</sup>. Lo hace con instituciones, *lobbies*, Estados y demás personajes que defienden más una camiseta o la otra, pero sin que esta esquizofrenia paralice su funcionamiento, sino que permita avanzar hacia una mayor integración, tanto geográfica como política.

Los Derechos Humanos<sup>2</sup> han jugado un papel doble en este proceso. Primero, han servido como elemento legitimador, justificador de la existencia de una organización tan compleja como ésta. Segundo, y consecuentemente, los Derechos Humanos han sido establecidos como condición *sine qua non* para ingresar al club europeo, ya que, si ellos son la base de su existencia, también lo deben ser de su subsistencia y desarrollo futuro.

Sin embargo, y a pesar del protagonismo adquirido por estos derechos en el marco de la UE en los últimos años, no queda del todo claro hasta qué punto éstos realmente condicionan la adhesión a la Unión. Además, se percibe una falta de consistencia por parte de la UE en el manejo de los Derechos Humanos en sus diferentes políticas, tanto internas como externas. Como veremos a lo largo de este análisis, ello puede ser debido al fuerte carácter político (por mucho que se cubra de innumerables textos jurídicos) que la condicionalidad política en Derechos Humanos aún tiene, al tratarse de un

---

<sup>1</sup> Para conocer más sobre la especial naturaleza de la Unión Europea, pueden ser de ayuda las siguientes obras: Wallace (1983), Laffan et al (2000), Chrysochoou (2003), González Ibán y Quintillán (2000).

<sup>2</sup> Este trabajo no va a entrar a considerar qué significa el concepto de Derechos Humanos y cuáles son sus fundamentos, sino que nos vamos a concentrar en ver qué entiende la UE por Derechos Humanos. Es decir, si existe una definición por parte de la UE sobre qué son los Derechos Humanos cuando los menciona en sus documentos jurídicos y políticos, y, en su defecto, ver en la práctica a qué se refiere por Derechos Humanos en el marco de la ampliación, para finalmente comparar esta conceptualización genéricamente con otras políticas de la UE en las que también utiliza esta idea. Sin embargo, para conocer más sobre la justificación y contenido de este término desde un punto de vista teórico y filosófico, existe amplia bibliografía al respecto. Son interesantes las obras de Donnelly (2003) y Habermas (1997). Es especialmente recomendable el artículo de Habermas (1998) para conocer, desde un punto de vista teórico, la relación entre Derechos Humanos y legitimación, ya que se trata de una relación que estudiaremos en este artículo, pero desde una perspectiva fáctica y concreta para la UE.

ámbito muy importante de la política exterior y sobre la cual los Estados —y la propia UE en su conjunto— no quieren perder margen de maniobra y flexibilidad decisoria en función del contexto político del momento. Un ejemplo repetidamente citado de esta ambivalencia es el caso de Turquía. La UE ha vetado, por ahora, su entrada, debido al escaso nivel de protección de los Derechos Humanos en su legislación nacional y práctica diaria. Sin embargo, se ha alegado en múltiples ocasiones que existen otras reticencias por parte de los Estados miembros —más de carácter político, cultural e incluso religioso— y que éstas son también parte de los motivos por los cuales Turquía aún no es un Estado miembro<sup>3</sup>.

Nos concentraremos en un primer momento en analizar el proceso de integración europea y cómo los Derechos Humanos fueron permeando progresivamente el mismo. Posteriormente, estudiaremos los procesos de ampliación de la UE, y la creciente presencia en ellos de los Derechos Humanos como criterio de condicionalidad política, para seguidamente ver en qué ha consistido esta condicionalidad en las dos últimas ampliaciones realizadas en 2004 y 2007. Finalmente, haremos un análisis crítico sobre este criterio de condicionalidad política y sobre sus dificultades e incoherencias en el marco general de las políticas de la UE, señalando cuáles son las perspectivas de mejora en vista del nuevo tratado constituyente aprobado en diciembre de 2007.

## **2. Los Derechos Humanos en el desarrollo de la UE: ¿Amor o conveniencia?**

El interés de la UE por los Derechos Humanos no es innato ni casual. Con respecto al primer adjetivo, tenemos que fijarnos en los tratados constitutivos de lo que hoy es la UE para ver rápidamente que los intereses que motivaron a los seis Estados fundadores a unirse bajo esa organización no eran precisamente relativos a la protección de estos derechos.

Efectivamente, tras un periodo de guerras tan destructivo como el que sufrió Europa con la Primera y Segunda Guerras Mundiales, los Estados europeos quedaron rezagados y tuvieron que ceder el protagonismo económico y político mundial a las dos superpotencias que surgieron tras la Segunda Guerra

---

<sup>3</sup> Este análisis no se va a concentrar en estudiar el caso de Turquía, ya que no es la intención del mismo considerar casos específicos sino ver la condicionalidad política desde el punto de vista de la UE y las inconsistencias en su regulación. Para conocer más sobre el caso turco son recomendables las siguientes obras: van Westering (1998), Arikand (2003), Hughes (2005), Muftuler-Bac (1997), Cakiralp (2002) y Carkogly y Rubin (2003).

Mundial: Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Sin embargo, Europa reaccionó rápidamente y vio que era necesario establecer una cierta estructuración política en el continente que permitiese no sólo la recuperación de las dañadas economías europeas sino precisamente atacar de raíz las causas de esas guerras a través de la elaboración de un proyecto de cooperación común. En este contexto nacieron tres organizaciones europeas, como son la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), constituida en 1951 por el Tratado de París; la Comunidad Económica Europea (CEE), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), a través de los Tratados de Roma de 1957. En 1967 entró en vigor el Tratado de las Comunidades Europeas, a través del cual estas tres organizaciones se vincularon, estableciendo un único Consejo y Comisión.

Estas organizaciones no tenían en mente la protección de los Derechos Humanos por dos motivos. Por una parte, no se veía posible en ese momento, tras tanta división política e ideológica, ningún nivel de integración más allá de la económica. Por otra parte, y al tratarse de una integración tan sectorial, se consideraba que las posibilidades de que los Derechos Humanos pudiesen verse afectados por este proceso de internacionalización eran remotas (Twomey, 1994: 121-122).

Sin embargo, las cosas cambiaron cuando las Comunidades empezaron a ampliar sus competencias. Efectivamente, poco a poco los Estados fundadores comenzaron a darse cuenta de que, para lograr una verdadera integración económica, era necesario también coordinar otros aspectos más políticos, y así progresivamente se fue extendiendo al ámbito de los Derechos Humanos. En este sentido, el brazo contencioso de la organización, la Corte Europea de Justicia con sede en Luxemburgo, jugó un papel fundamental en la progresiva asimilación de los Derechos Humanos por parte de las Comunidades Europeas, adoptando una posición favorable a la protección de estos derechos (Craig y de Búrca, 2003: 319), a pesar de que era claro que tal salvaguarda no estaba prevista originalmente en los tratados constitutivos. De hecho, las modificaciones y evoluciones posteriores de los tratados no han sido sino adaptaciones legales de los pronunciamientos previamente dictados por el Tribunal Europeo de Justicia (Nowak, 1999: 688).

La primera referencia a los Derechos Humanos en los tratados la encontramos en la Carta Única Europea de 1986, pero en ella aparecen mencionados en su Preámbulo, es decir, no en el texto vinculante y por lo tanto sin ninguna fuerza legal, sino puramente simbólica. Para ver los Derechos Humanos en el cuerpo de un tratado hubo que esperar a la siguiente reforma, que fue el Tratado de

Maastricht de 1992 (también conocido por la sigla TUE)<sup>4</sup>. Este tratado ha señalado la obligación de respetar los Derechos Fundamentales por parte de la UE en su artículo F.2 (posteriormente denominado 6.2 en el Tratado de Ámsterdam), al tratarse de un principio general del derecho comunitario. Esto fue complementado por el Tratado de Ámsterdam de 1997, que ha establecido en su artículo 7 la posibilidad de sancionar a un Estado miembro si éste es considerado culpable de una “violación seria y persistente de los Derechos Humanos”. Además, el artículo 6 ha sido reformado sustancialmente y su párrafo primero ha enfatizado que la UE se funda en los principios de libertad, democracia, respeto a los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. El párrafo segundo no se ha modificado pero la vinculación de las instituciones comunitarias con su contenido es ahora reforzado expresamente al reconocerse su sometimiento a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas a través del artículo 46 (d) del Tratado. Parece, pues, cada vez más claro que los Derechos Humanos son un objetivo al menos del primer pilar de la Unión Europea (Nowak, 1999: 689)

A la vez, empezaron a aparecer referencias a los Derechos Humanos en otros documentos e instrumentos emanantes de las diferentes instituciones europeas. Estos textos sirvieron como base para las disposiciones que finalmente fueron incorporándose a los tratados. Sin embargo, y como ya hemos adelantado, es especialmente destacable el papel impulsor jugado por el Tribunal Europeo de Justicia.

En este sentido, podemos distinguir tres fases diferentes de la jurisprudencia comunitaria en materia de Derechos Humanos. La primera, en que el Tribunal afirmaba que no era competente para examinar la legalidad de actos de las instituciones comunitarias de acuerdo con las normas fundamentales de los Estados miembros (caso Stork contra la Alta Autoridad [causa 1/58, de 4 de febrero de 1959], caso Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH contra Alta Autoridad [caso 40/59 de 15 de julio de 1960] con respecto al tratado CECA;

---

<sup>4</sup> Es importante destacar que este tratado constituye una piedra angular en el proceso de integración europeo, ya que por primera vez se sobrepasó el objetivo económico inicial y se le dio una vocación de unidad política. Este tratado substituyó el término “Comunidad Europea” por el de “Unión Europea”. La UE se fundamentó a partir de ese momento en "tres pilares". Por una parte, el "pilar comunitario", es decir, el recogido en los tratados comunitarios y en sus diversas reformas, con instituciones dotadas de competencias supranacionales. Por otra, se crearon dos nuevos pilares, basados en la cooperación intergubernamental. Estos son: primero, la Política Exterior y Seguridad Común (PESC) y, segundo, Justicia y Asuntos Internos (JAI). Para conocer más sobre esta estructura ver: Barón (1989), Keohane y Hoffman (1991), Blokker y Heukels (1998), De Witte (1998), Zielonka (1998) y Peterson y Sjursen (1998).

además, caso Sgarlata contra Comisión [causa 40/64 de 1 de abril de 1965] y caso van Eick contra Comisión [caso 35/67 de 11 de julio de 1968] con respecto al tratado CEE). Posteriormente, a través de los casos Stauder (causa 29/69, de 12 de noviembre de 1969) y también Internationale Handesgesellschaft (causa 11/70, de 17 de diciembre de 1970), la Corte aceptó que el respeto a los Derechos Fundamentales es parte integral de los principios generales del derecho comunitario por los que el Tribunal vela. Hay quien ha defendido que este interés por la protección de los Derechos Fundamentales derivó del miedo de la Corte a que el principio de supremacía del derecho comunitario se viese en peligro debido a la progresiva afectación de éste a los derechos protegidos por las constituciones nacionales. Este era el caso de Alemania, Italia o Dinamarca, donde existían normas específicas que permitían dejar de aplicar aquellos tratados internacionales que fuesen contrarios a su Constitución (Hermida, 2005: 129). Finalmente, y a través del caso Nold (causa 4/73 de 14 de mayo de 1974), la Corte dio un paso más y dijo que el Tribunal, en esta función veladora, se inspiraría en “las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” y en “los tratados internacionales de Derechos Humanos de los que los Estados miembros son parte” (Williams, 2004: 145).

Ahora bien, ¿por qué la Corte —y las Comunidades en su conjunto— empezaron a interesarse por la protección de los Derechos Humanos? Aquí es donde vuelve a entrar en juego nuestra primera frase, ya que este “interés” por parte del Tribunal no fue casual. Así, hay quien ve este progresivo apropiamiento del concepto de Derechos Humanos como una de las banderas de la UE, una estrategia para autentificar su existencia y ganar legitimidad ante el mundo y ante sus ciudadanos, por dos motivos (Williams, 2004: 128, 159). Por una parte, debido al estatus que el discurso de los Derechos Humanos ha ido ocupando como preeminencia simbólica, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, los Derechos Humanos han adquirido un papel fundamental como elemento evaluador de la aceptabilidad de un régimen a nivel internacional (Williams, 2004: 133-134).

Este poder legitimador de los Derechos Humanos fue especialmente notorio en Europa, ya que se consideró que éstos podrían rebatir el nacionalsocialismo y cualquier nuevo modo de extremismo que surgiese (Williams, 2004: 136). Esta percepción viene demostrada por la creación en esta misma época, en 1950, del Consejo de Europa como organización regional veladora de los Derechos Humanos a través de un instrumento jurídico (la Convención Europea de Derechos Humanos) y de un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sito en Estrasburgo, Francia). Sin embargo, los Estados fundadores de las

Comunidades Europeas (que también eran miembros del Consejo de Europa) no quisieron que los Derechos Humanos entrasen a formar parte de esta primera fase de integración europea. En primer lugar, y como hemos visto, porque no creían que éstos pudiesen verse afectados por la integración económica (que originalmente era el único objetivo comunitario), pero además porque entendían que tanto el Consejo de Europa como las Constituciones nacionales ya cumplían con la función de velar por estos derechos. Sobre todo estas últimas, ya que les correspondía especialmente a ellas esa labor, con base en el principio de no-interferencia en asuntos internos (Williams, 2004: 138).

### **3. De la condicionalidad implícita a los Criterios de Copenhagen**

La UE no nació compuesta por los 27 Estados miembros que hoy la integran sino que ha sido fruto de cinco procesos de ampliación. Las Comunidades fueron claras desde un primer momento en su voluntad de abrir el proyecto de integración europea a más países de los 6 Estados fundadores<sup>5</sup> (Preston, 1997: 7), tal y como consta en el artículo 237 del Tratado CEE. Sin embargo, y aunque el texto del artículo no lo mencionaba, se sobrentendía que esa adhesión no era incondicional y que implicaba también una adhesión a los principios, valores y objetivos que guiaban a la organización. Así se puede deducir del Preámbulo del tratado CEE, en que se habla de “identificación y adhesión a los valores inherentes al Proyecto”, entre ellos, la búsqueda de libertad (Williams, 2003: 54).

No existían referencias explícitas y directas a los Derechos Humanos, pero esto es lógico y previsible teniendo en cuenta —como hemos apuntado previamente— que estos derechos no estaban tampoco en mente de los Estados fundadores de las Comunidades Europeas, al menos en esta primera fase. Sin embargo, las referencias se fueron haciendo más claras a medida que la Corte Europea de Justicia también fue consolidando el respeto por los Derechos Humanos como parte de los principios generales del Derecho comunitario.

Así, en el marco de la primera ampliación —con la entrada de Dinamarca, Inglaterra e Irlanda en 1973—, las Comunidades empezaron a referirse a la existencia de una identidad europea común y a la idea de que la construcción de una Europa unida está abierta a aquellos Estados europeos que compartan los mismos ideales y objetivos (Declaración de Copenhagen de 1973 sobre Identidad Europea, Boletín CEE 12-1973 pág. 4). Posteriormente, esta condicionalidad implícita quedó más patente cuando el Consejo Europeo en

---

<sup>5</sup> Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

1978 afirmó que “el respeto y el mantenimiento de la democracia representativa y los Derechos Humanos en cada Estado miembro son elementos esenciales de la pertenencia a las Comunidades Europeas” (Declaración sobre Democracia del Consejo Europeo de Copenhague de 8 de abril de 1978, Boletín CEE 3-1978).

A la vez, y en el ámbito comercial, durante los años 60 y 70 las Comunidades establecieron acuerdos comerciales con diferentes Estados europeos que se caracterizaban por su escaso respeto por los Derechos Humanos. No fue hasta bastante más adelante, a principio de los 90, cuando los Derechos Humanos se incorporaron en estos acuerdos como cláusulas de condicionalidad. Por lo tanto, se podría afirmar que, al no ser posible una entrada plena en las Comunidades por parte de estos países (por ejemplo, España y Portugal) —ya que se vería como una contradicción con los supuestos principios y valores fundadores de las Comunidades—, se optó por una cierta entrada selectiva a través de beneficios económicos y comerciales (Williams, 2003: 56-57). Aun así, las siguientes incorporaciones, en 1981 (de Grecia) y en 1986 (de España y Portugal), siguieron sin verse sujetas a una condicionalidad política expresa basada en el respeto por los Derechos Humanos. La siguiente ampliación, en 1995 (de Austria, Finlandia y Suecia), no fue relevante desde el punto de vista de los Derechos Humanos, ya que supuso la adhesión de Estados con democracias y sistemas nacionales de protección de Derechos Humanos muy sólidos y estables.

Entonces, ¿cuándo y por qué se produce una transición de esta condicionalidad implícita y vaga al establecimiento de los Derechos Humanos como criterio expreso de adhesión? Ese momento llegó con la caída del Muro de Berlín en 1989, la desintegración del bloque soviético y el establecimiento de nuevos regímenes democráticos en toda la Europa Central y del Este. La UE vio su oportunidad de oro para poder desarrollar con estos nuevos actores internacionales (y ahora democráticos) su apenas creciente interés por los Derechos Humanos y darles más protagonismo.

Era, pues, la ocasión para la Unión de ser la propulsora de ese cambio político y económico, no sólo por el bien de esos países sino también para afianzar las fronteras y la seguridad de sus Estados miembros (Williams, 2003: 60) ante las nuevas amenazas surgidas tras la Guerra Fría (inmigración ilegal, tráfico de drogas, etc.) (Kaiser y Elvert, 2004: 1) y los peligros que podrían surgir de la eventual inestabilidad política de estas nuevas democracias (Sedelmeier, 2001: 164-165; Friis y Murphy, 2001: 190). Además, suponía una oportunidad para

que la UE recuperase protagonismo en la esfera política internacional,<sup>6</sup> convirtiéndose en el líder de una “oportunidad histórica de superar la división” que el Continente había sufrido durante décadas (Sedelmeier, 2001: 169), sobre todo tras el periodo de “euroesclerosis” o de semiparálisis del proceso de integración europeo sufrido a principios de los años 80 (Croft et al, 1999: 55).

Por otra parte, y retomando el argumento de la legitimidad, los Derechos Humanos también pasaron a ser el mecanismo legitimador de los Gobiernos poscomunistas, tanto a nivel interno como internacional, ya que precisamente estos Estados se habían caracterizado por ser violadores sistemáticos de estos derechos y ahora adquirirían repentinamente el papel de sus garantes. Además, estos países veían a la UE como el mejor guía hacia la estabilidad política, social y económica (Kaiser y Elvert, 2004: 1) después de la desintegración de la URSS y de su papel tutor (Curzon Price y Landau, 1999: 12). Todo esto daba una mayor complejidad a la situación de los Derechos Humanos en estos países (Zolkos, 2003: 10), pero también dotaba a estos derechos de un carácter emblemático y simbólico del cambio hacia la democracia.

Fue en este contexto donde el concepto de Derechos Humanos empezó a abrirse hueco en la idea de esta “Nueva Europa”, ya que aquellos derechos fueron considerados como puente de conexión entre los diferentes pueblos europeos que se habían visto separados por cuestiones políticas pero que compartían un patrimonio axiológico y cultural común. Este contexto, de países con “un sistema democrático todavía frágil” (Pi Llorens, 2001: 9), permitía el desarrollo de una “nueva política de Derechos Humanos” de la Unión Europea. Esta nueva política, en el caso que nos incumbe, implicaba un traslado de los Derechos Humanos al ámbito de las políticas de adhesión a la UE desde una posición condicionalista y maximalista (Zolkos, 2003: 12)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Para conocer más sobre la UE en el panorama internacional y su evolución, son recomendables las siguientes obras: Whitman (1998), Cannizzaro (2002), Holland (2002), Smith (2000), Cosgrove-Sacks (2001), Roy y Domínguez Rivera (2001) y Smith (2004).

<sup>7</sup> Tal y como Zolkos explica, Storey (1995) señala en su obra dos debates actuales relativos a los Derechos Humanos que son palpables en la política europea de adhesión. Un primer debate sería entre los “minimalistas” y “maximalistas” sobre qué incluye el concepto de Derechos Humanos. Los primeros entienden que son “principios fundamentales que pueden ser aceptados de manera consensuada por todo el mundo independientemente de la cultura, religión, política y nivel económico y de desarrollo social”, mientras que los segundos creen que son “un sistema universal de normas que deberían expandirse progresivamente y adecuarse a los cambios sociales e innovaciones tecnológicas”. El otro debate es entre “condicionalistas” y “anti-condicionalistas”, que son dos posiciones divergentes sobre si el nivel de respeto a los Derechos Humanos que se da en un país debe ser una condición a tener en cuenta para determinadas decisiones políticas o económicas.

Así se inició el camino hacia la quinta ampliación (la de mayor número de Estados), pasando de 15 países miembros a 25 en 2004 y a 27 en 2007, con una población total de unos 490 millones de personas. Primero, la Comunidad volvió a jugar con el concepto de “ingreso selectivo” y estableció en 1989 un programa de ayuda financiera para estos países (programa PHARE establecido por el Reglamento [CEE] n°3906/89 del Consejo de 18 de diciembre de 1989). Posteriormente, a principios de los noventa, se firmaron los primeros acuerdos comerciales, conocidos como Acuerdos de Asociación. La mayoría de estos acuerdos, que ya se habían empezado a discutir antes de la caída del Muro, comenzaron a recoger ciertos criterios de condicionalidad sobre Derechos Humanos (Fierro, 2003: 135<sup>8</sup>), con base en el establecimiento de una política general de condicionalidad en 1991 por parte de la Comunidad (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Luxemburgo de 28-29 de junio de 1991, Boletín CEE 6/91). En la práctica esta condicionalidad era tenue, ya que se entendía que la finalidad última era animar a estos Estados para que continuasen sus reformas políticas y económicas. Sin embargo, estos acuerdos —y las cláusulas de condicionalidad que se introdujeron en ellos— fueron un primer paso hacia la ampliación. De hecho, se denominaron Acuerdos Europeos, un nombre con una fuerte carga simbólica (Williams, 2003: 62).

Sin embargo, la nueva reforma de los tratados constituyentes (el Tratado de Maastricht de 1992) no incluyó aún ninguna referencia a la condicionalidad política de cara a las nuevas adhesiones, y apenas estableció que, para acordar el acceso de nuevos Estados miembros, era necesario el acuerdo unánime del Consejo y la mayoría absoluta del Parlamento Europeo (artículo 49, antiguo artículo O). El único requisito que establecía Maastricht es que el Estado fuese europeo, y en su artículo F hizo una mínima referencia a la naturaleza democrática de los Estados miembros (Fierro, 2003: 137).

Fue en 1993 cuando se unieron estos dos elementos, es decir, la condicionalidad política con base en el respeto a los Derechos Humanos (ya expresa a través de los acuerdos comerciales) y la existencia de unos criterios

---

<sup>8</sup> Es destacable que la mayoría de los futuros Estados miembros de la ampliación de 2004 y 2007 se veían sometidos a condicionalidad política en sus Acuerdos de Acceso (así se conocían los acuerdos comerciales con los países precandidatos a la adhesión), con algunas excepciones —como Hungría y Polonia—, ya que negociaron sus acuerdos comerciales con la Comunidad antes del año 92, cuando se estableció obligatoriamente la inclusión de estas cláusulas de Derechos Humanos. Tampoco Chipre ni Malta ni tampoco Turquía ya que, a pesar de que el acuerdo comercial se firmó después del 92 (en 1995), éste fue una prolongación del Acuerdo de Asociación de 1964, donde no aparecía ninguna condicionalidad política. Todo esto generaba un panorama general de incoherencia en materia de condicionalidad con los futuros Estados miembros.

implícitos de acceso a la UE. Así, tras ya aparecer recomendados en una Comunicación de la Comisión Europea al Consejo en ese mismo año, el Consejo Europeo de Copenhague estableció tres criterios básicos a respetar por los Estados “asociados” para poder lograr ser miembros de la Unión Europea. Estos son (Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague, 21-22 junio 1993, Boletín CEE 6/93, punto I.13):

- Tener instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los Derechos Humanos y el respeto y protección de las minorías (criterio político);
- Tener una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión de la competencia y la fuerza del mercado en la UE (criterio económico);
- Asumir las obligaciones de los Estados miembros y adherirse a los objetivos de unión política, económica y monetaria.

En 1995 se añadió el conocido como “Criterio de Madrid”, que exige a los Estados candidatos estar en condiciones de adaptar sus estructuras administrativas, de tal forma que la legislación comunitaria se transponga en legislación nacional, y entre en vigor de manera efectiva a través de las adecuadas estructuras administrativas y judiciales (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Madrid, Boletín 12-1995, punto I.25).

Vemos por lo tanto que los Criterios de Copenhague introducen una referencia clara y explícita a los Derechos Humanos y a la democracia como condiciones de acceso a la UE, siguiendo de hecho la tendencia iniciada por el Banco Mundial en materia de condicionalidad con su concepto de “buen gobierno” (Williams, 2003: 64-65).

El Tratado de Ámsterdam de 1997 recoge estos Criterios de Copenhague a través de su artículo 49, y la remisión de éste al artículo 6.1. Curiosamente, este artículo no hace referencia al derecho de las minorías, como sí hace el Consejo en Copenhague en 1993, lo que implica que la UE no quiso que esta obligación pasase de ser un criterio político propio en el Derecho primario de la Unión (Toggenburg, 2000: 18). En cualquier caso, este tratado es el primero que establece en un documento jurídico vinculante la existencia de una serie de requisitos expresos para acceder a la UE. Sin embargo, muchos autores consideran que esto no es más que el reflejo escrito de una práctica ya existente (Fierro, 2003: 137). De todos modos, es destacable que estos criterios naciesen a raíz de una declaración política, lo que delata la profunda naturaleza

política de las reglas de condicionalidad (Fierro, 2003: 138), como veremos más adelante.

En esa misma cumbre de Copenhague se establecieron genéricamente los procedimientos a través de los cuales se llevaría a cabo la evaluación de esos criterios. El Consejo quiso darle una orientación más próxima a la asistencia y cooperación que a la interferencia, por lo que estableció un modelo de diálogo más que de investigación. En cualquier caso, correspondería a la Comisión Europea recabar opiniones e informes periódicos sobre el nivel de cumplimiento de los Criterios de Copenhague por parte de los Estados candidatos. Esas negociaciones sólo avanzarían en la medida en que la Comisión valorase positivamente los progresos hechos por esos países con respecto a estos criterios, y por tanto también respecto a la protección de los Derechos Humanos (Williams, 2003: 65). De hecho, Turquía ha quedado fuera de las últimas ampliaciones con base precisamente en los pocos avances hechos con respecto a la mejora de este criterio político.

A diferencia de las anteriores ampliaciones, vemos, pues, que los derechos de las minorías y los Derechos Humanos en general pasan a ser una prioridad incluida en los criterios de ampliación, dando pie a un sistema de evaluación periódica, pormenorizada y sistemática desde 1998, que ha contado además con apoyo financiero e institucional para fortalecer proyectos de desarrollo democrático y Derechos Humanos en esos países (Zolkos, 2003: 13).

#### **4. ¿Cuál es el condicionante y cómo se evalúa?**

A pesar del establecimiento de los Criterios de Copenhague y de su introducción en el Tratado de Ámsterdam, hay ciertas dudas que se plantean sobre el alcance y contenido de esta condicionalidad política, ya que ninguno de estos dos documentos establece cómo se va a evaluar el cumplimiento de los criterios (Kochenov, 2004: 5).

Por una parte, cabe plantearse qué se considera como Derechos Humanos condicionantes de la adhesión. No ha habido una definición específica sobre cuáles son los Derechos Humanos a evaluar durante la fase de ampliación hacia los países del este y centro de Europa. El artículo 6.1 del TUE parecería una confirmación de los criterios de acceso de Copenhague, pero tampoco da una definición y además no menciona la única categoría específica de

Derechos Humanos recogida en los criterios de Copenhague: los derechos de las minorías<sup>9</sup>.

En principio, podría parecer que este criterio político de adhesión se asemeja a las condiciones establecidas para ser miembro del Consejo de Europa, con base en los requisitos establecidos en el artículo 3 del Estatuto de esta organización. Sin embargo, teniendo en cuenta las últimas ampliaciones del Consejo hacia países del este<sup>10</sup>, parece claro que los estándares de protección doméstica que el Consejo de Europa está exigiendo en estos últimos tiempos ya no son tan elevados. Como afirman Carrillo Salcedo (2004: 14) y Nowak (2003: 159), ello se debe a que, entre el mantenimiento de niveles altos de protección y la integración rápida de países en vías de transición democrática, el Consejo ha optado por esta segunda opción, entendiendo que era la mejor ayuda para estos Estados y para el fortalecimiento progresivo de sus mecanismos de protección de Derechos Humanos. Como consecuencia de ello, y con respecto al ingreso a la UE, vemos que hoy en día el simple hecho de ser miembro del Consejo de Europa (y por tanto, ser Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos) ya no puede ser visto como sinónimo de estar cumpliendo el criterio político de admisión del artículo 6.1 del TUE (Nowak, 1999: 692).

Por lo tanto, a falta de una definición clara sobre qué son los Derechos Humanos, la solución más práctica es fijarse en los informes y documentos que se elaboraron para verificar el cumplimiento de los Criterios de Copenhague. Para ello debemos partir de la conocida como la Agenda 2000 de 1997<sup>11</sup>, que establece los mecanismos y modos de evaluación de los avances hechos por los Estados candidatos con respecto a los criterios establecidos en Copenhague. Con respecto al criterio político, se establecieron tres ejes: democracia y Estado de Derecho, Derechos Humanos y respeto a las minorías. La Agenda 2000, además de haber considerado los elementos que componían este criterio político, ha emitido unas opiniones iniciales con respecto a los

---

<sup>9</sup> Este criterio se incluyó por la preocupación originada a raíz de la crisis en la antigua Yugoslavia, y también porque la UE no quería que una eventual ampliación implicase un peligro de aparición de tensiones étnicas en su seno (Sjursen y Smith, 2001: 12; Smith, 2003: 120), sobre todo teniendo en cuenta la fuerte presencia de minorías en varios de los países del este.

<sup>10</sup> La Federación Rusa en 1996, Georgia en 1999, Azerbaiyán y Armenia en 2001, Bosnia-Herzegovina en 2002 y Serbia en 2003. Consultar la página del Consejo de Europa para más información, en: [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>11</sup> Comunicación de la Comisión “Agenda 2000 para una Europa más fuerte y más fuerte” COM (97) 2000, Boletín 7/8-1997. La Agenda 2000 es un documento elaborado por la Comisión Europea a petición del Consejo. Se trata de un programa de acción que recoge, entre otros temas, las perspectivas de evolución de la UE y los retos del siglo XXI, así como los problemas derivados de la próxima ampliación.

diez Estados candidatos<sup>12</sup>, con base en estos tres ejes (Fierro, 2003: 139). En esas opiniones, la Comisión ha valorado muy positivamente la situación en materia de Derechos Humanos en estos países (en este primer momento), y ha considerado que todos ellos —a excepción de Eslovaquia<sup>13</sup>— cumplían ya con el criterio político, a pesar de que aún eran necesarias varias mejoras y el fortalecimiento de estos derechos y de las instituciones democráticas veladoras de los mismos.

Las fuentes de información que se utilizaron para emitir estas primeras opiniones fueron, entre otras:

- Respuestas dadas por parte de las Autoridades de los países candidatos a un cuestionario remitido en 1996;
- Reuniones bilaterales;
- Informes enviados por las Embajadas principales de los Estados miembros;
- Evaluaciones de organizaciones internacionales como el Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE);
- Informes elaborados por ONG no identificadas.

En materia de Derechos Humanos, y observando tanto estas opiniones iniciales como los informes posteriores<sup>14</sup>, se puede concluir que se han evaluado tres grupos: los derechos de las minorías; los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>12</sup> Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia.

<sup>13</sup> Opinión de la Comisión sobre la solicitud de adhesión a la Unión Europea de Eslovaquia. Boletín UE. Supl. 9/97. La Comisión Europea fundamentó su opinión con respecto al cumplimiento del criterio político en Eslovaquia en dos factores: la escasa protección a las minorías y el mal funcionamiento de las instituciones democráticas (puntos 1.1 a 1.3 de la Opinión).

<sup>14</sup> Con base en los resultados de estas opiniones, el Consejo decidió que abriría negociaciones con varios Estados: República Checa, Estonia, Hungría, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (Consejo Europeo de Luxemburgo de diciembre de 1997, Boletín 12-1997 punto I.27). Desde ese momento, la Comisión ha elaborado un informe anual sobre los progresos hechos por cada Estado candidato, y en el Consejo Europeo de Helsinki de diciembre de 1999 (Boletín 12-1999 punto 10) decidió abrir negociaciones con Rumanía, Letonia, Lituania, Bulgaria, Malta y Eslovaquia de nuevo. Una vez se ha finalizado con toda la fase de negociación, de introducción del acervo comunitario en los sistemas nacionales y de respeto de las condiciones, cada Estado candidato ha firmado un tratado de adhesión con cada uno de los Estados miembros.

Con respecto a los derechos de las minorías, es curioso que aparezcan mencionados como criterio político en Copenhague y que no sean después recogidos por el artículo 6.1 del TUE. Además, es destacable que hasta ese momento la UE no se había preocupado por la protección de estos grupos en su seno, debido a que la aproximación que la UE había utilizado a los Derechos Humanos hasta esa fecha era puramente individualista (Williams, 2003: 67) y su regulación sobre el tema siempre había sido más bien ambigua y escasa (Toggenburg, 2000). Este repentino interés se explica mejor si tomamos en consideración el contexto histórico del momento: una crisis humanitaria y política desconocida en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, derivada de la desintegración de la antigua Yugoslavia. Esta desintegración territorial fue consecuencia de la disparidad étnica, cultural y religiosa, y de la falta de entendimiento entre estas minorías.

Así pues, la UE hizo especial énfasis en la protección de los derechos de las minorías. La Agenda 2000 es una prueba de ello. En ella se utilizó como criterio evaluador el número de textos sobre protección de minorías nacionales de los cuales los Estados candidatos eran parte, y se valoró sobre todo el ser parte del Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales de 1995. Por ejemplo, en el caso de Turquía, la preocupación de la Comisión en este aspecto ha sido especialmente importante debido a la situación de la minoría kurda. La Comisión ha recomendado a este país que se reconozca la identidad cultural kurda, así como sus formas de manifestación. Especial interés ha despertado también la situación de los gitanos, ya que se trata de una minoría dispersa en varios de los países candidatos, sobre todo en Rumanía y Bulgaria. En general la Comisión se ha fijado en las posibles situaciones de discriminación de estos grupos, y en su nivel de integración. Se ha puesto un especial énfasis en el nivel de participación de las minorías en la esfera pública y en las medidas educativas tomadas para garantizar el desarrollo de su lengua y tradiciones (Fierro, 2003: 141).

En relación con el segundo grupo de derechos —los civiles y políticos—, la Comisión Europea se ha concentrado sobre todo en analizar el cumplimiento y respeto de los derechos incluidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, de la que todos los Estados miembros de la UE son parte. La Comisión ha examinado los derechos civiles y políticos más clásicos, como el acceso a los tribunales, abolición de la pena de muerte, protección contra arresto arbitrario, derecho al voto, libre asociación y libertad de expresión, entre otros. Es destacable que también ha considerado relevante la ratificación de otros convenios (sin fuerza jurídica) —sobre todo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Fierro, 2003: 140)—, así como otros documentos sobre Derechos Humanos elaborados por la OSCE. Ya veremos

posteriormente que esta “poligamia” no es casual, y que este interés por textos no jurídicos denota una posición de la UE sobre cómo valorar la condicionalidad política.

Como casos considerados por la Comisión, cabe destacar que ésta ha denunciado en el caso de Bulgaria la imparcialidad de los medios de comunicación públicos, el trato inhumano y degradante de la policía hacia los detenidos, la discriminación contra los gitanos y la violencia policial que sufren (Fierro, 2003: 142) y la necesidad de mejorar las condiciones de vida de los servicios de acogida de huérfanos, entre otras situaciones. Lo mismo para el caso de Rumanía con respecto a los huérfanos, así como en lo referente al trato a discapacitados. Vemos pues que la UE se ha interesado en los Derechos Humanos clásicos, que gozan de mayor protección (principalmente jurisdiccional) tanto nacional como internacional.

Finalmente, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, hay que tener en cuenta que todos los Estados miembros son también parte de la Carta Social Europea de 1961, elaborada en el marco del Consejo de Europa. Estos derechos han sido evaluados de dos modos. Por un lado, como parte de los Derechos Humanos a considerar dentro del criterio político. Por otro, como elementos integrantes de lo que se conoce como *acquis communautaire* (acervo comunitario), que debe ser adoptado por todos los Estados candidatos (criterio de Madrid). Se han considerado sobre todo los derechos que establecen medios para la subsistencia, como el derecho al acceso a un sistema de salud, derechos sindicales, seguridad social, huelga, libre acceso a la educación y libertad religiosa. No obstante, estos derechos se han examinado con menos atención e intensidad que los otros dos bloques, y la Comisión se ha fijado básicamente en si estaban reconocidos en las constituciones nacionales (Fierro, 2003: 141). Esto resulta curioso si tenemos en cuenta que la mayoría de los Estados europeos ya miembros no han insertado estos derechos como parte de los derechos fundamentales protegidos en sus constituciones, por lo que resultaría difícil justificar la exigencia de respeto y protección de estos derechos con base en las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”, tal y como dice el artículo 6.2 TUE (Nowak, 1999: 693; Rangelov, 2001). Además, no se ha evaluado profundamente cuál era la aplicación diaria de estos derechos (Fierro, 2003: 141).

Parece claro que la mayoría de la información evaluada se ha recabado de manera escrita, a pesar del diálogo fluido entre representantes de la Comisión Europea y de los Estados candidatos, y se ha observado sobre todo la situación de estos derechos *de iure* más que *de facto*. Sólo con respecto a los derechos

de las minorías, la Comisión se ha concentrado un poco más en hacer una evaluación crítica (Nowak, 1999: 691). En cualquier caso, esta posición formalista se fue corrigiendo paulatinamente en los posteriores informes regulares, y la Comisión empezó a evaluar tanto la protección legal como su aplicación.

Por último, y aunque no es parte de nuestro análisis, es interesante ver sucintamente cómo se ha valorado el respeto a la democracia y al Estado de Derecho, ya que también forma parte de los condicionantes políticos. Parecería que este punto se ha considerado como una cuestión primordial a la hora de valorar la adhesión, por encima de los Derechos Humanos y el respeto a las minorías. Así, la Comisión se ha concentrado sobre todo en observar la estructura constitucional y el funcionamiento diario de los tres poderes del Estado. También se ha analizado la situación en pluralidad política, así como la celebración de elecciones libres y regulares. Igualmente, se han valorado algunos derechos sucintamente, como los de libertad religiosa o de expresión. Finalmente, se ha considerado la situación de los funcionarios y sus salarios, el papel de la policía y del ejército y la descentralización administrativa (Fierro, 2003: 140). Da la impresión de que, para la Comisión, el compromiso de los candidatos a respetar más los Derechos Humanos en un futuro cercano ha sido una garantía suficientemente fiable para entender que los candidatos respetaban el criterio político. También se ha tenido muy en cuenta el grado de compromiso del Gobierno con el proceso de adhesión. Sin embargo, y como ya hemos mencionado, la Comisión ha dado sobre todo prioridad a la existencia de instituciones democráticas sólidas y estables, ya que son los cimientos sobre los cuales mantener y mejorar el respeto a los Derechos Humanos (Fierro, 2003: 142).

Como hemos visto, aunque la UE ha desarrollado una interpretación fáctica propia de lo que significa la expresión Derechos Humanos del artículo 6.1 del TUE en relación con los Criterios de Copenhagen, es claro que la tarea interpretativa teórica no es fácil, ya que el texto jurídico no nos da una definición. Se podría afirmar que el concepto Derechos Humanos, en materia de adhesión, iría más allá de los derechos reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (a pesar de que conserva cierta prioridad), y habría que tener en cuenta las interpretaciones hechas también por Naciones Unidas y OSCE. El respeto por estos derechos significa que deben ser protegidos a través de mecanismos domésticos legales (no necesariamente constitucionales) en sus respectivos países y deben ser respetados en la práctica (Nowak, 1999: 694).

## **5. La maleabilidad europea del concepto derechos humanos**

El hecho de que la defensa y protección de los Derechos Humanos surgiese más como un elemento legitimador y de autenticación de la UE que por una verdadera asimilación de su importancia política ha tenido sus repercusiones.

Así pues, este discurso sobre los Derechos Humanos como algo intrínseco en la naturaleza de la organización europea hizo que nadie se detuviese a analizar realmente su contenido, es decir, a determinar qué entiende la UE por Derechos Humanos (Crawford, 1998: 155). Esto tiene importancia por dos motivos. Por una parte, la UE emplea y condiciona sus políticas y ayudas — incluso el ingreso a su seno— al respeto a este grupo de derechos sin que, ni en las políticas internas ni externas, jamás haya definido este concepto. Esto invita a formular libres interpretaciones, y por tanto conlleva gran inseguridad jurídica, ya que puede dar pie a diferentes prácticas, definiciones y discursos sobre los Derechos Humanos, dependiendo del ámbito y de la política en cuestión. ¿Cómo puede entonces la UE presentarse como una organización basada y fundada en los Derechos Humanos, y además como su defensora, cuando no ha logrado establecer una definición única y coherente sobre qué son esos Derechos Humanos? (Williams, 2003: 157-159) Además, sin saber qué se entiende por Derechos Humanos resulta difícil entender cuándo estamos ante una vulneración de los mismos (González, 2003: 37).

De hecho, la UE ha sido fuertemente criticada por varios países en vías de desarrollo, e incluso por algunos países candidatos, que consideran un agravio comparativo los niveles de protección de Derechos Humanos que la UE exige a los terceros países, por un lado, y, por otro, a los Estados miembros o a sus propias instituciones. Así, a nivel interno, la UE no dispone de un texto jurídico que proteja los Derechos Humanos de sus ciudadanos frente a sus Estados y frente a las instituciones comunitarias. Como veremos posteriormente, la UE elaboró en el año 2000 la Carta Europea de Derechos Fundamentales pero, hasta el momento, ese documento es simplemente una declaración política. Esto provoca que los ciudadanos europeos no tengan un texto jurídico protector de sus Derechos Humanos y que, sin embargo, la UE condicione sus acuerdos comerciales, o el ingreso a la organización, a la existencia de sistemas jurídicos efectivos de protección de Derechos Humanos en esos terceros países<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Un ejemplo muy significativo de esta “hipocresía” es señalado por Joseph Weiler y Sybilla Fries (citados en: Alston, 1999: 147-165) en referencia a la exigencia de democracia. Este es un elemento fundamental de condicionamiento, tanto en los acuerdos comerciales que la UE mantiene con terceros Estados como en el criterio político de acceso a la Unión establecido en

Así pues, este temor a incoherencias y agravios no ha sido una mera sospecha, ya que en la práctica la UE ha utilizado una doble moral, es decir, un doble uso del concepto de Derechos Humanos en función de si habla de sus políticas y acciones con respecto a terceros Estados o con respecto a su esfera interna. En este último caso, como adelantábamos, no existen por ahora verdaderos mecanismos comunitarios de control del respeto a los Derechos Humanos. Sólo existe el control (político) expreso del artículo 7 del TUE, por el cual el Consejo podría determinar que un Estado miembro está violando los valores fundacionales de la UE —entre ellos el respeto a los Derechos Humanos—, y suspenderle de varios de sus derechos como miembro. Además, la UE no es miembro del Consejo de Europa ni por tanto parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que tampoco esta organización y su Tribunal podrían entrar a valorar las posibles vulneraciones en materia de Derechos Humanos que se diesen por parte de la UE.

El artículo 46 del TUE podría parecer una puerta a la esperanza (legal). Según el mismo, la Corte Europea de Justicia podría conocer de las infracciones de los artículos 6.2, 46 y 53, lo que en principio parecería cubrir el proceso de adhesión del artículo 49 de este mismo tratado. Sin embargo, la Corte nunca ha ejercido ningún tipo de potestad en materia de valoración de los criterios de condicionalidad en política de adhesión, por lo que sus competencias reales en materia de condicionalidad política son limitadas y poco claras (Nowak, 1999: 697-698).

Por otra parte, es curioso que, cuando la Comisión Europea ha evaluado el “progreso hacia la adhesión” de los países candidatos, se ha fijado (en sus informes periódicos) en el estatus de ratificación de tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ignorando que muchos de los antiguos Estados miembros no son parte de esos Convenios. Por ejemplo, Francia —uno de sus Estados fundadores— no reconoce la existencia de minorías en su territorio, por lo que tampoco ha ratificado ningún convenio internacional al respecto, lo que ha sido visto por varios Estados candidatos como una muestra de incoherencia e incluso de hipocresía de la UE en materia de Derechos Humanos (Rangelov, 2001). Más allá de la ratificación de convenios, la UE exige unos niveles mínimos de protección de los derechos de las minorías en esos países como criterio de acceso, cuando en realidad no ha sido capaz de poner en orden esa materia entre los Estados ya miembros, al tratarse de una

---

Copenhague en 1993. Sin embargo, en el plano interno, la UE sigue sufriendo un fuerte déficit democrático: cuenta con una sola institución elegida por sufragio universal (el Parlamento Europeo), pero que resulta ser aquella con menos competencias y capacidad decisoria.

cuestión con legislaciones nacionales muy diferentes al respecto. Esta situación denota una utilización de dobles estándares de exigencia en materia de Derechos Humanos. Por último, este interés por la ratificación de convenios sin fuerza jurídica, junto con la consideración de otros documentos no legales elaborados por la OSCE, pone de manifiesto una de las conclusiones de esta investigación: la UE ha estado más interesada en realizar un control político que un control jurídico<sup>16</sup> del grado de respeto por los Derechos Humanos en esos países.

En el plano exterior el panorama no es diferente. La UE ha ido introduciendo la protección y defensa de los Derechos Humanos de manera transversal en casi todas sus políticas con incidencia externa, y ha llegado a desarrollar mecanismos de condicionalidad cada vez más estrictos (Williams. 2003: 195). Sin embargo, estas cláusulas sufren en la práctica de una gran maleabilidad política. Así, la realidad ha demostrado que el nivel de exigencia y de severidad de la UE en materia de vulneración de Derechos Humanos no es el mismo si el Estado infractor es, por ejemplo, una antigua colonia de algún importante Estado miembro, si hay intereses económicos en juego o si se trata de Estados democráticos (González, 2003: 42-43). Además, tampoco jurídicamente estas dos condicionalidades son equiparables. El uso de esta condicionalidad política en el ámbito comercial de la UE está limitado por las competencias correspondientes al primer pilar de la UE, es decir, la Comunidad Europea, que es el ámbito en el cual se encuadran. Sin embargo, los tratados de acceso de los Estados candidatos son firmados con cada uno de los Estados miembros y no con la UE, por lo que, en realidad, no existe un documento jurídico que otorgue competencias a estos Estados para condicionar las negociaciones, por mucho que la UE esté detrás de los países haciendo seguimiento de las mismas (De Witte y Toggenburg, 2000: 62).

## **6. ¿Visos de cambios?**

¿Cuáles son entonces las aportaciones al respecto del último tratado de la UE, el Tratado de Lisboa de 2007? Esta nueva reforma de los tratados constituyentes de la UE (que aún no está en vigor) debería ser un paso hacia la eliminación de esta hipocresía política en materia de Derechos Humanos. Parece que algunos pasos se han dado en esa dirección. Por una parte, el tratado recoge la Carta de Derechos Fundamentales y esta vez le da fuerza jurídica. Además, esta Carta abarca tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales —e incluso derechos de tercera

---

<sup>16</sup> O que un control “cuasi judicial”, como lo dicen De Witte y Toggenburg (2000: 66).

generación<sup>17</sup>— en un solo texto. Con su inclusión en el tratado, la Carta ganará fuerza legal y será de obligatorio cumplimiento para las instituciones comunitarias y Estados, por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá conocer de las violaciones que las instituciones comunitarias, nacionales o locales hagan de estos derechos en el desarrollo o aplicación de legislación comunitaria.

Sin embargo, algunas dudas sobre su eficacia quedan aún sin resolver. Gracias al artículo 47 del Tratado de Lisboa, la Unión tendrá personalidad jurídica internacional y por lo tanto pasará a ser parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, que es también un documento legal vinculante (en este caso sometido a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos). No queda claro, pues, cómo interactuarán Carta y Convención Europea. Aunque esto significa que en Europa va a existir un sistema doble de protección de Derechos Humanos, lo cierto es que no está claro cómo coordinarán sus trabajos la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal Europeo de Justicia.

Más allá de estas dudas sobre interacciones, la Carta puede ser útil en la medida en que podría ayudar a delimitar mejor qué entiende la UE por Derechos Humanos y, por tanto, qué compone el criterio político de acceso. Eso no significa que este documento nos permite deducir automáticamente que los Derechos Humanos para la UE son única y exclusivamente los incluidos en los 50 artículos de la Carta. De hecho, el artículo 2 del Tratado de Lisboa, cuando se refiere a los Derechos Humanos como valores fundamentales de la UE, no hace ninguna alusión o remisión a la Carta como fuente definitoria de este concepto jurídico. Tampoco el artículo 49 del Tratado —que establece el respeto a los Derechos Humanos como condición para solicitar el ingreso en la UE— los define, sino que simplemente se remite a los valores establecidos en el artículo 2, sin citar en ningún momento el artículo 6 del mismo tratado, donde se hace referencia a la Carta y a su fuerza jurídica vinculante. Así pues, existen ya algunos elementos que nos permiten sospechar que el concepto de Derechos Humanos que la UE va a continuar manejando en el ámbito de la ampliación no va a coincidir directamente con los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales y que, en cambio, va a seguir utilizando diferentes baremos. Otro ejemplo de ello es que la Carta no recoge los derechos de las minorías, mientras que éstos han sido un núcleo fundamental

---

<sup>17</sup> Se suele denominar así a una rama —la más floreciente— de los Derechos Humanos, bajo la cual se aglutinan derechos relacionados con el medio ambiente, la paz, la manipulación genética, etc.

de Derechos Humanos tenidos en cuenta a la hora de evaluar el criterio político de adhesión (Rangelov, 2001).

Con respecto a las minorías, la UE también ha ido intentando corregir algunas de sus incoherencias, y cada vez ha ido mejorando su legislación en materia de protección de estos grupos. Así, en Ámsterdam se introdujo una prohibición de discriminación por cuestiones étnicas, raciales, etc. Este artículo fue posteriormente completado por el Tratado de Niza, y el próximo tratado en vigor —el Tratado de Lisboa— retoma este artículo (artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que substituye al TCE). Por otra parte, en marzo de 2007 se creó la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, que substituye al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia y que pretende ayudar y dar asistencia a los Estados miembros en materia de Derechos Humanos en el marco de sus legislaciones y de sus acciones nacionales.

Así pues, si nos fijamos en la relación histórica entre Derechos Humanos y la UE, podemos ver que existe un fuerte interés político por parte de la Unión al respecto de estos derechos, lo que explicaría el apego de la UE por seguir utilizando este concepto de manera flexible y conveniente, según el contexto y la política en cuestión. Aunque el Tratado de Lisboa parece apuntar algunos elementos de mejora en materia de Derechos Humanos y de su congruencia, no da la impresión de que la UE quiera adentrarse demasiado en determinar claramente qué entiende por este grupo de derechos y parecería que prefiere seguir utilizando diferentes “varas de medir”. Este comportamiento denotaría que la Unión se mueve más por intereses geopolíticos o de amistad (Smith, 2003: 120) que por un verdadero interés objetivo e imparcial de protección de los Derechos Humanos en cualquier lugar del mundo.

Esto podría dañar la imagen de la UE como actor internacional ante terceros países, como en algunas ocasiones ha sucedido con el caso de Turquía, y le podría restar legitimidad (Smith, 2003: 120) como actor internacional, curiosamente la misma razón por la cual empezó a interesarse por los Derechos Humanos. Por ello, sería importante que esta organización intente al menos mejorar su protección en materia de Derechos Humanos a nivel interno, para que esta percepción de hipocresía institucional no se convierta en un problema en sus relaciones con terceros Estados. Igualmente, para que esta “inteligente” instrumentalización de los Derechos Humanos, como elemento legitimador de su existencia, no se vuelva en el verdugo de su credibilidad internacional.

## Bibliografía<sup>18</sup>

- Alston, Philip (Ed.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press (1999).
- Amato, Giuliano y Judy Batt. “Report of the First Meeting of the Reflection Group on the Long-Term Implications of EU Enlargement: The Nature of the New Border”. En: *Minority Rights and EU Enlargement to the East* (European University Institute RSC Policy Paper 98/5, The Policy Centre Series). Florencia: Robert Schuman Centre and Department of Law EUI (1998). Disponible en: <[http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/98\\_05p.htm](http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/98_05p.htm)>
- Archick, Kristin y Kim, Julie. “European Union Enlargement”. CRS Report for Congress 23 Enero 2008. Congressional Research Service (2008). Disponible en: <<http://italy.usembassy.gov/pdf/other/RS21344.pdf>>
- Arikand, Harun. *Turkey and the EU: An Awkward Candidate for EU membership?* Aldershot: Ashgate (2003).
- Barón, Enrique. *Europa 92: El rapto del futuro*. Barcelona: Plaza y Janés (1989).
- Betten, L. y N. Grief. *EU Law and Human Rights*. Londres: Longman (1998).
- Blokker, N.M y Heukels, T. “The European Union: Historical Origins and Institutional Changes”. En: *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis*. Ed. Heukels, T. et al. La Haya: Kluwer Law International (1998).
- Cakiralp, Caglar Fahri. *JHA as an issue in EU-Turkish Relations: The Case of Asylum and Refugee Policy and Practice*. Brugge: College of Europe (2002).
- Cannizzaro, E. (Ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*. La Haya: Kluwer Law International (2002).
- Carkogly, Ali y Barri Rubin (Eds.). *Turkey and the European Union: Domestic Politics, Economic Integration and International Dynamics*. Londres: Frank Cass (2003).
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos (2004).
- Chrysochoou, D. N. et al. *Theory and Reform in the European Union*. Manchester: Manchester University Press (2003).
- Comisión Europea. “Doce lecciones sobre Europa.” Comunidades 1995-2008. Consultada 17 Mayo 2008. [http://europa.eu/abc/12lessons/index\\_es.htm](http://europa.eu/abc/12lessons/index_es.htm)
- Comisión Europea. “Enlargement of the European Union, An Historic Opportunity: A General Overview of the Enlargement Process and the Pre-accession Strategy of the European Union” (2001). Disponible en: <[http://ec.europa.eu/spain/pdf/ampliacion\\_ue\\_2001\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/spain/pdf/ampliacion_ue_2001_en.pdf)>
- Comisión Europea. “The European Union: Still Enlarging” (“Europe on the move” series). Junio 2001. Disponible en: <[http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/30/txt\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/30/txt_en.pdf)>
- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Madrid de 1995, Boletín 12-1995.

---

<sup>18</sup> Todas las fuentes escritas en idiomas diferentes al castellano, y citadas directamente en el artículo, han sido traducidas por la autora.

- Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague, 21-22 Junio 1993, Boletín CEE 6/93.
- Consejo Europeo de Helsinki de diciembre de 1999, Boletín 12-1999.
- Consejo Europeo de Luxemburgo de diciembre de 1997, Boletín 12-1997.
- Cosgrove-Sacks, C. (Ed.). *Europe, Diplomacy and Development: New Issues in EU Relations with Developing Countries*. Hampshire: Palgrave (2001).
- Craig, P. y G. de Búrca. *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press (2003).
- Crawford, G. "Human Rights and Democracy in EU Development Co-operation: Towards Fair and Equal Treatment". En: *European Union Development Policy*. Ed. M. Lister. Hampshire: Palgrave (1998).
- Croft, S. et al. *The Enlargement of Europe*. Manchester: Manchester University Press (1999).
- Curzon Price, Victoria y Alice Landau. "The Enlargement of the European Union: Dealing with Complexity." En: *The Enlargement of the European Union: Issues and Strategies*. Ed. Victoria Curzon Price. Londres: Routledge (1999).
- De Witte, B. "The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?" En: *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis*. Ed. H. Ton et al. La Haya: Kluwer Law International (1998).
- De Witte, Bruno y Gabriel Toggenburg. "Human Rights and Membership of the Union." En: *The EU Charter of Fundamental Rights*. Ed. Steve Peers y Angela Wards. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing (2004).
- Declaración de Copenhague de 1973 sobre Identidad Europea, Boletín CEE 12-1973.
- Declaración sobre Democracia del Consejo Europeo de Copenhague de 8 de Abril de 1978, Boletín CEE 3-1978.
- Delegación de la Federación de Municipios de Madrid en Bruselas. Octubre 2007. Consultada 19 Mayo 2008. Disponible en: <<http://www8.madrid.org/gema/fmm/index.htm>>
- Dirección General de Ampliación. 1995-2008. Consultada 17 Mayo 2008. Disponible en: <[http://ec.europa.eu/dgs/enlargement/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/dgs/enlargement/index_es.htm)>
- Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca y Londres: Cornell University Press (2003).
- Fierro, Elena. *The EU's Approach to Human Rights' Conditionality in Practice*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers. (2003).
- González del Pino, Silvia. *Human Rights Clauses in EU Trade Agreements with Developing Countries: Difficulties and Driving Forces in Their Evolution*. Tesis del Master of Arts in European Political and Administrative Studies (sin publicar). Brujas: Departamento de Estudios Administrativos y Políticos, Colegio de Europa (2003).
- González Ibán, R. y M. Ahijado Quintillán. *Unión Política Europea: laberinto, puzzle o mosaico?* Madrid: Pirámide (2000).
- Green Cowles, Maria y Michael Smith. *The State of the European Union*. Oxford: Oxford University Press (2001).
- Habermas, J. "A Reconstructive Approach to Law I: The System of Rights". En: Habermas, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press (1997).

- Habermas, J. "Remarks on Legitimation through Human Rights". En: *Social Philosophy and Criticism* 24.2 (1998).
- Hermida del Llano, Cristina. *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial (2005).
- Holland, M. *The EU and the Third World*. Londres: Palgrave (2002).
- Hughes, Kirsty. *The Political Dynamics of Turkish Accession to the EU: A European Success Story or the EU's Most Contested Enlargement?* Estocolmo: Sieps (2005).
- Keohane, Robert O. y Stanley Hoffman. *The New European Community: Decision-making and Institutional Change*. Westview: Boulder, CO (1991).
- Kochenow, Dimitry. "Behind the Copenhagen façade: The Meaning and Structure of the Copenhagen Political Criterion of Democracy and the Rule of Law" En: *European Integration online Papers (EIoP)* 10.8 (2004). Disponible en: <<http://eiop.or.at/eiop/pdf/2004-010.pdf>>
- Laffan, Bridget et al. *Europe's Experimental Union: Rethinking Integration*. Londres y Nueva York: Routledge (2000).
- Muftuler-Bac, Melten. *Turkey's Relations with a Changing Europe*. Manchester: Manchester University Press (1997).
- Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (2003).
- Opinión de la Comisión sobre la solicitud de adhesión a la Unión Europea de Eslovaquia. Boletín UE. Supl. 9/97.
- Parker, Jill. "West Meets East: A Discussion of European Union Enlargement and Human Rights". En: *Tulsa Journal of Comparative International Law* 11.2 (2004).
- Peterson, John y Helene Sjursen (Eds.). *A Common Foreign Policy for Europe? Visions of the CFSP*. Londres: Routledge (1998).
- Preston, Christopher. *Enlargement and Integration in the European Union*. Londres: Routledge (1997).
- Rangelov, Iavor. "Bulgaria's Struggle to Make Sense of EU Human Rights Criteria". Octubre 2001. Consultada 13 Mayo 2008. Disponible en: <<http://www.eumap.org/journal/features/2001/oct/bulgariastr>>
- Roy, Joaquín y Domínguez Rivera, Roberto. *Las relaciones exteriores de la Unión Europea*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Plaza y Valdés (2001).
- Sadurski, W. "EU Enlargement and Democracy in New Member States". En: *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*. Ed. W. Sadurski et al. Dordrecht: Springer (2005).
- Smith, K. E. "The End of Civilian Power EU: A Welcome Demise or Cause of Concern?" En: *The International Spectator* XXXV.2 (Abril-Junio 2000).
- Smith, M.E. *Europe's Foreign and Security Policy: The Institutionalization of Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press (2004).
- Toggenburg, Gabriel. "A Rough Orientation Through a Delicate Relationship: The European Union's Endeavours for (its) Minorities". En: *European Integration*

- Online Papers (EIoP)* 16.4 (2000). Disponible en:  
<<http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-016a.htm>>
- van Westering, Jolanda. *Promoting Respect for Human Rights in the External Relations of the EU: A matter of Principles or Application of Double standards? The cases of Turkey and Cyprus*. Brugge: College of Europe (1998).
- Wallace, William. "Less than a Federation, More than a Regime: The Community as a Political System". En: *Policy-Making in the European Community*. Ed. Helen Wallace et al. Chichester, Nueva York: John Wiley (1983).
- Whitman, Richard, G. *From Civilian Power to Superpower? The International Identity of the European Union*. Nueva York: St. Martin Press (1998).
- Williams, Andrew. *EU Human Rights Policies: A Study of Irony*. Oxford: Oxford University Press (2004).
- Zielonka, Jan (Ed.). *Paradoxes of European Foreign Policy*. La Haya: Kluwer Law International (1998).
- Zolkos, Magdalena. "The Copenhagen Human Rights Criteria and the Relevance of the Post Communist Context". En: *Papeles del Este, Transiciones Postcomunistas* 7 (segundo semestre 2003). Disponible en:  
<<http://www.ucm.es/BUCM/cee/papeles/07/07.pdf>>

## **El Sistema Jurídico Andino: ¿Utopía o realidad jurídica?**

Carlos Alberto Espíndola Scarpetta\*

Diana Lorena Herrera Rodríguez\*\*

### **Resumen**

El desarrollo del comercio internacional exigió la creación e implementación de un sistema jurídico, a través de acuerdos multilaterales, acorde con las realidades económicas y comerciales del intercambio de bienes y servicios entre Países Miembros de los mismos. La dinámica de cada país, los intereses particulares, y las asimetrías de los mercados, entre otros factores, dispararon las controversias propias de estas actividades. La permanencia de los acuerdos y la solución de estas controversias dependen de la eficacia del ordenamiento jurídico y son directamente proporcionales al poder coercitivo de sus instituciones para lograr el acatamiento de las sentencias proferidas en virtud del sistema jurídico de que se trate. Este artículo pretende estudiar si estos factores se encuentran vigentes en el interior de la Comunidad Andina.

### **Palabras claves**

Supranacionalidad, Comunidad Andina de Naciones, programa de liberación, Acuerdo de Cartagena, tratado de creación del tribunal, acción de Incumplimiento, acción de Reparación Directa.

### **Abstract**

The expansion of the international trade of good and services demands that an appropriate legal system be developed and incorporated into the different trade agreements that have arisen in the past decades. Each country's inner dynamics, individual interests, and market asymmetries, among other factors, evolved into a proliferation of claims and disputes that demand effective solutions. The continuity of a trade agreement depends, to a great extent, on the power of decision of the court created to resolve disputes and conflicts, and also on the unified interpretation of such a legal system. This essay tests the validity of this statement within the scope of the Andean Community of Nations, CAN.

### **Keywords**

Supranational, Dispute resolution, Exclusive venue, Liberation Program, Agreement of Cartagena, Treaty for the Creation of the Andean Tribunal of Justice, Non-performance action, Direct repair action.

---

\* Doctor en Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. LIM, Master of Laws, Tulane University School of Law. New Orleans, Lo. USA.

\*\* Abogada Universidad Icesi de Cali.

## 1. Introducción

Una de las inquietudes que asalta con frecuencia a algunos juristas es la eficacia de las normas de un acuerdo comercial multilateral. Muchos coinciden en la preocupación por la efectividad de las acciones y mecanismos consagrados en los acuerdos y tratados como una sentida necesidad de garantizar el ejercicio y goce de los derechos, ya sea de los Estados, o de sus súbditos, y de buscar una homologación de la interpretación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario.

En el presente artículo nos enfocaremos en uno de los múltiples acuerdos comerciales regionales existentes: la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Lo haremos con el fin de responder la siguiente pregunta: ¿Los mecanismos jurídicos existentes en la Comunidad Andina permiten a los Países Miembros y a los particulares hacer efectivos los derechos que adquirieron con la firma del tratado constitutivo y las normas derivadas del mismo, o dichos mecanismos son producto de un mero ideal filosófico de integración?

Para ello presentaremos brevemente algunos antecedentes de los sistemas comunitarios, señalaremos las características, estructura y funcionamiento de la Comunidad Andina y ciertos aspectos relevantes del Acuerdo de Cartagena, en lo referente al Programa de Liberación. Finalmente mostraremos cómo, a través del Ordenamiento Jurídico Andino y las instituciones del Sistema Andino de Integración, los Países Miembros de la CAN pueden hacer efectivos sus derechos, a través de las acciones contempladas en dicho ordenamiento, y particularmente con la denominada acción de incumplimiento.

## 2. Antecedentes

La Carta de San Francisco, y el nacimiento de las Naciones Unidas, apoyadas por el “Plan Marshall” para la reconstrucción de la Europa de posguerra, fueron los insumos para que la globalización económica se convirtiera en una realidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La globalización ha provocado numerosos debates en el Derecho, uno de ellos enfocado en la figura del “Derecho global”. Algunos escritos al respecto han sido recogidos en el volumen *Hacia un derecho global* (Domingo et al, 2006). Allí, por ejemplo, Garrigues reivindica la “sociedad civil global” contra el “hiperestatismo” (2006: 19); Domingo propone una nueva serie de principios para el Derecho global, como los principios de personalidad, universalidad, subsidiariedad, y solidaridad (2006: 25-28); Mejías señala como raíces históricas del Derecho global contemporáneo el *ius gentium* romano (2006: 29-32); Arese hace un recuento interesante de los elementos y efectos de la globalización, y desarrolla los conceptos de globalización por

El desarrollo del comercio internacional fue la plataforma para que, a través de los mecanismos del GATT, se cristalizara el entorno que desencadenó la transformación del derecho internacional para dar paso a los tratados multilaterales de comercio<sup>2</sup>. En efecto, como bien lo dice Enrique Vescovi, “el mundo ya no es de países sino de regiones” (2006: 374).

Con el Tratado del Carbón y el Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951, nació el primer mecanismo que permitió el avance hacia el derecho económico moderno<sup>3</sup>. Aunque el Tratado se refería únicamente a las industrias del carbón y el acero, su reglamentación contempló la protección de sus instituciones mediante reglas precisas para evitar la interferencia de las normas por parte de los Países Miembros y tutelar los derechos de los mismos frente a terceros países (v. Sweet & Maxwell, 1975: 27).

Con el Tratado nacen a la vida jurídica europea las medidas compensatorias, la prohibición de alterar las reglas de la competencia pactadas y nuevos conceptos de soberanía: la creación de normas comunitarias con carácter de supranacionales y la cesión por parte de los Estados contratantes de su jurisdicción y competencia a una entidad supranacional representada principalmente por la Corte de Justicia que daría aplicación a dichas normas<sup>4</sup>.

El avance de la tecnología del transporte, las comunicaciones y el impacto de las economías de escala en los mercados, también forzaron a regular las condiciones de acceso a los mercados, buscando mantener un equilibrio entre países competidores en la canasta mundial de bienes y de servicios, diferentes al carbón y el acero.

Estas fueron algunas de las razones por las que el 25 de marzo de 1957 se firmó en Roma el Tratado que estableció la Comunidad Económica Europea, con la participación de Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda como países fundadores.

---

países y globalización por regiones (1999: 217-221); y José Eduardo Faria señala, desde una perspectiva crítica, que la globalización está impactando, incluso, la racionalidad y las metas del Derecho (2001).

<sup>2</sup> Varios autores reiteran que, de manera histórica, los Acuerdos escritos o Tratados han sido reconocidos como fuente de derechos y obligaciones en el derecho internacional público y privado. (Remiro Brotóns et al, 1997: 179-181); Álvarez y Galán (2001: 83-93); Barrera Martínez (2003: 43-51).

<sup>3</sup> Artículo 67, Capítulo VII, Título Tercero, European Treaty of the Coal and Steel Community.

<sup>4</sup> Artículo 5º, Convention on the Transitional Provisions. París, Abril 18 de 1951.

Con posterioridad se adhirieron otros países, generando una verdadera revolución comercial y jurídica expresada en una moneda unificada, inmigración desregularizada, libre circulación de personas, bienes y servicios, unidad legislativa, y un Tribunal exclusivo para conocer los asuntos definidos por el Tratado y sus protocolos modificatorios.

Los artículos 9, 12, 16, 30 y concordantes de dicho Tratado consagran el libre comercio de bienes y la prohibición de imponer unilateralmente medidas cuantitativas que restrinjan tal libertad. Esta es la génesis de las salvaguardias y los derechos compensatorios que, más adelante, copiaron la ALADI y la CAN para crear las áreas de libre comercio en Latinoamérica y en la subregión<sup>5</sup>.

El tráfico mercantil de bienes y de servicios exigió una limitación a las acciones de los Países Miembros relativas al “dumping”, subsidios, subvenciones<sup>6</sup> y medidas paraancelarias.

El éxito de la Comunidad Económica Europea como herramienta estratégica para buscar simetrías entre los Países Miembros y desarrollar, de manera coherente, los esquemas de complementación económica, constituyó el sustento para que en la subregión andina se gestara el Acuerdo de Cartagena<sup>7</sup>.

El intercambio de bienes y servicios, bajo este nuevo estadio, exige un desarrollo legal que ocasiona conflictos jurídicos entre las normas internas y aquellas de estirpe supranacional, derivadas del Tratado multilateral en comento, cuando se desvían de los parámetros típicos del nuevo sistema jurídico denominado Andino.

En efecto, el rompimiento de los conceptos tradicionales del principio de legalidad aplicable a las normas internas, mientras no exista una decisión jurisdiccional que impida su aplicación, con base en su declaratoria de

---

<sup>5</sup> Sobre el tratado de Montevideo, y el tránsito de la ALALC al tratado de la ALADI, ver Chain Lizcano (1987: 282-288).

<sup>6</sup> El artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, adoptado por Colombia mediante la Ley 170 de 1994, considera que existe subvención cuando hay una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (ver Navarrete, 2006: 95-100).

<sup>7</sup> Diaz Müller incluye como “causas fundamentales” de la creación del Pacto Andino, entre otras: la ampliación del mercado, la crisis de la ALALC, la necesidad de integraciones alternativas, cierto grado de homogeneidad y voluntad política, y un cierto nivel armónico de industrialización (1988: 123).

nulidad<sup>8</sup> o efecto equivalente, es uno de los escollos que deben ser atendidos por la jurisdicción supranacional<sup>9</sup>.

Así mismo, la inobservancia de las normas andinas por parte de los Países Miembros buscando la protección de intereses nacionales, generó un crecimiento de conflictos al interior del Grupo Andino, hoy Comunidad Andina<sup>10</sup>, que en ocasiones ha permitido que se ponga en duda la jerarquía del sistema supranacional frente a las normas nacionales.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas y patrimoniales generadas por los incumplimientos de las obligaciones multilaterales de los Países Miembros pueden ser objeto de acciones legales concretas interpuestas por particulares ante tribunales internos, para obtener el resarcimiento de los perjuicios a cargo del Estado incumplido.

El mismo Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino (TJA) así lo prevé, permitiendo que personas naturales o jurídicas, en el caso de incumplimientos por parte de los Estados Miembros, interpongan la correspondiente demanda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener el resarcimiento del daño causado<sup>11</sup>. La base de la Acción de Reparación<sup>12</sup> ante la jurisdicción nacional es precisamente, la sentencia de Incumplimiento del Tribunal de Justicia Andino.

### 3. La Comunidad Andina

---

<sup>8</sup> El debate sobre las nulidades ha recibido abundante atención de teóricos del Derecho, como Hart (2004: 42-45) y Nino (2006: 203-207).

<sup>9</sup> En este sentido se pronuncia Lamprea, al señalar: “[...] el acto de la administración se presume legal y, por ello, idóneo para producir los efectos de su expedición. Tal eficacia se expresa en la facultad administrativa para ejecutarlo, aún por la fuerza, lo que se conoce como la acción de oficio, o ejecutoriedad. Amparados en la presunción de legalidad, sin ninguna discusión, y antes de su examen de legalidad, en sede judicial, los actos deben cumplirse, pues se supone cumplidas las condiciones de su legalidad, entre ellas, el sometimiento a la norma a que están subordinados” (2003: 327). Ver también Lamprea Rodríguez (2004: 18) y Betancur Jaramillo (2002: 23-25).

<sup>10</sup> El cambio de denominación de "Grupo Andino" por "Comunidad Andina" quiso significar la intención de involucrar al ciudadano andino mismo y no solo a los Países Miembros. Saborío (1994: 251-255) hace una breve aproximación a la evolución del Pacto andino y su supervivencia.

<sup>11</sup> El daño como causa de reparación, y como elemento primario en los procesos de responsabilidad civil es estudiado ampliamente por varios autores, entre ellos, Henao (1998: 35).

<sup>12</sup> El fundamento de esta acción es claramente el artículo 90 de la Constitución Nacional, de acuerdo con el cual, el Estado responderá patrimonialmente por el daño que le sea imputable, por acción u omisión de la autoridad pública.

La Comunidad Andina, creada en marzo de 1996, a través del Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena<sup>13</sup>, es una organización con personería jurídica internacional que tiene por objeto promover el desarrollo de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.

Este bloque de integración conformado por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú<sup>14</sup>, tiene tres características fundamentales: la existencia de un orden jurídico andino, la supranacionalidad, y la creación de órganos comunitarios independientes y autónomos (Rosell, 1999).

### **3.1. El ordenamiento jurídico andino**

Los artículos 1 al 4 del Tratado de Creación del Tribunal<sup>15</sup> establecen cuáles son las normas que integran el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, su naturaleza y ámbito de aplicación, jerarquía y preeminencia, así como las competencias y facultades de los órganos que se encargan de su vigilancia y observancia y, en fin, los sujetos pasivos y los órganos competentes para generar derecho derivado o secundario.

El Ordenamiento Jurídico Andino está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes de la voluntad de los Países Miembros, contenidas, por una parte en los tratados constitutivos, tales como: Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, con sus respectivos protocolos modificadorios; y por la otra, en normas derivadas emitidas por los órganos de la Comunidad Andina, tales como: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial que adopten entre sí los Países Miembros (ver Kaune Arteaga, 2006: 50-55; Cavelier, 2000: 529-536).

#### **3.1.1. El Programa de Liberación**

---

<sup>13</sup> Nació como Grupo Andino en 1969, con el Acuerdo de Cartagena.

<sup>14</sup> Venezuela inicialmente fue miembro, pero el 22 de abril de 2006 comunicó oficialmente, a través de la Cancillería Venezolana, su retiro de la CAN. De conformidad con el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, los derechos y obligaciones del País Miembro que denuncie el Acuerdo cesarán inmediatamente, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

<sup>15</sup> Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su versión modificada por el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996.

La integración económica<sup>16</sup> y comercial también depende del respeto al Programa de Liberación de bienes contemplado por los artículos 71, siguientes y concordantes del Acuerdo de Cartagena.

Dicho Programa tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro<sup>17</sup>.

Por supuesto, la definición de gravámenes<sup>18</sup>, sus excepciones y las restricciones al Programa<sup>19</sup> están contempladas como de “todo orden” y están regladas en el Acuerdo.

Es importante recordar que el Programa de Liberación es automático e irrevocable y cubija la universalidad de los productos, con algunas excepciones contenidas en el Acuerdo.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Sobre integración económica ver Kindleberger (1979: 183-200). Para un enfoque jurídico ver la clasificación que hace Ravassa al identificar lo que él denomina “escalones de un proceso de integración (2002: 73-80), y la de Midón, que señala al Pacto Andino (que mutó en Grupo Andino, y posteriormente en Comunidad Andina) como una integración de vigor medio, pero innegablemente audaz por ser resultado del descontento de los cinco Países Miembros de la ALALC por su “exagerado criterio comercialista” (1998: 187-190).

<sup>17</sup> Así lo señala el artículo 71 del Acuerdo. Al respecto Barrios menciona la intención, un poco accidentada, del Grupo Andino de adoptar paulatinamente un arancel externo común (1999: 16-22)

<sup>18</sup> Artículo 73.- “Se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados”.

<sup>19</sup> Art. 73, ibídem: “[...] Se entenderá por ‘restricciones de todo orden’ cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

<sup>20</sup> Artículo 76, ibídem. “El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el

El citado Programa consagra una de las obligaciones más relevantes de un Acuerdo de este tipo: impedir la expedición de actos unilaterales dirigidos a aplicar gravámenes e introducir restricciones de cualquier orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.

### **3.2. La supranacionalidad**

El Acuerdo de Cartagena trae a nuestro sistema jurídico nacional una transformación del concepto de soberanía<sup>21</sup>, al introducir la supranacionalidad de las normas del tratado originario del Acuerdo, en materias relacionadas con el comercio de bienes y de servicios entre los Países Miembros (v. García Gestoso, 2004: 59).

Posteriormente el entendimiento del derecho económico contemporáneo y de las fuerzas del mercado permitieron que en la reforma constitucional de 1991 se elevara a norma de normas la integración económica latinoamericana y se reconociera la estirpe supranacional de las normas originarias y derivadas de los tratados de integración económica y comercial<sup>22</sup>.

---

presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala este Acuerdo”.

<sup>21</sup> Sáchica recuerda que el ordenamiento comunitario andino tiene principio y se apoya en la cesión, concesión o transferencia de competencias estatales mediante Tratados. Afirma que dicha cesión no destruye la soberanía estatal porque la técnica integracionista es el ejercicio conjunto de los poderes cedidos por los Países Miembros, aunque “es claro que los conceptos de soberanía, Nación y Estado son ideas en crisis, desbordadas por los cambios del siglo XX, cambios a los que responden los conceptos de interdependencia, región y comunidad”. La dinámica de la regionalización económica se inscribe, además, en el marco de la globalización económica, como lo señala Sotillo Lorenzo sobre América Latina: “La interdependencia creciente ha arrastrado a la inclusión de economías nacionales a la economía mundial, reproduciendo a gran escala lo que hasta entonces sólo tenía dimensiones nacionales o regionales” (2000: 265-266).

<sup>22</sup> Por ejemplo, el artículo 9 de la Constitución Política de Colombia señala: “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”. Posteriormente el artículo 227 constitucional reza: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

Al respecto SÁCHICA señala que la supranacionalidad es el núcleo del derecho de la integración, pues es el rasgo que lo distingue del derecho internacional común. Esta supone la creación de una organización con mecanismos más amplios, directos y expeditos que los de las relaciones políticas o comerciales antiguas; es decir, independiente de los Estados que la integran, con poderes para emitir decisiones autónomas y obligatorias por los Países Miembros (1990: 10-11).

En el mismo sentido señala la Corte Constitucional que el concepto de supranacionalidad implica que los Estados miembros transfieran, a un organismo internacional, determinadas atribuciones nacionales que permiten que dicho órgano expida normas con vocación de integrar el derecho interno de cada uno de los Países Miembros (Sentencia C-331/96).

La misma Corte establece que la adquisición de poderes reguladores por los organismos comunitarios viene de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera una “cesión” de lo nacional a lo supranacional.

Por lo anterior, en la integración económica de varios países existe la particularidad de que éstos pierden las potestades legislativas y judiciales<sup>23</sup> que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas, y las obtienen los organismos regionales (Auto 056/07).

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-137 de 1996, señaló:

Como es sabido, el concepto de supranacionalidad —dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena— implica que los Países Miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los Países Miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los Países Miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma

---

<sup>23</sup> En consecuencia la Corte Constitucional colombiana se ha declarado incompetente para conocer de demandas interpuestas contra decisiones proferidas por los órganos comunitarios.

supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) —dentro del efecto conocido como *preemption*— a la norma nacional<sup>24</sup>.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de diversos conceptos, entre ellos el No. 032900 del 1/06/05, ha reconocido que, con amparo en la Supranacionalidad, la Normatividad Andina tiene como característica la “aplicación directa e indirecta” y la “Preeminencia”; es decir la obligatoriedad de su cumplimiento y prevalencia frente a las normas nacionales que regulan la misma materia, por parte de los Países Miembros, cuya base legal se encuentra en los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina modificado por el Protocolo de Cochabamba<sup>25</sup>.

Así pues, las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y las Decisiones y Resoluciones de los órganos de la CAN son obligatorias y prevalecen sobre las normas nacionales. En consecuencia, todos los funcionarios, tanto de la rama legislativa, como de la ejecutiva y la judicial, deben fundamentar sus decisiones en estas disposiciones.

El Magistrado Kaune Arteaga del Tribunal de Justicia Andino señala que el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina tiene cinco características: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo, primacía y preservación. La siguiente descripción de estas características se basa parcialmente en el análisis de Kaune (2006: 51-55).

a) *La autonomía*: Significa que este ordenamiento jurídico no depende de ningún otro, aunque tenga conexiones necesarias con otros sistemas normativos, como el Derecho Internacional Público, del que se origina, y como los ordenamientos jurídicos nacionales de los Países Miembros, de cuyas

---

<sup>24</sup> Estos efectos fueron reconocidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto de septiembre 6 de 1979, Consejero Ponente: Jaime Paredes Tamayo. Ver también la Sentencia No. C-276/93, M.P. Vladimiro Naranjo.

<sup>25</sup> La consulta que resuelve el concepto es esta: si se requiere de algún tipo de ratificación por parte del gobierno colombiano para la entrada en vigencia de la Decisión 578 del 2004, a lo que la DIAN responde que tal decisión entró en vigencia con plena aplicabilidad a partir del 1 de enero de 2005, fecha desde la cual se asumen las voluntades y compromisos consignados en tal decisión para las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

administraciones y organizaciones judiciales requiere para sus desarrollos normativos y para la aplicación de su normatividad.

Por medio de ella se evita que los derechos nacionales quebranten el derecho comunitario, garantizando su interpretación y aplicación uniforme en todos los Países Miembros.

Esta autonomía es insuficiente para el correcto funcionamiento del orden jurídico comunitario, por lo que se fundamenta en los principios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía<sup>26</sup>.

b) *La aplicación inmediata*: Tan pronto la norma comunitaria nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico de los Países Miembros, sin necesidad de introducción, recepción, transformación, o cualquier otra formalidad especial, obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad<sup>27</sup>. Así, las normas comunitarias ocupan un lugar en el orden jurídico interno en calidad de derecho comunitario, y los jueces nacionales están en la obligación de aplicarlo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la CAN, en el proceso N° 54-IP-2006, así: “Los principios fundamentales de aplicación directa y de preferencia de la ley comunitaria suponen que el ordenamiento comunitario opera sin necesidad de complemento legislativo interno y con preeminencia sobre la ley nacional, siendo inaplicables las disposiciones de derecho interno que contradigan o sean irreconciliables con la norma andina. Sin embargo, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquélla, en aplicación del principio de complementación indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que éstas puedan establecer exigencias, requisitos adicionales, o constituir reglamentaciones que puedan afectar el derecho comunitario, ni menos desnaturalizarlos, o que puedan restringir aspectos por él regulados”. También lo hace en el proceso 0027-AI-2000, señalando: “El ordenamiento jurídico andino se caracteriza por los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo. En virtud de ellos, toda norma interna (Ley, Reglamento, Decreto, Ordenanza, Acuerdo, etc.) que contravenga una norma comunitaria no podrá ser aplicada y debe ser considerada por los ciudadanos y por las autoridades como inexistente, sin perjuicio de que el País Miembro que la haya expedido tenga la obligación de eliminarla de su ordenamiento interno”.

<sup>27</sup> En el mismo sentido se pronuncia Younes al señalar: “A manera de síntesis, tenemos que la ley aprobatoria de los tratados es una ley que, si bien cumple con una función de carácter interno — darle un fundamento a los tratados internacionales que se pretenden hacer valer— los tratados en el ámbito internacional están incólumes, sin estar condicionados a que exista o no un pronunciamiento, bien jurisdiccional o bien legislativo, respecto de los mismos” (2005: 413).

<sup>28</sup> De manera similar la Sentencia C-227 de 1999 reitera lo afirmado en la Sentencia C-231 de 1997, mediante la cual la Corte realizó la revisión automática e integral de la Ley 323 de 1996 (“Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996”). En dicha providencia (C-227 de 1999) se acoge la doctrina anteriormente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, con relación a la aplicación inmediata de las normas de derecho comunitario dentro del ordenamiento jurídico interno.

c) *Efecto directo*: Es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndolos en ciudadanos comunitarios, tanto en sus interrelaciones particulares como con los Estados Miembros y con los órganos de la comunidad dentro del ámbito del derecho comunitario. Esta característica es común a varias comunidades de naciones, como lo señala Muñoz Machado (2004: 450) con respecto al caso europeo.

d) *Primacía*: Implica que las normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo, cualquiera sea su fuente, jerarquía o fecha de expedición, se imponen a las normas internas de los Estados Miembros por su naturaleza y especialidad. Así, si una norma de contenido comunitario llegase a estar en contra de una norma interna, dicho conflicto sólo puede resolverse concediéndole primacía al derecho comunitario sobre el interno; de lo contrario perdería toda eficacia y su función y razón de ser desaparecerían.

Mónica Rosell ratifica lo anterior haciendo énfasis en lo que denomina “aplicación directa” y “preeminencia”<sup>29</sup>. Para ella la aplicación directa tiene su base legal en el artículo 2 del Tratado del Tribunal y en el Protocolo de Cochabamba, que dispone que “las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión”, y en el artículo 3, que establece que “las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior [...]”.

De esta manera, las leyes comunitarias no requieren de procedimientos de recepción en el ordenamiento interno de los Países Miembros para surtir todos sus efectos. Las normas andinas son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros en todas sus instancias, por los órganos de la Comunidad Andina y los particulares. Lo anterior significa que la normativa andina obliga a todos los poderes de los Estados sin distinción en todo su territorio, sin limitaciones de orden estatal, regional o municipal y que el ciudadano común adquiere obligaciones y derechos cuyo cumplimiento puede exigir tanto ante sus tribunales nacionales, como ante las instancias administrativa y judicial comunitarias.

---

<sup>29</sup> Galo Pico coincide al reconocer la obligatoriedad, identidad y autonomía propia, el derecho común y su inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales como característica del derecho andino, y clasifica como principios del citado derecho el efecto directo de la norma comunitaria y la primacía de la misma (1992: 45-49).

Asimismo, señala Rosell:

[el] Tribunal de Justicia ha destacado la preeminencia, como característica del Derecho Comunitario Andino, estableciendo que éste prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales. De esta manera el mismo Tribunal en la Sentencia del Proceso 3-AI-96, señaló a aquella como la virtud que tiene el ordenamiento comunitario para primar sobre una norma de derecho interno que se le oponga, cualquiera sea el rango de esta última. De esta manera, de presentarse un conflicto entre las normas nacionales de los Países Miembros y las normas comunitarias, estas últimas se aplican con preferencia a las primeras.

Este principio de preeminencia o primacía de las normas comunitarias, como característica fundamental de la supranacionalidad, permite validar la eficacia del Ordenamiento Jurídico Andino en dos sentidos: (i) reitera que una norma andina sólo puede ser modificada por otra norma andina emitida por los correspondientes órganos comunitarios y no por los poderes legislativos de los Países Miembros; y (ii) impide que los Países Miembros aleguen normas de su derecho interno para incumplir sus obligaciones adquiridas en el marco del proceso de integración.

e) *Preservación*: Se sustenta en los principios y obligaciones contenidos en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como en las competencias que se le atribuyen al órgano jurisdiccional comunitario de las cuales derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el referido tratado. Con fundamento en esto los Países Miembros han adquirido una “doble obligación”: una de carácter positivo de “hacer” y otra de orden negativo de “no hacer”. En virtud de la segunda obligación el País Miembro debe abstenerse de toda medida que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino, así la medida sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias.

Estas características sustentan la tesis de que las leyes, actos administrativos y o providencias judiciales de los Países Miembros de la CAN deben tener fundamento en la normatividad andina, y no en las normas internas, menos si éstas son contrarias al Ordenamiento Jurídico Andino.

### **3.3. El Sistema Andino de Integración (SAI)**

El SAI es un sistema organizacional compuesto por un conjunto de instituciones de la Comunidad Andina encargado de dirigir, controlar y administrar la integración subregional y que busca consolidar dicha integración y promover su proyección externa.

El SAI nació en 1996 por la necesidad de integrar, en un conjunto coherente y coordinado, el funcionamiento de los distintos órganos decisorios, ejecutivos, jurisdiccionales, deliberantes, consultivos y especializados. Es así como está conformado por los siguientes órganos e instituciones: Consejo Presidencial Andino; Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; Comisión de la Comunidad Andina; Secretaría General de la Comunidad Andina (órgano Ejecutivo); Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Parlamento Andino; Consejo Consultivo Empresarial; Consejo Consultivo Laboral; Corporación Andina de Fomento; Fondo Latinoamericano de Reservas; Convenio Simón Rodríguez; Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue, y la Universidad Andina Simón Bolívar.

Estos órganos e instituciones se rigen por el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal y sus respectivos protocolos modificatorios.

Dichas normas son la culminación del ejercicio legislativo necesario para dotar a las autoridades comunitarias de instrumentos eficaces para, aun de manera coactiva, exigirles a los Países Miembros el respeto y la observancia de sus obligaciones comunitarias.

Por la amplitud del tema, nos referiremos exclusivamente a la estructura y funciones del Tribunal de Justicia Andino, como órgano jurisdiccional de la CAN.

#### **3.3.1. El Tribunal de Justicia Andino**

Como era de esperarse, a medida que el comercio creció y se empezaron a enfrentar de manera más directa y frecuente los intereses de las distintas jurisdicciones, fue necesario darle paso a la creación de una entidad judicial.

Así, el Acuerdo de Cartagena en su artículo 47 estableció que la solución de controversias que surgieran con motivo de la aplicación del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina se sujetaría a las normas del tratado que crea

el Tribunal de Justicia. Fue así como este Tribunal se incorporó al SAI el 28 de mayo de 1979<sup>30</sup>.

El Tribunal cuenta con mecanismos jurídicos idóneos para que las infracciones y la interpretación del Ordenamiento Jurídico Andino tengan un desarrollo armónico e integral, no solo desde el punto de vista comunitario, sino en la homologación de sus normas en cada una de las jurisdicciones participantes en el Acuerdo.

El artículo 12 del Tratado de Creación del Tribunal establece: “Los Países Miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones [...]”.

Dicha norma le confiere al Tribunal la certeza de que los Países Miembros velarán por mantener su autonomía para llevar a cabo sus obligaciones y cumplir con la finalidad para la cual fue creado, sin olvidar que su competencia es excluyente y su naturaleza excepcional.

### **3.3.2. Acciones ante el Tribunal de Justicia Andino**

Los artículos 17 al 40 del Tratado establecen las acciones de las que puede conocer el Tribunal. Además, estas disposiciones delimitan el carácter doblemente excluyente de la competencia del mismo, pues los únicos asuntos que puede conocer el TJA son las acciones señaladas en estos artículos y, a su vez, el único organismo que puede conocer de dichas acciones es el TJA; éstas no pueden incoarse ante los tribunales de los Países Miembros<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está integrado por cuatro magistrados representantes de cada uno de los Países Miembros, con competencia territorial en los cuatro países y con sede permanente en Quito, Ecuador. El Tribunal, que inició actividades en mayo de 1979, controla la legalidad de las normas comunitarias, mediante la acción de nulidad; interpreta las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, para asegurar la aplicación uniforme de éstas en el territorio de los Países Miembros; y dirige las controversias. Mediante el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, se asigna a este órgano nuevas competencias, entre ellas el Recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral y la de Jurisdicción Laboral.

<sup>31</sup> Artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal. - “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado [...]”.

Las acciones consagradas en el tratado son: Nulidad, Interpretación Prejudicial, Incumplimiento, Función Arbitral, Jurisdicción Laboral, y el Recurso por Omisión o Inactividad.

Estas acciones judiciales que, en desarrollo del concepto de supranacionalidad, le son ajenas a los tribunales internos de cada País Miembro, serán decididas a través de laudos arbitrales y sentencias que, como ya dijimos, no requieren homologación o exequátur para su cumplimiento en ninguno de los Países Miembros<sup>32</sup>.

A continuación haremos una breve descripción de algunas de ellas.

La primera de estas acciones, la de Nulidad, puede interponerse en contra de las normas andinas<sup>33</sup> que afecten los derechos subjetivos o intereses legítimos de personas jurídicas o naturales<sup>34</sup>. Debe intentarse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia de la norma cuya nulidad se pretenda.

La segunda, la Interpretación Prejudicial, opera para los asuntos que sean objeto de contienda judicial en uno de los Países Miembros. El respectivo juez interno debe elevar las consultas prejudiciales antes de proceder al fallo, cuando el asunto en litigio esté vinculado a normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico Andino y que la decisión del juez nacional tenga que fundamentarse en dicha norma. En los procesos de única instancia, el juez deberá suspender el proceso hasta tanto llegue la respuesta del Tribunal Andino. En los procesos de doble instancia, si el Tribunal no responde en el plazo legal de que dispone, el *a quo* puede fallar sin este elemento de interpretación.

Finalmente, la Acción de Incumplimiento está reservada a la Secretaría General de la CAN,<sup>35</sup> que puede iniciar esta acción en contra de un País Miembro que haya incurrido en incumplimientos de sus obligaciones

---

<sup>32</sup> Artículo 41, *ibídem*.

<sup>33</sup> Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, así como de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios (Artículo 18 *ibídem*).

<sup>34</sup> El Tratado de Creación del Tribunal, en su artículo 27, establece: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 5 del Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

<sup>35</sup> Artículo 24 *ibídem*.

emanadas de normas de estirpe andina, previo el trámite respectivo que debe ser observado por la Secretaría General para la presentación de la demanda.

Si un País Miembro cree que otro ha incurrido en dichos incumplimientos, debe acudir ante la Secretaría para que ésta actúe frente al país incumplido, exigiéndole que cese el incumplimiento y subsane la violación legal respectiva. Si el País Miembro requerido persiste en el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, procede la demanda ante el Tribunal para que mediante la Acción de Incumplimiento le ordene al infractor cesar su conducta ilícita.

En esta acción las personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento pueden actuar ante el Tribunal como coadyuvantes del país demandante o de la Secretaría General, según sea el caso.

Los supuestos para que los particulares interpongan, directamente, la correspondiente acción por el posible incumplimiento de un País Miembro, serían (i) que el dictamen haya sido de incumplimiento y la Secretaría General no intentare la acción ante el Tribunal dentro de los sesenta y cinco días siguientes a su emisión; (ii) que hayan transcurrido setenta y cinco días sin que la Secretaría General emita su dictamen; o (iii) que el dictamen sea de cumplimiento (Proceso 0114-AI-2004).

#### **4. Eficacia del Ordenamiento Jurídico Andino**

Tomaremos dos acepciones de la definición de eficacia: (i) la virtud, fuerza o idoneidad de un instrumento para lograr un determinado objetivo; y (ii) el respeto o cumplimiento efectivo de una norma dentro de un ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, es importante incluir lo que la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-443/97: “eficacia jurídica o aplicabilidad es la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo. Sin embargo, la Corte precisa que este último concepto no debe ser confundido con el de eficacia sociológica, que se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas, o al menos que en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor”.

Como la eficacia se predica de una norma o de un ordenamiento jurídico, es importante señalar que existen diversos tipos de normas: aquellas que se cumplen espontáneamente sin necesidad de recurrir a la sanción; otras que generalmente se obedecen más por el temor a la sanción que por la convicción

de su contenido por parte de los destinatarios; otras que habitualmente se incumplen a pesar de aplicarse sanciones, y otras que habitualmente se incumplen sin que ni siquiera el aparato coactivo sea capaz o tenga interés en imponer la sanción correspondiente<sup>36</sup>.

Así, el grado de eficacia de un ordenamiento jurídico, entendido como un criterio de evaluación de los sistemas normativos, dependerá de la medida en que efectivamente se logre el fin que dicho ordenamiento se ha propuesto, y, en un buen grado, de su estructura jurídica e institucional. El funcionamiento de dicha estructura debe ser coherente, reflejar la voluntad comunitaria integracionista de sus miembros y garantizar efectivamente la seguridad jurídica del ordenamiento<sup>37</sup>.

Para el caso concreto de la Comunidad Andina ya hemos visto cómo ésta cuenta con un orden jurídico propio, unos órganos comunitarios independientes y autónomos (SAI), y una característica fundamental: la supranacionalidad.

Su ordenamiento jurídico incluye los acuerdos a los que llegaron los Países Miembros, las sanciones contempladas para los incumplimientos de dichos acuerdos, y los mecanismos que diseñaron los Países Miembros para hacer efectivas dichas sanciones. Este conjunto de normas válidas, acompañadas de su carácter supranacional, dotan al Sistema Jurídico de eficacia jurídica.

Sin embargo, ante el apoyo nulo, o la evidente inobservancia de las obligaciones comunitarias por parte de algún País Miembro, los organismos competentes ejercen sus funciones de juzgar y sancionar a los Países Miembros por sus infracciones. En el caso de las acciones de incumplimiento, por ejemplo, estamos hablando de la Secretaría General de la CAN y del Tribunal de Justicia Andino.

---

<sup>36</sup> Este párrafo amerita algunas precisiones justicéicas. Los doctrinantes usualmente identifican tres fenómenos asociados con las normas jurídicas; los fenómenos son distinguibles analíticamente, pero interrelacionados (ver Monroy Cabra 2006: 122-124; Nino 1997: 132-133; Betegón et al, 1997: 12-25). La eficacia jurídica es de especial relevancia para los sociólogos del Derecho, como lo indica Ramón Soriano (1997: 401-402; ver Larenz, 1994: 85-90). No obstante, muchos teóricos han tratado el tema. La idea de que tanto norma como órdenes jurídicos pueden ser eficaces se remonta cuando menos hasta Kelsen (1991: 219-225; ver, además, Pacheco, 2004: 312-313). Se requeriría que buena parte de las normas de un sistema caigan en ineficacia para que el sistema se considere ineficaz, como lo recuerda Kelsen (1991: 224). Las normas en desuso producen el fenómeno llamado *desuetudo*, que supone problemas teóricos para el modelo legalista del Derecho (Aftalión et al, 2004: 606-608).

<sup>37</sup> Sobre la seguridad jurídica en el derecho comunitario ver también los comentarios de María Teresa Moya (2006: 36-39).

Es así como, cuando el respeto al ordenamiento jurídico no es un desarrollo espontáneo de los Países Miembros expresado en los actos de las autoridades de dichos Países (el denominado derecho complementario), los organismos competentes de la CAN han hecho uso de sus facultades y poderes coercitivos para lograrlo<sup>38</sup>.

Respecto a la eficacia sociológica que mencionamos, la Comunidad Andina está logrando paulatinamente su fin: promover el desarrollo de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.

Es así como el comercio intrarregional creció desde la creación del Pacto Andino en forma significativa, crecimiento que ha sido constante, generando desarrollo en los Países Miembros, siendo éste el más importante fin de un acuerdo comercial<sup>39</sup>.

Ha habido inestabilidad política, especialmente en los últimos cinco años por la reorientación ideológica y económica, particularmente de Venezuela, y la negociación de un tratado con la Unión Europea que exige unidad de criterios entre los Países Miembros de la CAN para negociar en bloque. No obstante, es innegable el desarrollo jurisprudencial del TJA en materia de propiedad intelectual, de los programas de doble tributación implementados entre los Países Miembros y del manejo de la migración, que ha permitido un desarrollo significativo de los pilares de la Comunidad Andina.

La CAN está cumpliendo con sus objetivos. Además, si se continúa por el camino del respeto por parte de los Países Miembros a las instituciones y normas del Ordenamiento Jurídico Andino y del Sistema Andino de Integración, y si dichas instituciones comunitarias logran que los Países Miembros cumplan, de manera habitual, los acuerdos establecidos entre ellos, el ordenamiento reafirmará su eficacia.

Por lo pronto, podemos concluir que los mecanismos jurídicos existentes en la Comunidad Andina sí permiten a los Países Miembros y a los particulares

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, según un informe sobre cumplimiento de la normativa comunitaria en la CAN, del total de 185 dictámenes de incumplimiento emitidos por la Secretaría General en los últimos 9 años, sólo 31 se encontraban pendientes de cumplimiento en diciembre de 2004.

<sup>39</sup> Ver informe estadístico SG/de174 del 5 de marzo de 2007, expedido por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

hacer efectivos los derechos que adquirieron con la firma del Tratado constitutivo y las normas derivadas del mismo.

El ejercicio de tales derechos depende en gran parte de la vigilancia ejercida por los Países Miembros, pues son los otros Estados, o los particulares perjudicados por la inobservancia de la normatividad andina, los llamados a interponer ante los organismos competentes las correspondientes acciones judiciales en contra del país infractor.

### **5. Algunas acciones de incumplimiento conocidas por el Tribunal<sup>40</sup>**

Las sentencias dictadas dentro de una Acción de Incumplimiento, a través de las cuales se hace efectiva la fiscalización del acatamiento al derecho comunitario por parte de los Países Miembros, pueden darse en dos sentidos: (i) por un comportamiento activo del país sancionado, o (ii) por una omisión del mismo.

A continuación señalaremos algunas decisiones que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tomado en procesos de incumplimiento:

**5.1. Procesos 0019-AI-1999 y 0027-AI-2000.** Ecuador ha incurrido en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 134, 139 y 179 y debe adoptar las medidas necesarias para cesar en la conducta contraventora de las normas comunitarias, absteniéndose de aplicar y derogando la norma que exige el cobro del 0.25 por mil sobre el valor FOB de las importaciones provenientes de los demás Países Miembros, y derogando la norma que exige el cobro de un arancel variable y otro específico a las importaciones de derivados de combustibles provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, adoptados mediante el Decreto Ejecutivo 3303 del 30 de noviembre de 1995.

**5.2. Proceso 0117-SU-2003.** Considerando que la Resolución 326 del COMEXI ya no se encuentra vigente, y que no hay prueba de la aplicación actual de medida alguna que se halle vigente y por la cual se mantenga la restricción al comercio de productos oleaginosos, decide: (i) levantar la

---

<sup>40</sup> Artículo 25.- “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.

sanción impuesta; (ii) dejar a salvo los derechos de los particulares afectados por el incumplimiento declarado para demandar la reparación de los daños y perjuicios causados. Es decir que si el desacato de la sentencia, por un período de tiempo determinado, ha derivado en daños y perjuicios a los particulares, el hecho de la cesación del desacato no impide a los afectados reclamar su reparación ante los tribunales nacionales; y (iii) disponer la suspensión del trámite hasta tanto se pruebe el acatamiento o el desacato del fallo (GOAC 1406 del 29 septiembre 2006).

**5.3. Proceso 0133-AI-2003.** De conformidad con la normativa andina, la aplicación de tales gravámenes, la persistencia en mantenerlos vigentes e incluso justificarlos, en actitud consciente de parte del gobierno del Perú para negarse a adoptar enmiendas o correctivos a la situación constituida, configuran un incumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

El Tribunal declara con lugar la acción de incumplimiento y determina que el Perú ha incurrido en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; del Capítulo VI, en especial de los artículos 72, 77 y de la Disposición Transitoria Primera del Acuerdo de Cartagena; de la Decisión 414; y de las Resoluciones 441, 474, 475 y 698. El Perú queda obligado a llevar a cabo las acciones necesarias para el cumplimiento de este fallo en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación, adoptando las medidas conducentes a la eliminación, en su normativa interna, de las sobretasas calificadas como gravámenes por las Resoluciones 441, 474, 475 y 698.

**5.4. Proceso 0114-AI-2004.** En este proceso el Tribunal declaró que Colombia incumplió el ordenamiento jurídico comunitario al haber emitido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002, en su artículo 3, en el que reglamentó aspectos relacionados con la información suministrada para obtener registro sanitario respecto a nuevas entidades químicas en el área de medicamentos, así como la aplicación del mismo por parte del INVIMA, y establecer plazos de exclusiva. Colombia violó las disposiciones previstas en los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 266 de la Decisión 486, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 a 265 y 276, y queda obligada a adoptar las medidas que fueren necesarias para restablecer el ordenamiento jurídico comunitario infringido, debiendo abstenerse de realizar actos de cualquier naturaleza que impidan u obstaculicen su aplicación.

Estos son algunos ejemplos del funcionamiento del Sistema Andino de Integración, diseñado para velar por el respeto al Ordenamiento Jurídico Andino a través de acciones de incumplimiento.

## **6. La indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones del Ordenamiento Jurídico Andino**

Dentro de la normatividad andina no existe un recurso que permita a los particulares reclamar directamente ante el Tribunal de Justicia Andino la responsabilidad extracontractual y el monto de la indemnización de perjuicios al País Miembro infractor.

Por lo anterior, y en virtud de los artículos 30 y 31 del Tratado<sup>41</sup>, el Tribunal ha establecido, en reiteradas ocasiones, que el derecho de los particulares a reclamar el perjuicio en concreto es competencia del juez nacional.

Esto quiere decir que corresponde a los tribunales nacionales garantizar el “*efecto útil*” o principio de responsabilidad formulado por el Tribunal de Justicia, conciliando el principio de primacía del derecho comunitario y la necesidad de respetar los procedimientos previstos en los ordenamientos nacionales (Navarrete, 2006: 87).

Este mecanismo se constituye en la garantía jurídica que tiene el ciudadano para exigir la reparación de los daños que causen en su patrimonio las actuaciones de un País Miembro que sean contrarias al derecho comunitario, independientemente del órgano o autoridad del cual provenga<sup>42</sup>.

Así, las sentencias de incumplimiento dictadas por el Tribunal de Justicia de la CAN constituyen título legal y suficiente para que los particulares puedan solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que

---

<sup>41</sup> Artículo 30: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

Artículo 31: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

<sup>42</sup> Dámaso Ruiz-Jarabo señala: “con la denominación de eficacia directa del derecho comunitario se hace referencia a su aptitud para originar, por sí mismo, derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares” (citado en el Proceso 0003-AI-1996).

corresponda<sup>43</sup>. El Tribunal se ha pronunciado en este sentido, con el siguiente detalle:

**6.1. Proceso 0043-SU-2000.** “[...] el Tribunal decide cesar el procedimiento sumario y proceder a su archivo, sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en la sentencia del 10 de marzo de 2004, para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponder”.

**6.2. Proceso 117-AI-2004.** El Tribunal declaró: 1. La República de Colombia ha incurrido en incumplimiento objetivo y continuado de los artículos 77 y 97 del acuerdo de Cartagena, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de las resoluciones 671, 724 y 773 de la Secretaría General. 2. La República de Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio comunitario, sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder.

**6.3. Proceso 0136-AI-2004.** El Ecuador incurrió en el incumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de los artículos 77 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de la Resolución 802, y deberá adoptar las medidas necesarias para dejar sin validez y sin efecto las disposiciones internas calificadas en la Resolución 802 como restricción al comercio, sin perjuicio del derecho de los afectados a reclamar, ante los tribunales nacionales, la reparación de los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiese causado a sus derechos.

**6.4. Sentencia No. 118 AI-2003 del 14 de abril de 2005.** En esta sentencia que declara el incumplimiento de Colombia al aplicar restricciones al comercio subregional de arroz, el Tribunal señala que el país que ha incumplido el ordenamiento comunitario debe resarcir los perjuicios que los particulares afectados prueben dentro del proceso respectivo.

---

<sup>43</sup> Saavedra observa: “la función garantizadora de la integridad patrimonial que se le atribuye a la responsabilidad estatal se cumple presuntamente mediante el traslado de la disminución económica, injustamente sufrida por el administrado —que no está obligado a soportarla— hacia el patrimonio del sujeto obligado a reparar el daño [...]” (2003:185).

Así, reiteramos que las sentencias de incumplimiento tienen un doble efecto: (i) el de imponer al país infractor la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia<sup>44</sup>, y (ii) la obligación del juez nacional de mitigar las consecuencias de la sentencia en el plano de los perjuicios que la vulneración produjo; es decir, su obligación de declarar en particular la responsabilidad estatal por tales hechos y, en consecuencia, el monto de la indemnización.

Por lo tanto, la sentencia dictada dentro de una Acción de Incumplimiento no solo es declarativa de la infracción de la normativa comunitaria, sino que además constituye fuente de la responsabilidad administrativa del Estado infractor respecto de los perjuicios que un particular pudiere reclamar en virtud de dicho incumplimiento. Tal fuente ya no es discutible, solo que, conforme a la normatividad interna de cada país, el particular que pretenda la indemnización deberá probar los extremos de daño antijurídico y nexo causal, siendo evidente que la prueba aportada en el proceso interno deberá conducir a la convicción de que el daño por cuya indemnización reclama está directamente relacionado con el incumplimiento de la normativa andina declarado en la sentencia que emite el Tribunal de Justicia Andina.

Así mismo, el Código Contencioso Administrativo prevé, en su artículo 86<sup>45</sup>, una acción idónea para buscar la indemnización de perjuicios, en los casos en que los actos gubernamentales hayan sido declarados contrarios al ordenamiento jurídico por parte de la Secretaría General y que, en virtud del incumplimiento reiterado por parte del país infractor, el Tribunal haya proferido sentencia declarando el incumplimiento respectivo. Solo se alega ante la jurisdicción interna la reparación de los perjuicios causados ya que la

---

<sup>44</sup> El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal expresa: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

A su vez, el Artículo 5 del Tratado dispone que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se compromete, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

<sup>45</sup> Acción de reparación directa: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa [...]”.

ilicitud de los actos administrativos fue declarada por la jurisdicción competente, con efectos supranacionales<sup>46</sup>.

Al respecto señala la Magistrada del TJA Olga Navarrete que “los Tratados constitutivos no son meros instrumentos de relación entre los Estados Miembros, sino que también generan un conjunto de derechos subjetivos a favor de los particulares y, en ese orden de ideas, salvaguardar los derechos de los particulares implica, como última opción, la indemnización de los perjuicios que reclama por la infracción de un País Miembro al ordenamiento comunitario”. Este principio de responsabilidad patrimonial se ha consagrado como el *deber de reparación* generado por la infracción de una norma comunitaria. “Precisamente, la vía indemnizatoria es la única de que dispone el particular en estos casos ante la acción ilícita del Estado [...]” (Navarrete, 2006: 88-89).

## 7. Conclusiones

La Comunidad Andina, conformada por un ordenamiento jurídico propio, autónomo e independiente, cuyas normas se aplican de forma inmediata, directa y preeminente frente al derecho nacional de los Países Miembros, cuenta con instituciones cuya potestad no se limita a la creación de normas, sino que trasciende a la vigilancia continua de su aplicación por parte de los Estados Miembros, y a la imposición de las sanciones correspondientes que garantizan el respeto de los derechos de los Países Miembros, y de sus individuos.

Es así como en la Comunidad Andina los Países Miembros y los particulares pueden reclamar el acatamiento de las normas andinas, a través de los mecanismos comunitarios de solución de controversias establecidos en el Ordenamiento Jurídico Andino.

Lo anterior, entre otras razones, se debe, primero, a que el Ordenamiento Jurídico proviene de la voluntad de los Estados Miembros y del derecho derivado, creado por los organismos nacidos del mismo Sistema Andino; y, segundo, a que la institucionalidad comunitaria está constantemente sometida al escrutinio de los Países Miembros, tanto en sus instancias gubernamentales como por parte de los ciudadanos.

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16079 de abril 27 de 2006, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Es así como el devenir histórico del Sistema Jurídico Andino permite afirmar que los incumplimientos de las normas andinas por parte de los Países Miembros, por ejemplo en materias relacionadas con el programa de liberación, han sido reconocidos y protegidos, de manera eficaz, por el Tribunal de Justicia Andino.

La Secretaría General, en uso de sus atribuciones y competencias, ha velado por la protección de los derechos de los Países Miembros y su accionar, de oficio o a petición de parte, ha permitido que las instituciones de la CAN sigan vigentes.

El innegable el poder coercitivo que tienen los organismos comunitarios para sancionar al país incumplido. Este no se limita a que el Estado Miembro cumpla con el fallo del Tribunal, sino que el mencionado fallo se constituye en un título indiscutible que faculta a los particulares que se hayan visto perjudicados por el incumplimiento para solicitar el resarcimiento de sus perjuicios ante los tribunales internos.

Esa protección de los derechos de los particulares, personas naturales o jurídicas, está prevista, de manera expedita, por el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y valida la eficacia del Sistema Jurídico Andino.

Colombia, como País Miembro, ha sido infractor del programa de liberación, imponiendo restricciones unilaterales e ilegales al ingreso de mercancías al país, provenientes de países de la subregión. Esta conducta ha generado múltiples condenas por parte del TJA en su contra, sentencias que son fuente de derechos indiscutibles por parte de la jurisdicción nacional.

Así, podemos concluir que el Ordenamiento Jurídico Andino cumple con las características básicas para que se predique su eficacia: (i) tiene la virtud, fuerza o idoneidad para lograr un determinado objetivo; (ii) sus normas son respetadas o cumplidas efectivamente; y (iii) es susceptible de producir efectos jurídicos. Adicionalmente, sus objetivos son alcanzables y sus normas aplicadas y, en los casos de violaciones a las mismas, sus instituciones imponen las sanciones previstas para los infractores.

Ante la contundente existencia de un Ordenamiento Jurídico Andino eficaz, y ante la existencia de mecanismos idóneos para obtener el resarcimiento de perjuicios por parte de los Países Miembros en su jurisdicción interna, las preguntas obligadas son: ¿Qué tanto estamos usando estos mecanismos diseñados por la CAN? ¿Cuántos procesos se han iniciado ante la jurisdicción interna que busquen resarcir los perjuicios en procesos de reparación directa?

La respuesta no es alentadora. En Colombia no existen precedentes relacionados con acciones tutelares de derechos patrimoniales demeritados por un acto ilegal por parte del Estado, al violar las normas andinas. ¿La causa? Tal vez el desconocimiento de estas opciones por parte de los afectados en los términos enunciados, o la comodidad de “evitarse” contratiempos intentando acciones en contra del Estado.

Propender por la eficacia del Ordenamiento Jurídico Andino también es una obligación de los ciudadanos que se logra cuando los particulares exigimos el cumplimiento de la ley por parte del Estado y de sus funcionarios, incoando las acciones necesarias para proteger los derechos legítimamente consagrados a través de estos tratados comerciales internacionales.

### Bibliografía

- Acuerdo de Integración Subregional Andino (“Acuerdo de Cartagena”) (1969).
- Affalión, Enrique R. et al. *Introducción al Derecho* (4 Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Lexis-Nexis (2004).
- Álvarez Londoño, Luis Fernando y Diego Ricardo Galán Barrera. *Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (2001).
- Arese, Héctor Félix. *Comercio y marketing internacional: Modelo para el diseño estratégico*. Buenos Aires: Norma (1999).
- Barrera Martínez, Carlos H. *Notas de Derecho Internacional Privado: Parte General*. Tunja: Búhos Editores (2003).
- Barrios, Raúl. *Comunidad Andina de Naciones: Desafíos políticos y percepciones de la sociedad: Del modelo de integración Andino: Del Dirigismo al Regionalismo Abierto*. La Paz: Offset Bolivariana (1999).
- Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo* (6 Ed.). Medellín: Señal Editora (2002).
- Betegón Carrillo, Jerónimo et al. *Lecciones de teoría del Derecho*. Madrid: Mc Graw-Hill (1997).
- Cavelier, Germán. *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia* (3 Ed.) Bogotá: Legis (2000).
- Chain Lizcano, Guillermo. *Comercio Exterior*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional (1987).
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 16079 de abril 27 de 2006 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-137/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Abril 9 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-331/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Agosto 1 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-227/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), Abril 14 de 1999.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-276/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), Julio 22 de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No C-443/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, septiembre 18 de 1997).
- Días Müller, Luis. *El Derecho Económico y la integración de América Latina: El sistema jurídicoeconómico del Grupo Andino: Análisis de las empresas Multinacionales*. Bogotá: Temis (1988).
- Domingo, Rafael et al (Eds.). *Hacia un Derecho global: Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (2006).
- Domingo, Rafael. "Principios de Derecho Global." En: *Hacia un Derecho global: Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Ed. Rafael Domingo et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (2006).
- Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada* (1999). Trad. Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta (2001).
- Forero Medina, Andrés. "El plan vallejo y la maquila de materias primas- principales efectos aduaneros y cambiarios en desarrollo de los instrumentos de promoción de exportaciones". *Revista Régimen Cambiario Colombiano* 56. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (2006).
- García Gestoso, Noemí. *Soberanía y Unión Europea (algunas cuestiones críticas desde la teoría de la constitución)*. Barcelona: Atelier (2004).
- Garrigues Walker, Antonio. "La hora de la sociedad civil". En: *Hacia un Derecho global: Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Ed. Rafael Domingo et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (2006).
- Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho* (1961). Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2004).
- Henao, Juan Carlos. *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1998).
- Sotillo Lorenzo, José Ángel. "América Latina y la globalización: ¿Entre Estados Unidos y la Unión Europea?" En: *América Latina: Desarrollo, Democracia y Globalización*. Ed. Fernando Harto de Vera. Madrid: Trama Editorial y Cecal (2000).
- Kaune Arteaga, Wálter. "La acción de incumplimiento ante los jueces nacionales en el contexto del Derecho Comunitario". En: AA.VV. *Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla et al (2006).
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho* (1960). Trad. R. J. Verrengo. México: Editorial Porrúa (1991).
- Kindleberger, Charles P. *Economía Internacional*. Trad. Jesús Ruiz De Cenzano y Losa. Madrid: Aguilar (1979).
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Anulación de los actos de la Administración Pública* (2 Ed). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley (2004).
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Manual de Derecho Contencioso Administrativo: Control fiscal jurisdicción coactiva: Acción Contencioso Administrativa*. Bogotá: Legis (2003).

## El Sistema Jurídico Andino: ¿Utopía o realidad jurídica?

- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho* (1979). Trad. Marcelino Rodríguez. Barcelona: Ariel (1994).
- Mejías, José J. “Una constante histórica: el Derecho Global”. En: *Hacia un Derecho global: Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Ed. Rafael Domingo et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (2006).
- Midón, Mario A. R. *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores (1998).
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho* (14 Ed.). Bogotá: Temis (2006).
- Moya Domínguez, María Teresa. *Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Ediar (2006).
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (T. I)*. Madrid: Civitas (2004).
- Navarrete Barrero, Olga Inés. “Responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción al derecho comunitario.” En: AA.VV. *Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla et al (2006).
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel (1997).
- Nino, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea (2006).
- Pacheco G., Máximo. *Teoría del Derecho* (5 Ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (2004).
- Pico Mantilla, Galo. *Derecho Andino* (2 Ed.). Ecuador: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1992).
- Protocolo modificador del acuerdo de integración subregional andino (“Acuerdo de Cartagena”), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.
- Ravassa Morena, Gerardo José. *Derecho mercantil internacional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad Santo Tomás (2002).
- Remiro Brotons, Antonio et al. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw Hill (1997).
- Rosell, Mónica. “Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina.” Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina (Abril 1999).
- Saavedra Becerra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública: Las funciones constitucionales de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez (2003).
- Saborio, Sylvia. *Reto a la apertura: Libre Comercio en las Américas*. Trad. no especificado. México: McGraw Hill (1994).
- Sáchica, Luis Carlos. *Introducción al Derecho Comunitario Andino* (2 Ed.). Bogotá: Temis (1990).
- Secretaría de la Comunidad Andina. “38 años de Integración Comercial de bienes en la Comunidad Andina 1969-2006” (2007).
- Soriano, Ramón. *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel (1997).
- Sweet & Maxwell’s Legal Editorial Staff. *Sweet & Maxwell’s European Community Treaties*. London: Sweet & Maxwell (1975).
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Cochabamba, 28 de mayo de 1996.
- Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0019-AI-1999.
- Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0027-AI-2000.

- Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0043-SU-2000.  
Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0114-AI-2004.  
Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0117-SU-2003.  
Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 0133-AI-2003.  
Tribunal de Justicia Andino. Sentencia del Proceso 117-AI-2004.  
Tribunal de Justicia Andino. Sentencia No 118 AI-2003 del 14 de abril de 2005.  
Tribunal de la Justicia de la Comunidad Andina. *Testimonio comunitario: Libro conmemorativo de los 25 años del Tribunal de la CAN*. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2004).  
Vescovi, Enrique. *Introducción al Derecho* (21 Ed.). Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F (2006).  
Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano: Las relaciones internacionales* (6 Ed.) Bogotá: Gustavo Ibáñez (2005).

## **Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional**

Francisco Reyes Villamizar\*

### **Resumen**

El derecho societario colombiano ha experimentado dificultades recientes con la forma en la cual la Corte Constitucional ha adelantado la constitucionalización del derecho privado, afectando la seguridad jurídica de manera indeseable para el buen funcionamiento del sistema jurídico local. Se destacan dos factores que afectan la estabilidad y la certidumbre del sistema: primero, la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional y, segundo, la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado. El presente artículo analiza más de diez sentencias de la Corte Constitucional, organizadas en dos periodos de adjudicación, y en ellas es evidente la falta de rigor mencionada: por ejemplo, es muy difícil determinar en qué consiste el fundamento jurídico de la sentencia (*rationale*), además de que se presenta un uso deficiente de la doctrina de *stare decisis*, en el que ni siquiera se respeta la fuerza jurídica de lo fallado en sentencias anteriores.

### **Palabras claves**

Derecho societario, Derecho privado, tribunal constitucional, precedente judicial, constitucionalización del Derecho privado, acción de tutela.

### **Abstract**

Corporate law in Colombia has experienced difficulties recently because of the way in which the Constitutional Court has led the process of constitutionalization of private law, thereby affecting legal stability in a way that is inconvenient to the proper functioning of the national legal system. Two elements especially affect the stability and certainty of the system: first, the lack of meticulousness of many opinions of the Constitutional Court, and, second, the legislative branch's slow response in light of its duty to counteract judicial precedents that affect the basic investment conditions in a market economy. This article analyzes more than ten rulings of the Constitutional Court, arranging them in two time periods, and in them the aforementioned lack of meticulousness is evident: for example, it is very difficult to determine what the rationale of the opinion is, and a deficient use of the doctrine of *stare decisis* is clearly made, in which the binding force of previous opinions is not even upheld.

### **Keywords**

Corporate law, Private law, Constitutional court, Judicial precedent, Constitutionalization of private law, Expedited constitutional action.

---

\* Profesor Visitante en Derecho Comparado en Louisiana State University y en la Universidad Católica Argentina.

## 1. Introducción

Luego de haber transcurrido más de quince años desde la introducción de la acción de tutela en el sistema colombiano, las opiniones siguen divididas sobre sus alcances y efectos prácticos en el ámbito jurídico interno. A estas alturas, no parece razonable poner en tela de juicio la utilidad que, en general, ha tenido este mecanismo en Colombia. La tutela se ha convertido en sinónimo de protección para muchos ciudadanos. Otros países en vías de desarrollo, con similares deficiencias del sistema judicial, como Brasil, México, Venezuela y Argentina, también se han visto en la necesidad de introducir mecanismos semejantes para contrarrestar el letargo de una justicia parsimoniosa e indiferente.

La acción de tutela, el amparo y el *mandado de segurança* les han permitido a estos países avanzar hacia una justicia más próxima y asequible para los ciudadanos. Los jueces pueden, en efecto, emplear mayor discrecionalidad en estos casos de la que usualmente se les confiere. También se les faculta para adoptar decisiones muy efectivas, como ordenarle al implicado que cumpla una determinada acción, que efectúe un pago inmediato, que se abstenga de realizar cierto acto o que reverse las consecuencias de una acción indebida. Todo ello reforzado con el drástico poder que surge de las sanciones por desacato que incluyen, por supuesto, la posibilidad de arrestar al que incumpla una orden judicial. Entre nosotros, y a pesar de muchos desaciertos, la existencia de este sistema de protección le trasmite al ciudadano la idea de un juez de mayor autoridad, dotado de poderes similares a los de las cortes anglosajonas (v. Schlesinger et al, 1998: 475 y ss.).

Claro que estos instrumentos no han sido siempre bien utilizados. La amplia posibilidad de decisión a la que se ha hecho referencia ha facilitado el abuso de estas acciones en varios países latinoamericanos. En muchos casos ésta se ha convertido en mecanismo de burla al sistema y obstrucción a la justicia. Aparte de conocidos abusos, se sabe que estas acciones han originado notoria congestión de la justicia, a pesar de la forma tantas veces improvisada en que se resuelven muchas de ellas. No es raro que el juez de tutela tenga poco conocimiento de la materia sobre la cual debe fallar. Es frecuente que un magistrado condescendiente identifique la necesidad de tutelar un derecho, pero desconozca el ámbito de especialidad legal en que se desenvuelven los hechos. Como consecuencia de ello, en algunos casos, la decisión adoptada puede adolecer de graves fallas jurídicas, con consecuencias graves para la organización social y para el sistema económico.

Es sabido que varias determinaciones erráticas emitidas de modo apresurado por nuestra Corte Constitucional han suscitado incertidumbre y han perjudicado la indispensable seguridad jurídica, con consecuencias muy graves para la inversión. En el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso en varias ocasiones el principio de limitación de responsabilidad, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente. Tal como se analizará más adelante, en varias sentencias de escaso fundamento técnico se ha forzado a los accionistas a pagar deudas que, de otra forma, le corresponderían a la compañía, sin que se cumpla un riguroso escrutinio de la conducta de aquéllos.

Hoy pocos dudan de que las vicisitudes del régimen societario colombiano, causadas por la interpretación constitucional, han dado lugar a consecuencias adversas para los inversionistas. Y aunque —como ya se señaló— no es sensato desconocer la importancia de la acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales, sí es preciso reflexionar sobre la conveniencia de una defensa a ultranza de los derechos fundamentales, por medio de una verdadera “constitucionalización” del derecho societario. Ciertas interpretaciones de ese alto tribunal han dado lugar a sobresaltos e incertidumbres que han afectado gravemente la forma en la que actúa y opera el derecho societario en Colombia.

En este ámbito, podría afirmarse que el sistema legal colombiano se ha acercado a los regímenes jurídicos “decisionistas”, en los cuales se impone la aplicación de métodos inductivos de raciocinio. En ese orden de ideas, los hechos son fundamentales para determinar los principios jurídicos y la *ratio decidendi* aplicable a cada caso. De esta forma, el análisis de instituciones pertenecientes al derecho societario, cuyo estudio partía tradicionalmente del contenido de normas positivas expedidas por el legislativo, requiere, con frecuencia, de la aplicación de métodos de raciocinio inductivos más propios del derecho anglosajón que de ordenamientos de raigambre romano-germánica.

La simbiosis entre métodos “decisionistas” y la aplicación de normas jurídicas escritas, y entre métodos deductivos e inductivos, no es del todo ajena a los sistemas jurídicos contemporáneos. Así, en casos como el de los Estados Unidos, existe un enorme acervo de disposiciones legales escritas, a veces incluso codificadas, cuya aplicación corre pareja de una prolija jurisprudencia societaria emitida por cortes estatales y tribunales federales. La interpretación judicial les otorga a los preceptos positivos una mayor actualidad, en tanto que permite desentrañar su sentido práctico y dilucidar la lógica que subyace a la actividad económica.

Sin pretender asumir una postura reaccionaria, incompatible con una adecuada evolución del derecho, debe afirmarse que muchas de las sentencias de nuestra Corte Constitucional en materia de derecho de sociedades han carecido de suficiente ponderación, racionalidad, proporcionalidad y juicio de relevancia. Estas circunstancias han afectado la seguridad jurídica en un grado indeseable para la buena marcha del sistema jurídico local. Un elemental análisis sobre la evolución de las sentencias de esa corporación permite ilustrar esta tesis.

## **2. Evolución cronológica**

Es interesante observar el viraje “lento” y casi “imperceptible” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sociedades. Al parecer, los primeros integrantes de esa corporación actuaban con cierto recato en el tratamiento de instituciones tradicionales del derecho privado. En las interpretaciones tempranas sobre la materia se apreciaba una actividad judicial respetuosa de los principios básicos del derecho de sociedades. En la medida en que el poder de la Corte fue afianzándose y su prestigio jurídico y político aumentó, los magistrados comenzaron a producir sentencias en las que se observa un cierto menosprecio por tales postulados.

Para los efectos de este análisis, la actividad interpretativa de la Corte puede dividirse en dos periodos. El primero se inicia en el año 1996 y abarca hasta 1999, y el segundo se inicia en este último año y se extiende hasta el 2006. Como podrá comprobarse más adelante, el primer periodo se caracteriza por una rigurosa ponderación y aplicación de métodos de raciocinio propios del derecho privado, sin que por ello se hayan desconocido o menoscabado los derechos fundamentales o las normas y principios del derecho público. Entre las sentencias más representativas de este periodo se pueden destacar las siguientes: C-434 y C-435 de 1996; C-049, C-290 y C-510 de 1997, y C-320 de 1998.

A partir del año 1999, y hasta el 2006, las interpretaciones se flexibilizan en pro de posturas que la propia Corte Constitucional y los comentaristas de sus determinaciones han dado en llamar “garantistas”. Este neologismo indica, en esencia, la notoria prevalencia en la protección de los derechos individuales, aun en detrimento de normas sustanciales y principios fundamentales del derecho comercial. Entre las sentencias más representativas de este periodo, hemos seleccionado las siguientes: T-014 de 1999; SU-1023 de 2001; C-621 y SU-636 de 2003, y C-716 de 2006. En este segundo periodo, sólo hemos encontrado una sentencia en la que se observan y defienden rigurosas pautas de derecho privado. Se trata de la sentencia C-865 de 2004.

## 2.1. Primer periodo

El primer periodo objeto de análisis es rico en desarrollos jurisprudenciales, en parte debido a que coincide con los primeros años de vigencia de la Ley 222 de 1995. Esta norma, como es sabido, representó un significativo avance en el derecho societario, pues introdujo figuras desconocidas hasta entonces en el sistema jurídico local. Muchas de las disposiciones incluidas en la Ley 222 fueron objeto de demandas de inconstitucionalidad ante la Corte, de manera que la corporación hubo de pronunciarse sobre inúmeros aspectos contenidos en ese estatuto. Dentro de los ámbitos específicos que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la corporación se encuentran, entre otros, la unificación de sociedades civiles y comerciales, el régimen de matrices y grupos de sociedades (incluido el sistema de responsabilidad subsidiaria creado en la misma ley), el sistema jurídico de los administradores, la capacidad para ser socio o accionista y el régimen de sucursales. Conviene, por lo tanto, analizar algunas de tales determinaciones jurisprudenciales.

### 2.1.1. Sentencia C-434 de 1996 sobre administradores

La primera sentencia que merece ser mencionada fue proferida inmediatamente después de la expedición de la Ley 222 de 1995. En esta decisión judicial se analiza la exequibilidad del artículo 232 del mencionado estatuto, en virtud del cual se excluye la acción de reintegro para los administradores sociales. De acuerdo con el régimen laboral anterior, la acción de reintegro le permitía a un trabajador destituido sin justa causa ser restablecido en su posición de trabajo anterior, siempre que se cumplieran ciertas condiciones. En la sentencia citada, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 232 de la Ley 222 de 1995, mediante la utilización de un riguroso raciocinio jurídico. En la determinación mencionada se expresó, en efecto, lo siguiente:

Lo que se excluye en esta norma especial no es la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador ni las prestaciones laborales que le correspondan, todo lo cual habrá de regirse por la legislación correspondiente, sino la posibilidad de un nuevo vínculo, forzada por decisión judicial, con el administrador o revisor fiscal despedidos o removidos, pues ello implicaría que la sociedad se viera obligada a confiar la administración o la revisoría fiscal de su patrimonio e intereses, con la más amplia capacidad de decisión y manejo, a personas en las cuales no se tiene la indispensable confianza [...]. Es claro que dicha acción podía y puede ser suprimida, restringida en sus alcances,

limitada a ciertos casos o excluida en otros, siempre que ello se haga mediante ley y no desconozca derechos adquiridos por los trabajadores, sin que, únicamente por la circunstancia de adoptar una de esas decisiones, se pueda sindicarse al legislador de haber violado principios o preceptos de la Carta Política.

La norma impugnada pretendía salvaguardar un principio fundamental del derecho societario denominado derecho de revocatoria *ad nutum* (v. Dasso, 1985: 19 y ss.), por cuya virtud los órganos sociales competentes (asamblea o junta directiva) están facultados para remover a los administradores sociales a su discreción y en el momento en que lo estimen conveniente. Así, no existe la necesidad de demostrar razones justificativas específicas. Basta, por lo tanto, que se pague la correspondiente indemnización de perjuicios.

En esta sentencia, la Corte expresó con claridad que la norma que consagraba la acción de reintegro podía ser suprimida válidamente por el legislador, sin que ello vulnerara ningún principio constitucional. De esta manera, se estableció un cierto equilibrio entre un derecho del trabajador, como es el de verse restablecido en sus derechos luego de haberse comprobado la causa injusta de despido, y la facultad irrestricta de remoción en cabeza de los órganos sociales, sin la cual podría afectarse gravemente la administración de los negocios de la compañía.

#### 2.1.2. Sentencia C-435 de 1996 sobre unificación del régimen societario

El artículo 1º de la Ley 222 de 1995, pretendía la unificación en el régimen de las sociedades civiles y comerciales. Esta norma, como es sabido, modificó lo previsto en el artículo 100 del Código de Comercio, en el cual se establecía la rígida dicotomía del derecho privado en esta materia. El inciso primero del artículo 238 de la misma ley fijaba un término de seis meses para que las sociedades civiles existentes en el momento de entrar en vigencia esa normativa societaria adaptaran la estructura estatutaria y cumplieran las formalidades legales propias de las sociedades comerciales. Al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra estas dos normas, el alto tribunal asumió una postura de vanguardia, al considerar que ambas se ajustaban a la Carta Política. Además de declarar exequibles los preceptos demandados, la Corte realizó consideraciones muy importantes sobre las razones históricas de la dicotomía y sobre su inconveniencia en el sistema jurídico colombiano.

En esta sentencia, la Corte puso de presente cómo el Congreso no había vulnerado el principio de unidad de materia al unificar el régimen de sociedades civiles y comerciales. Señaló que el legislador podía regular estos

asuntos e incluso unificar los deberes profesionales que originalmente se les habían endilgado de manera exclusiva a aquellas personas que realizaran actividades de comercio en forma habitual y profesional:

Las formas de asociación y los tipos societarios, regulados en la ley, no corresponden a una específica materia constitucional. La ley ofrece a los particulares un elenco de posibilidades de colaboración y asociación, las cuales no están determinadas en la Constitución. Por ser éste un asunto legal, sujeto además a las necesidades y contingencias del tráfico, es del resorte de la ley regular la materia, para lo cual puede adicionar o derogar las normas de esa estirpe.

Con una visión no solamente racional, sino vanguardista, la Corte Constitucional negó las pretensiones de la demanda, cuyo fundamento era el presunto quebrantamiento de la unidad de la materia regulada en la Ley 222 de 1995. Así mismo, la referida corporación afirmó que la dicotomía había perdido su justificación histórica, tal como puede apreciarse en el acápite que se transcribe a continuación:

La dicotomía que anteriormente existía en punto al régimen de sociedades, no obedecía a una suerte de exigencia ontológica, sino a la forma histórica de su regulación legal. Bien podía el legislador tomar en cuenta las nuevas necesidades y revisar críticamente, a la luz de las mismas, la existencia del sistema dual. En efecto, esto fue lo que hizo. En esencia, se unificó la regulación del contrato de sociedad, que soporta tanto a las sociedades comerciales como a las civiles. De ninguna manera se suprimieron éstas últimas. Como lo expresa el artículo 1° de la citada ley, "las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles"<sup>1</sup>.

### 2.1.3. Sentencia C-049 de 1997 sobre sucursales de sociedades extranjeras

Por medio de esta determinación judicial, digna de destacarse, se declaró inexecutable el artículo 239 de la Ley 222 de 1995. En esta norma, a todas luces inconveniente, se exigía para los contratos de representación o agencia que debieran celebrarse en Colombia el establecimiento de un domicilio permanente en el país por parte de los extranjeros participantes. Sobre este

---

<sup>1</sup> A pesar del respaldo contundente que la Corte Constitucional le dio a la unificación de las dos vertientes del derecho societario, debe advertirse que la unificación entre las sociedades civiles y comerciales se ha visto opacada por diferentes decretos del Gobierno Nacional, leyes del Congreso e interpretaciones retardatarias de ciertas entidades de fiscalización gubernamental. Todas estas normas han tenido el efecto inconveniente de revivir la dicotomía entre sociedades civiles y comerciales, un aspecto que se consideraba felizmente superado entre nosotros.

particular la alta corporación se expresó en los siguientes términos: “las sociedades extranjeras que no tienen interés en establecerse en forma permanente en el país, pueden realizar negocios a través de un representante”.

La norma demandada provenía de un inconsulto gazapo legislativo que exigía a todo extranjero que se propusiera adelantar actividades de representación en Colombia constituir una sucursal en el país, aunque la actividad no fuera permanente. La Corte Constitucional, con buen criterio, consideró inexecutable esa disposición legal, mediante la aplicación de un simple criterio de equidad. La norma resultaba a todas luces discriminatoria, puesto que creaba una notoria disparidad entre los requisitos exigibles a un nacional que pretendiera acometer negocios en Colombia y las formalidades previstas para aquellos extranjeros que se propusieran idéntico propósito.

#### 2.1.4. Sentencia C-290 de 1997 sobre reglamentación de la contabilidad

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 44 de la Ley 222 de 1995, relativo a la contabilidad de las sociedades. En este precepto se le otorgaban facultades omnímodas al Gobierno para reglamentar los principios de contabilidad generalmente aceptados, los libros y papeles del comerciante, la forma y tiempo como esos libros debían conservarse, etc. A pesar de las virtudes prácticas que una norma como ésta pudiera tener, en ella se le concedían facultades legislativas al Presidente de la República sobre asuntos de competencia privativa del Congreso.

En palabras de ese organismo jurisdiccional:

[...] la reglamentación de una materia de la que el legislador solo ha dicho que atañe al conjunto de principios que deben guiar el registro y la información contables, es imposible por sustracción de materia. Como confirmación de este aserto, el mismo numeral 1 del artículo 44 se vio en la necesidad de pasar de lo abstracto a lo concreto, al ordenar que ‘tales principios comprenderán, entre otros temas, el marco conceptual de la contabilidad, así como disposiciones sobre reconocimiento, estados financieros, libros, comprobantes y soportes’. Pues bien, puesto que los textos citados demuestran que en esta materia el Presidente de la República no cuenta con un desarrollo legal antecedente, específico y concreto, el ejercicio de su facultad reglamentaria es imposible. La ausencia de ley por reglamentar llevará a la Corte a declarar la correspondiente inexecutable por violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

### 2.1.5. Sentencia C-510 de 1997 sobre matrices filiales y grupos de sociedades

Un principio fundamental del régimen anglosajón es el que se expresa mediante el aforismo latino *stare decisis quieta non movere*. De él se infiere el carácter obligatorio ante jueces de menor jerarquía respecto de aquello que ha sido fallado sobre un punto de derecho por un tribunal de superior rango en la estructura judicial. De este postulado surge la fuerza vinculante de los antecedentes proferidos por los jueces, puesto que, al decidir un caso que verse sobre hechos similares, el funcionario judicial deberá acoger lo fallado con anterioridad sobre el particular (v. Reyes, 2006b: 45-49).

Como se expresó anteriormente, el régimen jurídico colombiano parecería avanzar hacia un sistema “decisionista” con predominio del principio de *stare decisis* ya mencionado. Sin embargo, la Corte, en sentencias que se analizarán posteriormente, ignora los lineamientos interpretativos trazados por ella misma con respecto al párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 consagra una regla según la cual se permite la desestimación de la personalidad jurídica en contextos grupales cuando las maniobras adelantadas por una compañía matriz hubieran causado un daño en un proceso concursal de una sociedad controlada. Las obligaciones insolutas que resultaren en ese proceso deberían ser cubiertas por la compañía matriz o controlante.

Los presupuestos previstos en la norma para que proceda la desestimación de la personalidad jurídica no son diferentes de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, tal y como están regulados en las disposiciones del derecho privado. Al respecto, el párrafo del artículo en cuestión establece que, en primer lugar, debe haber una relación de subordinación entre una compañía matriz y una compañía subordinada; en segundo lugar, la sociedad subordinada debe estar en proceso concursal; en tercer lugar, los activos no son suficientes para satisfacer la totalidad del pasivo social del proceso liquidatorio, y, por último, se requiere la existencia de una relación causal o una vinculación entre la actividad de la compañía matriz y la situación de crisis que haya llevado a la imposibilidad de satisfacer la totalidad del pasivo.

En esta sentencia, la Corte Constitucional considera que la subordinación:

significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones,

directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos.

Así mismo, expresa la Corte que el principio de responsabilidad esbozado en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 es un principio de responsabilidad subsidiaria:

[...] no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados.

Lo anterior significa que no hay responsabilidad directa por parte de la compañía matriz. En consecuencia, es indispensable requerir vanamente a la sociedad principalmente obligada antes de acudir en contra de la matriz.

De la misma forma, el presupuesto consagrado en el párrafo del artículo 148 es una presunción de hecho, que admite prueba en contrario, de manera que la matriz estaría en condiciones de desvirtuarla. En los términos de la Corte Constitucional: “Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos”.

A pesar de que la carga de la prueba para este caso parece estar invertida, puede desvirtuarse tal presunción, si se acredita que la situación de crisis que originó el concurso y el hecho de que quedaran pasivos insolutos se debieron a actuaciones realizadas por un tercero o a un hecho extraño que rompe el nexo causal, así que no se le pueda endilgar responsabilidad a la matriz<sup>2</sup>.

No debe desestimarse la circunstancia de que, en el ámbito específico del derecho privado, el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas de

---

<sup>2</sup> Debe insistirse en que esta determinación fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad en la que se le solicitó a la Corte declarar inexecutable el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 porque, en criterio del actor, tal norma violaba el principio del debido proceso, al establecer la presunción de culpabilidad y responsabilidad para la matriz o controlante y porque invertía la carga de la prueba e imponía la responsabilidad subsidiaria, que es una sanción o pena. La Corte afirmó también que la responsabilidad en cuestión no puede imponerse “gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia del proceso”.

una sociedad anónima representa una garantía para quienes aportan el capital social. En la opinión autoradísima de Ives Guyon, ese régimen jurídico puede clasificarse dentro de los denominados derechos esenciales del accionista. En su *Tratado de los Contratos*, el afamado jurista francés defiende la existencia de los denominados “derechos propios o intangibles de los asociados” (1999: 190). Según Guyon, estos tienen un carácter esencial, como ocurre con los derechos naturales de los ciudadanos. Dentro de estas prerrogativas esenciales, el tratadista incluye de modo explícito el derecho del accionista a limitar su riesgo (1999: 48).

En acatamiento de los principios que acaban de reseñarse, en esta sentencia se concluye que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 es exequible y debe interpretarse bajo pautas de derecho privado en materia de responsabilidad civil.

#### 2.1.6. Sentencia C-320 de 1998 sobre administradores

La jurisprudencia constitucional ha sido la encargada de respaldar la introducción en el régimen jurídico local la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta sentencia se establece que “la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política”.

En la referida decisión judicial, la Corte determinó que las sanciones penales que se les pueden imponer a las personas jurídicas deben ser compatibles con su naturaleza, lo cual es apenas obvio si se considera que, debido a la índole de estos sujetos, no es factible someterlos a penas privativas de la libertad. Por el contrario, es evidente que pueden ser sancionados por medio de la imposición de multas, la cancelación de su matrícula o el establecimiento de otras medidas administrativas impuestas por la autoridad de control. En palabras de la alta corporación judicial:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. Por el contrario, su imposición en muchos casos constituye la única manera de no dejar indemnes a los verdaderos

beneficiarios del delito y de expresar de manera inequívoca la relevancia social de los bienes jurídicos afectados. La infracción penal denota en el más alto grado la gravedad de la conducta que lesiona intereses sociales básicos cuya tutela penal por esta razón se torna imperiosa a juicio del legislador. El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo. En este orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser remplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión.

## **2.2. Segundo periodo**

El segundo periodo que se analiza se caracteriza, según se señaló antes, por un viraje hacia una menor ortodoxia conceptual, a lo menos en aquellos aspectos tocantes con instituciones de derecho privado y, más concretamente, en materias propias del régimen societario. Se han seleccionado, dentro de este grupo de sentencias, aquellas que afectan algunos de los pilares básicos del sistema, tales como los relacionados con el principio de la limitación de responsabilidad de los accionistas en sociedades de capital. En estas determinaciones cruciales es perceptible la defensa a ultranza de los derechos fundamentales de ciertos grupos vulnerables, aun a costa de la seguridad jurídica y en detrimento de una mínima posibilidad de predicción para quienes invierten en acciones de sociedades.

A continuación se analizan determinaciones judiciales que desvirtúan, en buena medida, interpretaciones fundamentales de derecho societario que habían prevalecido en la doctrina y jurisprudencia colombianas. Dentro de tales pronunciamientos, se encuentran aquellos relativos a la extensión de responsabilidad en sociedades anónimas, la responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas, el régimen de administradores y la capacidad para ser socio o accionista.

### **2.2.1. Sentencia T-014 de 1999 sobre extensión de responsabilidad en sociedades anónimas**

En esta sentencia relacionada con el proceso de liquidación obligatoria de una sociedad insolvente, se estableció, entre otras cosas, que los accionistas de una sociedad anónima eran responsables por las obligaciones laborales dejadas de pagar por la compañía. Sin consideración al principio elemental de separación patrimonial propio de las sociedades de capital, la Corte efectuó un análisis basado solamente en preceptos constitucionales, sin comprender

adecuadamente las normas concursales aplicables al asunto planteado. El alto tribunal decidió imponerles responsabilidad a todos los accionistas por el pasivo insoluto de la compañía en liquidación. Paradójicamente, esta sentencia fue declarada nula por la misma corporación cuando se estableció que la Corte había violado, de modo flagrante, el derecho de defensa de la sociedad involucrada y de sus accionistas<sup>3</sup>.

El principal error en este caso se debió a una elemental confusión semántica que propició la apreciación equivocada de principios de derecho societario. En efecto, en la sentencia se aprecia la errada interpretación del artículo 191 de la Ley 222 de 1995, según el cual, si en el proceso de liquidación de una sociedad los activos no son suficientes para el pago de las obligaciones sociales, el liquidador deberá exigir a los *socios* “el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo con el respectivo tipo societario”.

La Corte ignora que la extensión de responsabilidad a que alude la norma citada se predica de modo exclusivo de aquellas formas asociativas caracterizadas por un acentuado elemento personalista. Es decir, que aquel precepto es generalmente aplicable respecto de los gestores de sociedades en comandita simple o por acciones, y a los socios de compañías colectivas. La misma norma sólo resulta excepcionalmente aplicable en relación con sociedades de responsabilidad limitada, siempre que las obligaciones insolutas sean de naturaleza tributaria o laboral<sup>4</sup>.

Para las sociedades en comandita es claro que, si los activos no son suficientes, la responsabilidad por el pago del pasivo se extiende a los socios gestores. Surge entonces una intercomunicación entre el patrimonio de la sociedad y el del socio, para que este último responda por el pasivo social (artículo 323, *ibídem*)<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Por medio del Auto 022 de 1999, la misma Corte reconoció la violación del derecho de defensa de los accionistas de la compañía involucrada en el fallo. En este auto de nulidad se afirmó, en efecto, que “se dieron órdenes en la tutela contra personas que no fueron citadas”.

<sup>4</sup> Excepcionalmente, también podría invocarse este precepto en sociedades de responsabilidad limitada cuando se han pactado prestaciones accesorias o no se han pagado los aportes prometidos en el momento de constitución de la sociedad, o cuando se omite la especificación del tipo en la razón o denominación sociales (artículos 353, 355 y 357 del Código de Comercio) (v. Reyes, 2006a: 73-74).

<sup>5</sup> Según la opinión de José I. Narváez, en las sociedades comanditarias la responsabilidad del socio gestor no es subsidiaria sino directa. En consecuencia, el acreedor estaría facultado para efectuar demanda de pago en contra de la sociedad o del socio gestor. En palabras del autor, para los socios gestores de las comanditarias no existe el burladero defensivo de la responsabilidad subsidiaria, “ya que es legalmente factible deducir su responsabilidad sin

No por menos obvio, se hace necesario precisar aquí que el citado artículo 191 de la Ley 222 de 1995 hace referencia a la palabra *socio* y no al vocablo *accionista*. Como es suficientemente sabido, aquella denominación alude a las personas que participan en compañías por cuotas o por partes de interés. Este yerro semántico suscita en la providencia en comento lamentables consecuencias prácticas. El acápite que se transcribe a continuación pone de manifiesto la grave confusión en que se incurre en esta sentencia:

Son, pues solidariamente responsables **no solo la empresa sino sus socios**. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario. (negrilla fuera de texto)

A pesar de la precisión técnica del artículo demandado, en el cual la responsabilidad solidaria sólo se aplica en aquellos casos en que sea procedente según la forma asociativa de que se trate, la Corte parece ignorar esta última calificación técnica, como si considerara que todos los tipos de sociedad se rigen por el mismo sistema en materia de extensión de responsabilidad. Para desconocer el principio de limitación de riesgo conferido legalmente a los accionistas en las sociedades capitalistas, invoca tan solo preceptos constitucionales de índole general. Así, sostiene, entre otros argumentos, que el desconocimiento de la obligación de pagar pensiones de jubilación por parte del patrono “lesiona la función social que le compete a un Estado Social de Derecho, así como el principio de solidaridad”. Es por ello que dictamina la responsabilidad solidaria de todos los accionistas de una sociedad anónima por el pasivo insoluto de una sociedad en liquidación.

Según acaba de afirmarse, esta sentencia nunca alcanzó a generar los efectos nefastos que estaba llamada a producir, debido a la nulidad por violación del debido proceso que la misma corporación hubo de decretar. Por lo demás, sin respeto por el mencionado principio del *stare decisis*, la misma Corte reconsideró buena parte de las consideraciones esbozadas en este antecedente judicial, mediante sentencia C-865 de 2004, según se explica más adelante.

---

exigirle previamente a la sociedad que satisfaga el crédito insoluto ni acreditar que ésta ha sido requerida infructuosamente para obtener el pago” (1998: 169).

### 2.2.2. Sentencia SU-1023 de 2001 sobre responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas

La interpretación de la Corte Constitucional sobre la denominada *responsabilidad subsidiaria en hipótesis concursales* ha creado perturbadores efectos en los regímenes societario y concursal<sup>6</sup>. En síntesis, la Corte sostuvo que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación obligatoria debía suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación y los aportes de seguridad social que aquella adeudara. Este suministro de liquidez debía mantenerse durante el tiempo necesario para que un juez ordinario declarara a la matriz definitivamente responsable por las obligaciones dejadas de pagar por su filial<sup>7</sup>.

Se trató, en realidad, del establecimiento de una desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, a la cual se llegó sin que

---

<sup>6</sup> Algunos autores han criticado, con razón, el activismo judicial de la Corte Constitucional “desplazando al juez natural del derecho comercial, toda vez que las incursiones del juez supremo constitucional en materia mercantil son cada vez más frecuentes y erráticas [...]. A nuestro juicio, el principal obstáculo de la seguridad jurídica en Colombia lo constituye hoy en día al posición jurisprudencial de la Corte de dar un alcance omnímoto a sus fallos, lo que hace que nuestro sistema jurídico sea totalmente impredecible en la defensa de los denominados derechos de propiedad” (Martínez, 2003: 151-152).

<sup>7</sup> Es cierto que las legislaciones de vanguardia denotan una notoria preocupación por preservar el principio de limitación de riesgo, propio de las sociedades de capital, aunque este dogma pueda atenuarse mediante la tesis del descorrimiento del velo societario. Pero esto último sólo puede ocurrir en aquellos casos en que se ha presentado fraude, simulación, infracapitalización, abuso del derecho u otras conductas reprochables en el control de la sociedad. La valoración del comportamiento de quien debe responder es, pues, una característica universal del allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Respecto de la necesidad de preservar a todo trance el sistema de limitación de riesgo, son notorios los análisis formulados por Easterbrook y Fischel sobre las consecuencias negativas que se derivarían de una extensión de responsabilidad que no obedeciera a una valoración judicial sobre la conducta culpable de quienes controlan. Sobre las excepciones a este principio, gozan hoy de gran difusión las tesis formuladas por Hansmann y Kraakman, en el sentido de que, a falta de una valoración subjetiva que permita descorrer el velo societario, la posibilidad de imponerles responsabilidad objetiva a los asociados deberá restringirse en el futuro a las hipótesis de daños derivados de responsabilidad extracontractual. La distinción obedece a un análisis tan simple como razonable: los acreedores que derivan sus créditos de relaciones contractuales deben soportar la insolvencia y la falta de pago por parte de la sociedad, debido a la posibilidad de ampararse de los riesgos derivados del hermetismo patrimonial propio de las sociedades de capital. Por el contrario, en los créditos surgidos de responsabilidad extracontractual, el acreedor, por ser involuntario, carece de la posibilidad de ampararse del riesgo relacionado con los perjuicios ocasionados por la acción de la sociedad. Y aunque el punto no está libre de controversia, se cree todavía que tanto los trabajadores como los pensionados deben tener el tratamiento de acreedores contractuales. Es decir, que su suerte debe depender de la suficiencia de activos dentro de los procesos concursales.

mediara una comprobación de los elementos que podrían configurar la responsabilidad por los hechos de un tercero. La Corte afirmó esta postura jurídica luego de considerar que existía una *responsabilidad presunta y temporal de la matriz* por las obligaciones de la compañía controlada.

En efecto, al pronunciarse sobre diversas acciones de tutela interpuestas por los pensionados de una sociedad ilíquida sometida al trámite de liquidación obligatoria, la Corte Constitucional le ordenó a su matriz, con carácter transitorio, atender al pago inmediato de mesadas pensionales. Así mismo, al confirmar varias sentencias proferidas por jueces que habían conocido de acciones de tutela interpuestas por pensionados de la misma sociedad, la Corte Constitucional reconoció que era viable hacer valer las reclamaciones de pensiones por fuera del foro de atracción que se ejerce en la Superintendencia de Sociedades, respecto de aquellas compañías que se hallaran tramitando un proceso concursal. Ello significó que, aunque el proceso concursal no hubiera concluido, ni se hubiese determinado en forma definitiva la destinación de los recursos que formaban parte del patrimonio de la sociedad concursada, cualquier ex trabajador cuyas pensiones no fueran oportunamente satisfechas podía reclamarlas por vía de tutela, presentada ante cualquier autoridad judicial. En este sentido, la Corte resolvió que la garantía de los derechos de los acreedores —en especial los titulares de deudas laborales—, podía ejercerse dentro o fuera del proceso concursal.

Aparte de lo expuesto, el alto tribunal decidió que la acción de tutela impetrada por un grupo de pensionados debía resultarles favorable a todos ellos, inclusive aquellos que no hubieren interpuesto ningún proceso específico para el pago de sus pensiones de jubilación. Así las cosas, en criterio de la Corte —y con el propósito aparente de salvaguardar el principio de igualdad—, era necesario amparar el derecho de la totalidad de los beneficiarios de la pensión, sin que para ello fuera necesario que cada uno interpusiera una demanda (acción de tutela) en ese sentido.

En la sentencia comentada se incurre en innumerables contradicciones y yerros jurídicos. Tanto las determinaciones que se adoptan como sus fundamentos en derecho resultan de compleja interpretación, debido a la ambigüedad que se observa en el texto. La Corte reconoce, en primer término, que existen tres medios idóneos y diferentes a la acción de tutela para reclamar las pensiones de jubilación: 1º) El proceso liquidatorio, de naturaleza jurisdiccional, que se adelanta ante la Supersociedades (Ley 222 de 1995, art. 98); 2º) La acción de responsabilidad contra la matriz (parág. del art. 148, *ibidem*), y 3º) La responsabilidad subsidiaria del Estado (Ley 573 de 2000, num. 7).

A pesar de ello, en la sentencia se afirma que aun existiendo tales medios, la acción de tutela es procedente si el no pago de salarios o mesadas pensionales compromete alguno de los siguientes aspectos: (a) Se han vulnerado derechos constitucionales fundamentales; (b) Se encuentran comprometidas personas de la tercera edad, y (c) Se ha afectado el mínimo vital del demandante o de su familia. Puede apreciarse que estos aspectos son de gran amplitud y cobijan un sinnúmero de situaciones. Por ello, siempre será factible estructurar la excepción a la improcedencia de la acción de tutela para estos efectos.

El alto tribunal parte de una premisa errónea, según la cual el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 establece una *presunción de responsabilidad de la entidad matriz*. En esta medida llega a un esquema, también erróneo, que en la práctica es semejante a la denominada *responsabilidad objetiva*, debido a que la entidad matriz se hace responsable de la satisfacción del pasivo pensional, mientras la justicia ordinaria resuelve el proceso correspondiente<sup>8</sup>.

La perplejidad que suscita este raciocinio justifica una cita textual de esta sentencia de la Corte Constitucional:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación.

---

<sup>8</sup> Debe compartirse el comentario del profesor Carlos Darío Barrera respecto de esta misma sentencia, cuando afirma que “toda esta injusticia surge de la prescindencia del concepto de culpabilidad como elemento imprescindible de la responsabilidad. Nosotros sostenemos que el daño que alguien llegare a causar, en el ejercicio legítimo de un derecho, sin dolo y sin negligencia, no debe constituirse para él en una fuente de aquélla” (2004: 100).

Conviene poner de presente que el referido párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 (reproducido casi textualmente en la nueva ley de insolvencia)<sup>9</sup> consagra una simple *presunción del nexo causal de la responsabilidad*, por cuyo efecto la relación matriz-subordinada, sumada a la situación de concurso en que se encuentre esta última, permite inferir que la crisis de la sociedad concursada se debió a la situación de control. Pero es claro, jurídicamente, que tal presunción admite prueba en contrario y, en consecuencia, el demandado debería estar en condiciones de acreditar que la situación de concurso obedeció a una causa extraña a la subordinación.

La precitada sentencia desconoce, además, el ya analizado precedente de la susodicha Corte sobre el mismo asunto. En efecto, en la citada sentencia C-510 de 1997, esa corporación había sostenido que “se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos”.

Debe enfatizarse en que esta decisión de la Corte Constitucional carece de un fundamento normativo adecuado. De hecho, las normas vigentes consagran postulados opuestos a los contenidos en la sentencia. Por una parte, el artículo 373 dispone de manera explícita que los accionistas de una sociedad anónima serán responsables “hasta el monto de sus respectivos aportes”. El artículo 99 de la Ley 222 de 1995 y las demás normas concordantes en materia de procesos concursales —vigentes al tiempo de expedirse la sentencia— prescribían que a partir de la apertura del trámite concursal no podían admitirse procesos de cobro de obligaciones de ninguna otra naturaleza<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Artículo 61 de la Ley 1116 de 2006. A diferencia del precepto anterior, la competencia para conocer de este proceso, se le asigna a la Superintendencia de Sociedades por medio del procedimiento abreviado. Además, por razones que se ignoran, se establece un término de caducidad de la acción de cuatro años.

<sup>10</sup> También la Superintendencia de Sociedades ha puesto de presente el inconveniente que representa la ruptura del foro concursal. “Es conocido para este despacho que los acreedores de todas las clases han acudido a este medio [acción de tutela] para lograr que se les reconozca de manera anticipada el pago de sus créditos, y que las autoridades judiciales se han pronunciado, en algunos casos, respaldando las pretensiones y ordenando el pago en un plazo cuyo cumplimiento se toma difícil y en algunos casos imposible. Sin embargo, los jueces son receptivos a las explicaciones coherentes propiciadas por los liquidadores, que no pueden acudir únicamente al rigor del procedimiento para excusar el cumplimiento de la tutela. [...] Por tanto, cada vez que se trate de exponer al juez la situación de la sociedad en liquidación a más de referirse a la estricta observancia de las normas procesales, especialmente la de los procesos concursales prevista en la Ley 222 de 1995, le corresponde al liquidador hacer una exposición de la situación económica y financiera de la

Además, el artículo 243 del Código de Comercio preceptúa que si los activos de una sociedad son insuficientes para el pago de los pasivos externos, solo podrá requerirse a los asociados “si la responsabilidad de los mismos es ilimitada”. El artículo 207 de la citada Ley 222 ordenaba, para la época del antecedente judicial, que solo podría acudirse en contra de socios o accionistas si se demostraba que habían utilizado a “la sociedad para defraudar a los acreedores” y dentro del trámite del proceso ordinario.

Y si no existe norma legal alguna que establezca la responsabilidad presunta de que habla la Corte, mucho menos existe alguna disposición legal que obligue a una entidad matriz a suministrarle liquidez a sus sociedades subordinadas para cubrir ciertas obligaciones, mientras se falla un proceso judicial ordinario<sup>11</sup>.

Complica aún más el análisis jurídico la circunstancia de que las órdenes impartidas por la Corte respecto del pago de pensiones y aportes parafiscales tengan un carácter transitorio. En el ambiguo criterio de esa corporación, esta decisión judicial no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponderle a la entidad matriz por las obligaciones de su subordinada. Así las cosas, demandante y demandado deben esperar a que se pronuncie la justicia ordinaria, en los términos del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, la orden que imparte la Corte Constitucional tiene vigencia hasta la culminación del proceso judicial que se instaure para establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de ella.

No se sabe, ni se señala en la sentencia, lo que ocurriría si el proceso ordinario por responsabilidad subsidiaria en contra de la matriz fuera fallado a favor de esta y en contra de los acreedores laborales. Es decir, qué sucedería si, luego de pagarse varios años de mesadas pensionales y aportes de seguridad social, la justicia ordinaria declarara improcedente la responsabilidad de la matriz. Al

---

empresa y de la forma como que se están utilizando los recursos de la compañía” (Oficio 220-18876 del 10 mayo 2001).

<sup>11</sup> Se comparte la opinión de Fernando Silva García, quien afirma que “la sentencia de tutela SU-1023 de 2001, incurre en una contradicción insalvable puesto que al tiempo que proclama la vigencia de la presunción de inocencia respecto de la matriz [...], sostiene también que para la protección de los derechos fundamentales de los jubilados, ha de declararse transitoriamente responsable a la matriz, es decir, que sin que haya habido debido proceso, sin que se haya decidido sobre la responsabilidad que se debe establecer en el proceso ordinario, sin que la matriz haya tenido ocasión de ser oída y vencida en juicio, se le declara culpable transitoriamente” (2004: 281).

parecer, la Corte parte de la base de que esa responsabilidad será, en todo caso, reconocida por el juez ordinario. Con todo, sería sensato suponer que la matriz conservaría un crédito contra la filial, que se podría hacer exigible bajo las pautas de los créditos posconcursoales, o sea, de manera preferencial sobre los demás pasivos externos.

Por último, la Corte hace una extraña recomendación a la entidad matriz, al señalar la posibilidad de que su accionista mayoritario compre los activos de la filial a fin de que aquella pueda obtener la liquidez que requiere. Esta expresión es uno de los mayores desaciertos de la sentencia SU-1023 de 2001. En efecto, si para la Corte Constitucional existe una responsabilidad presunta de la matriz por las obligaciones insolutas de su filial, el mecanismo sugerido la desvirtúa por entero. Es claro que las compras de activos por parte del accionista controlador no implican de su parte la asunción de responsabilidad. La operación recomendada representa tan solo la sustitución de un activo por otro, sin que ello signifique cambio alguno en la situación patrimonial de la sociedad concursada. Se trata de una inexplicable confusión que, paradójicamente, atenuó el sentido de la sentencia.

El más elemental análisis de derecho privado permite evaluar negativamente el efecto de esta determinación expedida por la Corte Constitucional. Un análisis superficial de los hechos presentes en este proceso puede conducir a la conclusión errónea de que los derechos de los acreedores a obtener la satisfacción de sus créditos son de superior jerarquía, si se les compara con el que se les confiere a los accionistas a mantenerse indemnes respecto de las obligaciones sociales. Se trata, podrá decirse ingenuamente, de un interés general, de orden público, cuya primacía se impone. Si a ello se suma que se trata de titulares de deudas laborales o de pensionados, el argumento sofista gana fuerza y se hace aún más sugestivo. No obstante, si el asunto se analiza con alguna profundidad, se llega a conclusiones opuestas derivadas, entre otras muchas razones, de los innegables beneficios que el sistema económico obtiene de un régimen de garantías para la inversión en las sociedades de capital.

Aparte del argumento relativo al reconocimiento universal del sistema de hermetismo patrimonial conferido a las sociedades anónimas, existe un importante acervo doctrinario que defiende este principio esencial del derecho societario. Los juiciosos estudios que Easterbrook y Fischel han adelantado sobre el tema han demostrado las consecuencias nefastas a que puede dar lugar la abolición del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades (1996: 40 y ss.). Más recientemente, Stephen Bainbridge ha formulado sobre

este particular una apreciación tan simple como contundente: “el hecho de que un juez se niegue a hacerle extensiva la responsabilidad a un accionista por obligaciones de la sociedad, es equivalente a la de hacer cumplir judicialmente las obligaciones derivadas de un contrato” (2002: 381 y ss.).

### 2.2.3. Sentencia C-621 de 2003 sobre administradores

Una de las normas más conocidas del régimen societario es el artículo 163 del Código de Comercio. Según esta norma, la designación de los representantes legales está sujeta a registro en la Cámara de Comercio y no implica una reforma del contrato social, por tratarse de una simple ejecución de este negocio jurídico. Los mismos administradores sociales deben proceder a las inscripciones de nombramientos a que se refiere la norma citada<sup>12</sup>. En reiterada doctrina societaria se ha entendido que el registro mercantil de los nombramientos de representantes legales y revisores fiscales tiene carácter constitutivo, por razón de la expresión categórica del artículo 164 del mismo código, según la cual, mientras no se cancele la inscripción, “conservarán tal carácter para todos los efectos legales”<sup>13</sup>. Así, solía entenderse que la renuncia presentada por estos funcionarios no los liberaba de las responsabilidades propias de sus cargos, mientras no se registrara una nueva designación<sup>14</sup>.

La errática jurisprudencia de la Corte Constitucional interfirió en la interpretación de esta norma mediante la sentencia que se comenta. De este antecedente jurisprudencial se ha inferido la posibilidad de inscripción en el registro mercantil de las renunciaciones presentadas por los representantes legales y revisores fiscales de las sociedades. Si en el término de un mes, contado a partir del envío de la comunicación a la cámara de comercio respectiva, no se

---

<sup>12</sup> La omisión de este deber podría exponerlos a sanciones legales que podrían hacerse efectivas a partir de acciones previstas en la ley, tales como la acción social de responsabilidad (v. Oficio 220-109679 de 2 diciembre 1999).

<sup>13</sup> De ahí que la Superintendencia de Sociedades haya sostenido que, la doctrina y la jurisprudencia coinciden “en establecer que la inscripción en el registro mercantil de los nombramientos del representante legal y del revisor fiscal tienen efectos constitutivos y no meramente declarativos y que, por lo tanto, es a partir del acaecimiento de tal acto que comienzan el ejercicio de sus funciones y no a partir de su designación” (Oficio 220-92421 del 8 octubre 1999). De esta misma interpretación surge la idea de que la reelección de un representante legal ya inscrito no está sujeta a un nuevo registro ante la cámara de comercio del domicilio social (v. Oficio 220-24334 del 11 junio 2001). Por último, es claro que los apoderados de la sociedad no están sujetos a registro mercantil (v. Oficio 220-77309 del 11 agosto 1999).

<sup>14</sup> Ello no era óbice para que los representantes legales y revisores fiscales renunciaran a sus cargos, aunque mientras tales renunciaciones no fueran aceptadas debían mantenerse en ejercicio de sus funciones (v. Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-37426 del 2 junio 2000).

ha inscrito en el registro mercantil un nuevo nombramiento, cesan las responsabilidades de los renunciantes.

Según lo expresado por el alto tribunal:

la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5º del Decreto-Ley 2351 de 1956.

Bajo este inquietante antecedente judicial, la sociedad queda, virtualmente, acéfala. Se trata de un raciocinio vacuo de la corte, pues, en aras de promover el libre desarrollo de la personalidad de tales funcionarios, deja al resto de la comunidad desprotegida. Además, la corte hace la afirmación que se transcribe enseguida, cuyo entendimiento ha dado lugar a gran incertidumbre jurídica: “pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Esta disposición parte de una interpretación analógica del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. No es claro, con todo, el fundamento a partir del cual las cámaras de comercio

#### 2.2.4. Sentencia SU-636 de 2003 sobre matrices filiales y grupos de sociedades

Esta decisión judicial constituye uno de los pocos pronunciamientos en materia de sociedades en los que la Corte Constitucional ha respetado, en buena medida, el precedente sentado por ella misma en la sentencia SU-1023 de 2001. Claro que en esta oportunidad se habría esperado, más bien, la reversión del antecedente que sobre la responsabilidad subsidiaria de las matrices se había sentado para el caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana.

La sentencia SU-636 de 2003 confirma la idea de responsabilidad presunta de carácter temporal por parte de la sociedad matriz, mientras se produce un pronunciamiento de la justicia ordinaria sobre la acción de desestimación de la personalidad jurídica del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Igual a como había ocurrido en el anterior precedente, la Corte decidió proteger a los pensionados de la sociedad filial, mediante la orden impuesta a las compañías matrices en el sentido de suministrar recursos líquidos para el pago de esas obligaciones. En palabras de la corporación:

para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos. La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control.

---

deben proceder en la forma indicada en la sentencia, puesto que los actos sujetos a registro están definidos de modo imperativo en la ley.

Debe insistirse en que la carencia de una valoración objetiva de la conducta de las sociedades matrices en los dos precedentes judiciales analizados ha creado incertidumbre sobre el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital. Con razón se ha afirmado que: “la tutela ha trastocado el escenario jurídico; de un mecanismo judicial subsidiario ha pasado a quebrar la jurisdicción ordinaria; el mecanismo pensado para que actuara donde no alcanzaba la mano del juez ordinario, se ha convertido en el instrumento que impide u obstaculiza que esa mano actúe” (López, 2004: 367).

Es precisamente esa suplantación de la jurisdicción ordinaria la que ha dejado sin efecto el proceso de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad contenido en el parágrafo del artículo 148, citado. En realidad, poco interés tienen los acreedores en intentar este camino procesal, cuando disponen de una protección expedita que no se sujeta a las dificultades probatorias inherentes a cualquier proceso de responsabilidad<sup>16</sup>. Debido a que el amparo que se confiere por vía de tutela tiene una temporalidad supeditada a la decisión definitiva del juez ordinario, a los acreedores no les conviene adelantar el proceso previsto en la norma precitada, debido al riesgo de un fallo adverso que pondría fin a los pagos ordenados por la jurisdicción constitucional. A quienes resultan beneficiarios de la protección garantizada por vía de tutela, les basta, por lo tanto, mantenerse en el estatus provisional de que habla la Corte. Así, mientras no se profiera un fallo en la jurisdicción ordinaria, las entidades matrices seguirán obligadas a cubrir el valor de las obligaciones pendientes de la subordinada sujeta al trámite concursal. Además, debido al carácter preferencial de la acción de tutela, no tendrán interés en el proceso concursal, cuyo foro de atracción resultará, según se señaló, quebrantado de modo irreparable.

---

<sup>16</sup> Se conoce un antecedente de acción de desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad subordinada, fallado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín el 8 junio de 2004. En esta sentencia se hizo una detallada valoración de la responsabilidad de las matrices conjuntas de la sociedad Industrial Hullera S.A., en liquidación. El juez de instancia consideró, a partir de una valoración de los hechos de la demanda, que las sociedades controlantes habían determinado la crisis de su filial común. Sin embargo, esta sentencia fue revocada en apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 13 de octubre de 2004. La determinación del Tribunal se basó en la carencia de legitimación activa del demandante para impetrar la acción prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995. En el caso mencionado, la demandante había sido la propia sociedad concursada, por conducto de su liquidador. Como circunstancia interesante, puede observarse la falta de interés de los acreedores —y en especial de los pensionados— en intentar esta acción.

### 2.2.5. Sentencia C-865 de 2004 sobre responsabilidad de accionistas en sociedades anónimas

Esta sentencia constituye una posición insular en materia de responsabilidad de accionistas en las sociedades de capital. Luego de los precedentes relativos a la responsabilidad de matrices, ampliamente reseñados en los acápites que anteceden, la Corte le confirió cierta seguridad jurídica al principio de separación patrimonial, propio de las sociedades anónimas.

Es curioso que la misma corporación se había declarado inhibida para pronunciarse sobre este asunto en más de una ocasión. Tal vez el clamor de una parte de la opinión pública y la notoria preocupación de sectores académicos y empresariales tuvieron alguna incidencia en los términos categóricos del pronunciamiento en comento. En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 373 del Código de Comercio —el mismo que le garantiza a los accionistas un riesgo limitado al monto de sus aportes—, se aludía a dos preceptos constitucionales presuntamente transgredidos: el artículo 53 (relativo al carácter irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales) y el 49 (sobre la imposibilidad de renunciar a los derechos a la seguridad social). Los demandantes proponían la inexequibilidad de la norma mencionada, de manera que los accionistas de las sociedades anónimas tuvieran que responder en todos los casos por las obligaciones laborales a cargo de la sociedad.

Al reconocer la constitucionalidad del artículo 373 del Código de Comercio, la Corte puso de presente que tal postulado es esencial para el sistema económico, entre otras razones porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el Estado. En los términos de la sentencia, la limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la Constitución Económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado<sup>17</sup>. La corporación afirma, así mismo, que la limitación de responsabilidad es un principio fundamental del sistema económico, puesto que permite el crecimiento y progreso en general, principios básicos de la Constitución colombiana: “Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la

---

<sup>17</sup> En el mismo pronunciamiento judicial se expresó lo siguiente: “A contrario sensu, en las denominadas sociedades *intuitus pecuniae*, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país”.

naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica”. Igualmente, la Corte afirmó que no se puede desconocer la autonomía moral de las personas jurídicas, y no se puede privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento: “la limitación del riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado”.

Debe resaltarse, en este texto judicial, el análisis de las posturas más representativas de la doctrina contemporánea sobre el tema de la limitación de responsabilidad. Algunos de los principales autores que se han referido a los riesgos inherentes al irrespeto judicial del principio mencionado, como Frank Easterbrook y Daniel Fischel, son objeto de detenido análisis en la providencia de la Corte Constitucional. Se trata de una valoración más técnica que la efectuada por la corporación judicial en ocasiones pasadas. Este solo hecho denota una diferencia de enfoque muy favorable en comparación con sentencias anteriores sobre la misma materia.

Con buen criterio, la Corte formula la salvedad relacionada con el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad a mantener su responsabilidad limitada. Así, la corporación deja a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos de terceros, impidiendo el uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad, en especial en aquellos casos en que se ha presentado fraude, engaño o transgresión del orden público. Pero también se afirma en la providencia que la posibilidad de extender la responsabilidad en estos casos depende de las hipótesis señaladas por el legislador, que es el órgano estatal facultado para definir estos asuntos.

No deja de ser interesante la afirmación que se hace en el texto sobre la posibilidad de que el Congreso reglamente lo que debe ocurrir respecto de los derechos de los pensionados, en los casos de liquidación de una sociedad en que existan esta clase de pasivos insolutos. Aunque es arriesgado formular normas de carácter general en materia de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, es sugestiva la posibilidad de que se le ponga fin a la incertidumbre judicial sobre este asunto mediante principios legislativos que definan modalidades de extensión de responsabilidad en hipótesis de fraude de los asociados. De esta forma el legislativo podría contribuir a delimitar con precisión un entorno jurídico de gran complejidad, debido a los graves intereses involucrados.

### 2.2.6. Sentencia C-716 de 2006 sobre capacidad

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la parte final del artículo 103 del Código de Comercio, tal como había sido reformado por la Ley 222 de 1995. El precepto señalaba que, para la aportación a una compañía de derechos reales sobre bienes inmuebles, bastaba con identificarlos en la escritura de constitución. La frase correspondía a la innovación introducida hace más de diez años, consistente en suprimir la anacrónica “autorización judicial con conocimiento de causa” prevista en el código para el aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces<sup>18</sup>. Aparte del obsoleto formalismo que una vez más se pone de manifiesto en esta jurisprudencia, queda la sensación de que la Corte no encuentra relevante la modernización del derecho comercial colombiano. No se entiende por qué la corporación afirma que la supresión de esa autorización judicial no se justifica en aras de garantizar “la dinámica ágil de las relaciones comerciales”. Esta actitud reaccionaria es particularmente nociva en momentos en que el país se apresta a insertarse en mercados ampliados, cuyo dinamismo demanda la vigencia de reglas acordes con las realidades contemporáneas del tráfico.

En criterio de la Corte, la norma inexecutable desconoce el mandato constitucional de protección a las personas en situación de debilidad manifiesta. Estima, al parecer, que la engorrosa autorización judicial es una garantía eficaz y útil a los fines de protección de los incapaces. Claro que, como la norma queda circunscrita a la aportación de derechos reales sobre

---

<sup>18</sup> La Corte Constitucional se expresa sobre este particular en los siguientes términos: “Estudiado todo lo anterior, la Corte tiene suficientes elementos de juicio para determinar si la eliminación del requisito de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre inmuebles constituye el incumplimiento del deber del legislador de adoptar las medidas necesarias y conducentes para proteger sus intereses, o si más bien dicha eliminación favorece los intereses de los incapaces, al permitirles actuar de manera oportuna en las relaciones comerciales, que se caracterizan por su dinámica ágil. A juicio de la Corte, la licencia judicial derogada por la norma acusada sí era una medida necesaria y conducente para proteger los derechos de los incapaces. En efecto, como arriba se dijo, al prescindirse de ella desapareció el mecanismo que por excelencia permitía prevenir actos dispositivos sobre la propiedad raíz en cabeza suya llevados a cabo sin suficiente diligencia en perjuicio de sus intereses, o incluso dolosos. Pues aunque la buena fe conforme a la Constitución se presume, la adopción de ciertas cautelas en defensa de intereses constitucionalmente protegidos, como lo son los de los incapaces, no puede considerarse como una decisión legislativa contraria al artículo 83 de la Constitución. Ciertamente, la presunción de buena fe a que se refiere dicha norma superior no impide que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y se adopten medidas para prevenir sus efectos, como acertadamente lo ha explicado la jurisprudencia [...]”.

inmuebles, lo que la Corte ha hecho es crear una discriminación injustificada respecto de los bienes muebles. La conclusión que se deriva del raciocinio presente en la sentencia suscita perplejidad. Si un menor es dueño de una enorme fortuna representada en títulos valores, recursos líquidos, derechos de propiedad intelectual y otros bienes muebles, toda esa riqueza podrá ser aportada a una sociedad sin mediar autorización de ninguna naturaleza. Por el contrario, si el incapaz es propietario, por ejemplo, de un derecho de usufructo sobre un inmueble de escaso valor, su aportación deberá someterse al trámite de autorización judicial, mediante demanda justificativa de la enajenación.

La Corte se basa en la premisa válida en la época del Imperio romano, según la cual, la propiedad inmueble es de “especial valía”, como se afirma en el texto de la sentencia<sup>19</sup>. La discriminación entre los dos sistemas de aportación parece más contraria a la Constitución que la norma declarada inexecutable.

Por lo demás, se echa de menos otro raciocinio que encontraría sustento en elementales preceptos constitucionales: la sentencia parece presumir la mala fe de los padres o representantes del incapaz. En verdad, someter todo aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces al veredicto ineludible de una autoridad judicial, implica presumir el dolo de aquellos. La Corte parece considerar, en efecto, que la aportación conducirá a una defraudación, salvo que un juez opine lo contrario. Lo lógico —y constitucional— sería todo lo opuesto: estimar, por ejemplo, que los padres de un menor, normalmente, aspiran al bienestar de su hijo. Así, sería lógico presumir que la aportación a una sociedad conduce al incremento del patrimonio del incapaz, mediante una explotación económica que pueda generar mayor valor. Lo contrario equivale a desconocer el objetivo lícito que subyace al contrato social según el Código de Comercio.

---

<sup>19</sup> Sobre el particular, la Corte se pronunció en los siguientes términos: “También por ésta especial valía que se confiere a la propiedad raíz, en el Código Civil se exige que el representante legal de los incapaces obtenga la previa licencia judicial para llevar a cabo actos jurídicos que impliquen la disposición o el gravamen de bienes inmuebles de sus representados, como se vio anteriormente. No obstante, la norma acusada permite obviar o pretermitir dicha autorización judicial exigida por las normas civiles, pues resulta obvio que una vez que el inmueble esté en cabeza de la sociedad, para su enajenación no será necesaria la licencia del juez. De esta manera no solamente la norma acusada permite el cambio de un derecho real que recae sobre un inmueble, derecho que tradicionalmente ha sido considerado de gran valía, por acciones, cuotas o partes de interés que implican para el incapaz la posibilidad de obtener ganancias o pérdidas, sino que adicionalmente dicha disposición abre el camino para que de los inmuebles de los incapaces se pueda disponer sin la licencia judicial exigida por el Código Civil”.

Todos estos análisis justificativos de la reforma en el régimen de capacidad aparecen en los antecedentes de la Ley 222 de 1995 y en la doctrina que se ha divulgado luego de la expedición de esta norma. Además de la aparente omisión en el análisis de estos antecedentes, se advierte un desconocimiento de las protecciones adicionales que se introdujeron en esa ley para todos los incapaces. La Corte expresa que el legislador debe darle contenido a la protección constitucional de las personas en situación de debilidad manifiesta. Pero ignora que fue eso, precisamente, lo que se intentó mediante la Ley 222. La norma había calificado las reglas sobre la capacidad para celebrar el contrato de sociedad al incluir dentro de las prohibiciones para formar parte de las sociedades de riesgo ilimitado a todos los incapaces y no sólo a los menores, como estaba previsto en el Código de Comercio de 1971. Sin embargo, esta sensible modificación se desconoce para enfatizar trámites burocráticos de escasa significación, como el que la Corte defiende a ultranza.

La conclusión más grave que surge de esta sentencia judicial es que el legislador está imposibilitado para flexibilizar el régimen societario en esta materia, a menos que una norma constitucional así lo establezca. Por desgracia, esta misma inferencia podría extrapolarse a otros ámbitos del derecho comercial, con consecuencias muy nocivas para todo el sistema que sirve de base a la actividad económica.

### **3. A manera de conclusión**

El derecho societario colombiano se enfrenta a nuevas realidades jurídicas con las que será necesario convivir. Ellas se han originado en la presencia, cada vez más frecuente, de antecedentes judiciales que coexisten con las normas de derecho escrito. Aunque no podría señalarse que se ha avanzado hacia un sistema de corte anglosajón en el que las decisiones judiciales le dan sentido y alcance a las normas, sí es razonable considerar una cierta “constitucionalización judicial” del derecho societario. Esta situación no es atípica en el derecho societario latinoamericano debido a concepciones tales como la del Estado Social de Derecho. La incidencia de estas formulaciones se refleja invariablemente en la supremacía de los derechos fundamentales, cuya defensa se efectúa aun a costa de reglas básicas del derecho privado.

Según se expresó al comienzo, nada hay de reprochable en que los ciudadanos cuenten con mecanismos de acceso a la justicia para la defensa de sus garantías constitucionales. Tampoco puede considerarse nociva la participación judicial en la creación de normas jurídicas. En el derecho anglosajón y aun en los países de Europa Continental es muy frecuente que las cortes y tribunales modulen o establezcan principios —en ocasiones muy

audaces—, cuya vigencia corre paralela con una multiplicidad de normas escritas.

Las dificultades identificadas a lo largo de este breve ensayo aluden más bien a dos factores perturbadores para la estabilidad y certidumbre del sistema: el primero se refiere a la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional. El otro corresponde a la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado.

El lector puede hacerse una idea del escaso rigor con que se asume el valor del precedente. En las determinaciones judiciales analizadas, no es fácil establecer cuáles hechos son considerados relevantes por la Corte y cuáles no, qué forma parte de la regla de derecho y qué parte constituye *obiter dicta* y, más grave aún, en qué consiste el fundamento jurídico de la sentencia (*rationale*). Por lo demás, se trata de un *stare decisis* deficiente, en el que ni siquiera se respeta la fuerza jurídica de lo fallado en sentencias anteriores.

El otro aspecto relevante consiste en la carencia de una actividad dinámica por parte del órgano legislativo. Este debería defender su autonomía en la creación del derecho, mediante la expedición de disposiciones legales que contribuyan a atenuar el impacto de sentencias judiciales que pongan en riesgo la estabilidad de las normas básicas que garantizan la inversión. Esta labor abarcaría la producción de leyes en materia de sociedades que introduzcan preceptos sustanciales y de procedimiento suficientemente claros, con el fin de evitar o morigerar la interferencia de la jurisdicción constitucional en parcelas tradicionalmente reservadas a la iniciativa privada.

En los países de tradición anglosajona, en que coexisten simultáneamente las normas jurídicas escritas y los precedentes judiciales, se procura establecer un cierto equilibrio entre la labor de los jueces y la de los legisladores. Así, no es infrecuente que los órganos legislativos federales y estatales atenúen el alcance y la relativa inseguridad jurídica a que pueden dar lugar las sentencias judiciales, mediante preceptos positivos en los que se incorporen la “regla de derecho” impuesta judicialmente y las circunstancias fácticas en que podría darse en casos futuros.

En Colombia tampoco debe descartarse la alternativa de una reforma constitucional. En una Carta Política tan prolija en disposiciones de toda índole, no sorprende que se produzca por lo menos una enmienda constitucional por año. Y aunque no debería hacer carrera la tesis de reformar la Constitución para todo, no es descabellado proponer una modificación que

introduzca normas sobre sociedades y concursos. La relevancia de estas reformas sería crucial en épocas de auge económico, cuando se requieren reglas claras y garantías adecuadas para la inversión. Se trataría de introducir uno o dos preceptos en los que se definiera en términos precisos el alcance del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y sus excepciones, así como la definición de una jurisdicción concursal sin esguinces al principio de colectividad ni al foro de atracción que lo caracteriza. Estas normas serían indispensables para recuperar la confianza en la sociedad comercial en Colombia, cuya credibilidad ha sido minada por las referidas sentencias de la Corte Constitucional.

### Bibliografía

- Barrera, Carlos Darío. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Bainbridge, Stephen M. *Corporation Law and Economics*. Nueva York: Foundation Press (2002).
- Dasso, Ariel Ángel. *El derecho de separación o receso del accionista* (2 Ed.). Buenos Aires: Editorial La Ley (1985).
- Easterbrook, Frank H. y Daniel R. Fischel. *The Economic Structure: Corporate Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press (1996).
- Guyon, Yves. *Traité des contrats: Les sociétés*. París: Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA (1999).
- Humberto Martínez, Néstor Humberto. “Seis lustros de jurisprudencia mercantil.” En: *Estudios de derecho económico: Instituciones de derecho comercial* (T. 1). Bogotá: Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez (2003).
- López, Eduardo. “La tutela para el pago de las obligaciones pensionales y las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas.” En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano: Tipos de sociedad*. Bogotá: Editorial Legis (1998).
- Reyes V., Francisco. *Derecho Societario* (2 Ed.). Bogotá: Editorial Temis (2006a)
- Reyes V., Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada*. Bogotá, Editorial Legis (2006b).
- Silva García, Fernando. “Personificación jurídica, separación patrimonial y ejercicio de la actividad financiera.” En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Schlesinger, Rudolf B. et al. *Comparative Law, Cases, Texts, Materials* (6 Ed.). Nueva York: The Foundation Press (1998).



## **El límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia: ¿Costo de transacción y barrera legal?**

Carlos Andrés Delvasto P.\*

### **Resumen**

El siguiente documento tiene como propósito analizar si el tope máximo de la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial ocasiona un costo de transacción y constituye una barrera legal en el mercado colombiano. En su parte inicial se presenta un diagnóstico del acceso y profundidad financiera en el mercado de Colombia, posteriormente estudia el régimen de intereses, analizando particularmente el concepto de interés remuneratorio y explicando las cuatro teorías que conciben la existencia de un límite a la tasa de interés en la legislación colombiana. Por último se efectúa un análisis económico jurídico a la existencia de un límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia.

### **Palabras claves**

Acceso financiero, interés, interés remuneratorio, límite a la tasa de interés, costo de transacción, barrera de entrada.

### **Abstract**

The purpose of this paper is to analyze whether maximum interest rates charged on business loans constitute transaction costs and barriers to entry in Colombian markets. The article begins by evaluating the access to and depth of financial markets in Colombia. The author then examines the system of interest rates, paying particular attention to the concept of interest charged on a loan, and explaining four theories that posit the existence of interest rate ceilings in Colombian law. The article ends with an economic and legal analysis of the existence of maximum interest rates on commercial loans in Colombia.

### **Keywords**

Access to financial markets, Interest, Interest charged on a loan, Interest rate ceilings, Transaction costs, Barriers to entry.

---

\* Abogado y Magister en Derecho Económico. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.

## 1. Introducción

Los mercados financieros en Latinoamérica en la década del noventa sufrieron modificaciones sustanciales, producto de un nuevo enfoque económico adoptado en la región a finales de la década del ochenta, cuyo objetivo fue reencontrar el sistema financiero con el mercado, al igual que remediar problemas estructurales, incluyendo dificultades de regulación y supervisión surgidos a partir de mediados de la década del noventa. Estas reformas se conocen como de primera y segunda generación, y adoptaron medidas como: privatización de entidades financieras públicas, liberalización de tasas de interés, adopción de normas de suficiencia de capital, al igual que la implementación de una serie de principios de regulación y supervisión bancaria, conocidos comúnmente como los principios de supervisión bancaria de Basilea, sugeridos por el Banco de Pagos Internacionales, entre otras instituciones.<sup>1</sup>

A pesar de realizar estas reformas, un problema que aún persiste en el mercado financiero latinoamericano, y es una característica actual del mercado colombiano, es la poca profundidad financiera. La profundización financiera y el crecimiento económico se encuentran relacionados positivamente<sup>2</sup>: al existir mayor acceso a servicios financieros por parte de los agentes económicos se mejora el bienestar y se incrementa el crecimiento económico de la sociedad.<sup>3</sup>

En Colombia los niveles de profundización financiera y bancarización son bajos, incluso en comparación con otros países latinoamericanos.<sup>4</sup> La

---

<sup>1</sup> En este sentido, vale la pena observar el documento elaborado para la CEPAL por Graciela Moguillansky, Rogerio Studart y Sebastián Vergara, titulado: “Comportamiento Paradójico de la Banca Extranjera en América Latina” (Moguillansky et al, 2004: 20-24).

<sup>2</sup> De acuerdo al documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante, CONPES) No. 3424 de 2006, la profundización financiera es el acceso a servicios financieros.

<sup>3</sup> Existen diversos estudios económicos y jurídicos que soportan esta cuestión; véase al respecto Rojas (2006), Demirgüç (2008) y el documento CONPES No. 3424 de 2006, entre otros.

<sup>4</sup> Otro ejemplo que constituye una muestra del bajo acceso financiero de la región es el porcentaje de profundización financiera en relación con el producto interno bruto (en adelante, PIB) en operaciones pasivas y activas de crédito. De acuerdo al Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) el promedio de depósitos en relación con el PIB en Brasil es de 0.19 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.22 entre el 2000 y el 2005; en Chile es de 0.39 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.50 entre el 2000 y el 2005; en Méjico es de 0.23 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.23 entre el 2000 y el 2005; y en Colombia es de 0.14 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.22 entre el 2000 y el 2005. El promedio de depósitos en relación con el PIB en España es de 0.64 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.87 entre el 2000 y el 2005; el de Estados Unidos es 0.54 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.59 entre el 2000 y

exclusión de sectores poblacionales es reflejada en cifras alarmantes; a manera de ejemplo, podemos citar el porcentaje de familias que acceden al sistema financiero en Bogotá D.C., el cual es de un cuarenta por ciento (40%). Al comparar esta cifra con la obtenida en un país desarrollado se apreciará una diferencia abismal, puesto que en este último la misma sobrepasa un noventa por ciento (90%) (Rojas, 2006: 1).

Ahora bien, la bancarización de Colombia para el año 2005 es de un 22% como porcentaje de la cartera bancaria en relación con el PIB; con respecto a la cobertura geográfica de las entidades crediticias, a septiembre de 2005, existía una sucursal financiera en el 71% de los municipios, correspondiente a un 92% de la población del país. Sin incluir el Banco Agrario estas cifras disminuyen a un 25% y 73%, respectivamente (CONPES, 2006: 8).

Un sector económico que tiene un bajo porcentaje de acceso financiero, siendo de vital importancia para el mercado y la sociedad, es la micro, pequeña y mediana empresa (en adelante Pymes). De acuerdo con el documento CONPES 3484 (2007: 2), las microempresas y las Pymes en Colombia generan 80.8% del empleo nacional. Las fuentes de financiamiento del capital semilla de las microempresas proveen una evidencia del escaso acceso financiero de estas. En porcentaje, este financiamiento se obtiene en un 72% de ahorros familiares y propios, 16% de préstamos de amigos y familiares, 5% de entidades crediticias y 4% de ONG (CONPES, 2007: 4). El sector Pymes en Colombia tiene una financiación en un 43% por créditos bancarios, 24% por recursos propios, 18% por proveedores, 12% por recursos extrabancarios, 2% por recursos del gobierno y un 1% de recursos de cooperativas. Un 43% de las Pymes no ha solicitado crédito en los últimos dos años, el 64% no lo ha requerido y un 22% considera inadecuadas las condiciones del mismo; además, de un 57% que lo han requerido ha sido rechazada la mitad generalmente por no cumplir con las garantías exigidas para el otorgamiento o desembolso de recursos (FUNDES, 2004: 22-25).

En conclusión, es posible afirmar que el acceso y profundización financiera en Colombia es bajo. Ahora bien, la poca profundización financiera generó

---

el 2005. Con respecto a la relación entre crédito y PIB encontramos que en Brasil es de 0.26 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.27 entre el 2000 y el 2005; en Chile es de 0.46 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.59 entre el 2000 y el 2005; en México es de 0.23 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.15 entre el 2000 y el 2005; y en Colombia es de 0.15 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.19 entre el 2000 y el 2005. El promedio de depósitos en relación con el PIB en España es de 0.80 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 1.18 entre el 2000 y el 2005; el de Estados Unidos es 0.54 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.63 entre el 2000 y el 2005 (Rojas, 2006: 2).

una reacción de mercado y ocasionó la implementación de una serie de políticas públicas con el objetivo de remediar los problemas que no fueron solucionados al liberalizar el mercado en el pasado.<sup>5</sup>

Con respecto a esta cuestión, Romy Calderón sostiene:

La liberalización financiera no garantiza que se elimine la segmentación de los mercados de crédito, pues los bancos comerciales privados se orientan a canalizar sus recursos a empresas de alta solvencia, bajo riesgo, y sólidas garantías. Entonces, quedan sin atención las necesidades de aquellos prestatarios que son numerosos y que aportan una contribución significativa a la producción y al empleo, esto es, los pequeños productores (2005: 12).

La reacción de mercado se presentó al desarrollarse un mercado de crédito informal o paralelo al de los establecimientos de crédito, el cual existía incluso con anterioridad a las reformas de primera y segunda generación. Un claro ejemplo de la existencia de mercados informales lo constituyen: las casas de empeño, los canales de distribución de productos tipo tendero o pequeños comercializadores, grupos familiares o de amigos que se organizan a través de cadenas con el objetivo de concederse préstamos sin costo alguno, entre otros.<sup>6</sup>

No obstante, el mercado informal evolucionó y se presentó el surgimiento y desarrollo de organizaciones financieras no reguladas, usualmente llamadas organizaciones de microfinanzas. Estas son todas aquellas entidades, sean grandes o pequeñas, que se dedican a proveer servicios financieros a los sectores excluidos de acceso. Existe toda una gama de servicios financieros a la que los sectores más excluidos de la población desean acceder, por ejemplo: la obtención de crédito, apertura de cuentas, seguros, transferencia de recursos, entre otros. En Colombia actualmente existen 17 de estas organizaciones no reguladas.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Las políticas públicas son los actos de las diferentes organizaciones políticas, partícipes en la formulación, elaboración, seguimiento y evaluación de las políticas gubernamentales como solución a los problemas existentes en una sociedad. Otros autores (Garay, 2002; Medina y McKormick, 2002; Roth, 2002; Salazar, 1995, y Thoening y Meny, 1992) las conciben como decisiones estatales destinadas a la solución de problemas de interés colectivo, por medio de la orientación de recursos públicos hacia áreas prioritarias definidas.

<sup>6</sup> En Colombia es legal que cualquier persona (natural o jurídica) coloque recursos económicos, dicho de otra forma, que preste dinero, siempre que sean recursos propios; véase al respecto Concepto 2007001005-001 del 5 de febrero de 2007, Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>7</sup> En Colombia existen 17 organizaciones no reguladas dedicadas a efectuar labores de microfinanzas; estas son: 1. Actuar (Bolívar - Cartagena), 2. Actuar (Quindío - Armenia), 3. Actuar Tolima, 4. Contactar Pasto, 5. Corporación Fondo de Empresas Asociativas, 6. Corporación Microempresas de Antioquia, 7. Corporación Mundial de la Mujer - Bogotá, 8.

Actualmente el Estado se encuentra implementando reformas en el sector financiero con el objetivo de remediar los problemas generadores del bajo acceso financiero. A través del documento CONPES No. 3424 de 2006<sup>8</sup>, titulado: “La Banca de las Oportunidades. Una política para acceder al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social”, se ha elaborado una serie de estrategias que tienen como propósito ampliar el mercado y proveer un acceso de crédito y otros servicios financieros en forma real a la población, incluyendo dentro de este proceso a las entidades crediticias, a través de la disminución de los costos de transacción entre estas y el mercado (Delvasto, 2006).<sup>9</sup>

De conformidad con el documento CONPES antes mencionado, los factores que limitan el acceso al crédito desde un punto de vista de oferta y demanda tienen un elemento común, conocido en la literatura económica como costos de transacción.<sup>10</sup> Es importante resaltar que algunos costos de transacción pueden ser ocasionados por la intervención del Estado en el mercado (Cooter, 2004: 91). A manera de ejemplo, ténganse en cuenta los gravámenes a las transacciones financieras, es decir, el cuatro por mil (4x1000). En este caso

---

Corporación Mundial de la Mujer - Medellín, 9. Fundación Amanecer, 10. Fundación Industrial Cartagena, 11. Fundación Mario Santo Domingo, 12. Fundación Mundial de la Mujer Bucaramanga, 13. Fundación Mundo Mujer - Popayán, 14. Fundación WWB Cali, 15. Microantioquia, 16. Oportunidad OLC-COL y 17. AGAPE. Además de estas existen uniones de crédito como son: COMULDESA, COMULTRASAN, CONFIAR y Cootradepmeta (Navajas, 2006: 25).

<sup>8</sup> En la elaboración de políticas públicas en Colombia participan dos organismos tecnócratas: el primero de estos es el Departamento Nacional de Planeación, entidad encargada de elaborar, efectuar el seguimiento en la ejecución y evaluar los resultados de las políticas públicas en Colombia. La segunda entidad es el Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante CONPES), el principal organismo asesor del Gobierno nacional en todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

<sup>9</sup> El Presidente de la República ha reglamentado diversas cuestiones relacionadas con la política de ampliación del acceso al crédito, a través de diversos decretos, entre los cuales vale la pena mencionar el Decreto No. 2084 del 23 de junio de 2006, Decreto 2233 del 7 de julio de 2006, Decreto 3078 del 8 de septiembre de 2006, y Decreto 519 de 2007. Vale anotar que anteriormente a la existencia de la política pública de la banca de las oportunidades ya se habían implementado y efectuado avances a través de políticas públicas de carácter sectorial que ampliaron el acceso al financiamiento en ciertos segmentos del mercado. Téngase como ejemplo la Ley 590 de 2000; antes de esta, las fuentes de financiamiento del sector Pymes eran aún más reducidas que las cifras anteriormente expuestas. Sin embargo, el avance aún no es suficiente.

<sup>10</sup> Hoy en día existe variada literatura económico-jurídica referente a los costos de transacción. Estos se definen generalmente como los costos del intercambio. Vale anotar que el término surge a partir del artículo de Ronald H. Coase titulado “The Problem of Social Cost” (1961), obra traducida al español como “El problema del Costo Social”, de la cual se aduce el famoso Teorema de Coase (Cooter, 2004: 91).

particular se produce un incentivo perverso que afecta directamente las operaciones pasivas y activas de las entidades crediticias<sup>11</sup>; otra condición legal que, de acuerdo a la literatura económica produce costos de transacción, es la existencia de un tope máximo a las tasas de interés remuneratorio.<sup>12</sup>

Este trabajo tiene como propósito analizar si el tope máximo de la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial ocasiona un costo de transacción y constituye una barrera legal en el mercado colombiano. Ahora bien, en orden a responder a la problemática inicialmente planteada es necesario desarrollar los conceptos insertos en ella. A continuación se expone el régimen jurídico existente sobre el límite de la tasa de interés remuneratoria en Colombia.

## **2. Régimen de intereses**

### **2.1. Noción de interés**

En las operaciones crediticias normalmente existen dos agentes: uno de estos se caracteriza por ser el propietario del recurso económico; el otro agente es un tercero (con respecto a la cosa) que se caracteriza por valorar más ese recurso económico. Al primero se le denomina mutuante o prestamista (A), al segundo mutuario o prestatario (B). El mecanismo de precio es la manera en que se determina quién valora más el recurso económico en el mercado. Dicho en otras palabras, (A) le prestará a (B) el recurso económico solo en la medida en que (B) se encuentre dispuesto a pagar más por usar el recurso de lo que (A) estaría dispuesto a pagar para retenerlo. Este precio se conoce como la tasa de interés.

El padre del liberalismo clásico, Adam Smith, efectúa una descripción prolija con respecto al préstamo de un capital o recurso económico, al igual que a la manera en que se retribuye el mismo. Al respecto dicho autor sostiene<sup>13</sup>:

---

<sup>11</sup> El margen de intermediación en Colombia puede ser afectado hasta en 3.5 puntos por el impuesto a las transacciones financieras y las inversiones forzosas (Galindo, 2006: 29).

<sup>12</sup> Consulte al respecto: Duval (2005), Helms (2004) y Banco de la Reserva Federal de Chicago (2008), entre otros.

<sup>13</sup> Diversos teóricos económicos además de Adam Smith han efectuado análisis con respecto a la concepción de tasas de interés. A manera de ejemplo, téngase en cuenta a Jesús Huerta de Soto, quien define la tasa de interés como un “precio de mercado de los bienes presentes en función de los bienes futuros”. Añade: “es el precio determinado en un mercado en el que los oferentes o vendedores de bienes presentes son, precisamente los ahorradores, es decir, todos aquellos relativamente más dispuestos a renunciar al consumo inmediato a cambio de obtener un mayor valor de bienes en el futuro” (1999, 226-227).

*Casi todos los préstamos con interés se concretan en dinero, sea en billetes, oro o plata. Pero lo que el prestamista en realidad desea, y lo que el prestatario en realidad le facilita, no es el dinero sino lo que el dinero vale, o los bienes que puede adquirir. Si lo desea como fondo para su consumo inmediato, son sólo esos bienes de consumo los que incluye en su fondo. Si lo desea como capital para emplear trabajo, incluye sólo bienes que servirán a los trabajadores como herramientas, materiales y manutención necesarios para llevar a cabo su tarea. Mediante el préstamo el prestamista asigna al prestatario, por así decirlo, el derecho a una cierta porción del producto anual de la tierra y el trabajo del país, para ser empleada como el prestatario desee [...] pero cuando lo que puede obtenerse por el uso de un capital es de otra forma reducido, por así decirlo, desde ambos extremos, el precio que ha de pagarse por su uso, es decir, la tasa de interés, inevitablemente debe disminuir. (Smith, 2001: 449-459; cursiva fuera del texto)*

En efecto, se puede concluir que el autor hace referencia a cualquier operación de financiamiento o crediticia efectuada entre dos agentes económicos y define la tasa de interés como el precio que se ha de pagar por el uso del dinero o capital (Smith, 2001: 453). Es evidente que los recursos económicos generalmente se representan en un valor. El objeto de valor comúnmente más aceptado es el dinero. Sin embargo, cualquier objeto corporal o incorporeal puede constituir un valor y por ende ser aceptado como medio de pago de obligaciones, constituirse en garantía o colateral y a su vez, en caso de ser fungible, ser susceptible de préstamo y, así, usado en una operación crediticia o financiera. A manera de ejemplo obsérvese el caso de cigarrillos utilizados como moneda durante la Segunda Guerra Mundial en los campos de prisioneros de guerra (Radford, 1945: 194-195).

Usualmente el mecanismo jurídico más conocido en una operación de financiamiento es el “contrato de mutuo o préstamo de consumo”<sup>14</sup>. Sobre el particular, debe aclararse que existen dos regímenes jurídicos con respecto al mutuo, estos son el civil y comercial, así que dependiendo del caso particular debe observarse la regulación pertinente.<sup>15</sup> No obstante, a medida que los

---

<sup>14</sup> El profesor Néstor Humberto Martínez Neira (2003: 370) sostiene que contrato “es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, del cual se derivan varios créditos y varias obligaciones en forma correlativa, que se entienden formando parte de un todo y que constituyen una unidad”.

<sup>15</sup> De acuerdo al art. 2221 del Código Civil de Colombia: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta el art. 1163 del Código de Comercio, que sostiene: “Salvo pacto expreso en contrario, el mutuuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo. Salvo reserva expresa, el documento de recibo de los

mercados y la sociedad evolucionan, las operaciones de financiamiento se estructuran de manera más sofisticada, adoptando vehículos jurídicos más estructurados y especializados en disminución de riesgos y costos.<sup>16</sup>

Dependiendo de la perspectiva asumida, los intereses se pueden clasificar según los siguientes criterios (Cubides, 1999: 124): a) “De acuerdo a su origen, los intereses pueden ser: corrientes, legales o convencionales”; b) “según la época del crédito a la cual se refieren, son: remuneratorios o de plazo y los moratorios o vencidos”; c) “según la capacidad de producir nuevos intereses, de su reinversión o capitalización, se pueden distinguir los intereses simples o compuestos”; d) según su cálculo o medida, los intereses pueden ser nominales, efectivos o reales”, y e) “según la época de su pago, los intereses pueden ser vencidos o anticipados”. En lo que respecta a este trabajo sólo se hará alusión a la forma de constitución, es decir: convencionales, corrientes o legales; y de acuerdo a si corresponden a título de lucro o indemnización.

## **2.2. Interés remuneratorio en la legislación de Colombia**

La legislación civil y comercial no define el término “interés”, y al hacer uso del mismo denota generalmente valor, provecho, utilidad, ganancia o lucro producido por un recurso económico e indemnización tratándose de obligaciones de dinero.<sup>17</sup> Esto significa que dicha palabra debe ser entendida

---

intereses correspondientes a un período de pago hará presumir que se han pagado los anteriores”.

<sup>16</sup> Un ejemplo de esta cuestión se aprecia con el desarrollo de operaciones de liquidez, como es el caso de los reporto o repo y las simultáneas. De acuerdo con el art. 1 del 4708 de 2005, “las operaciones de reporto o repo y las operaciones simultáneas son operaciones en las que una parte (el ‘Enajenante’), transfiere la propiedad a la otra (el ‘Adquirente’) sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el ‘Precio Inicial’) y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero (‘Precio Final’) en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada”.

<sup>17</sup> Tanto en el régimen civil como en el comercial se utiliza el concepto de “interés” como el “lucro producido por un recurso económico e indemnización tratándose de obligaciones de dinero”. El Código Civil de Colombia lo utiliza así en los siguientes artículos: 301, 423, 499, 513, 495, 572, 717, 739, 836, 856, 1185, 1425, 1426, 1429, 1452, 1480, 1554, 1601, 1617, 1649, 1653, 1658, 1669, 1701, 1746, 1781, 1792, 1796, 1948, 1971, 2182, 2171, 2171, 2182, 2184, 2227, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2318, 2326, 2373, 2395, 2421, 2427, 2465, 2466, 2492, 2511 y 2514. En idéntico sentido el Código de Comercio de Colombia utiliza este término en los siguientes artículos: 20.3, 125, 129, 149, 244, 672, 754, 756, 762, 782, 783, 884, 885, 886, 942, 946, 962, 966, 1080, 1156, 1163, 1167, 1168, 1184, 1209, 1251, 1252, 1268, 1271, 1301, 1302, 1402, 1451, 1519, 1557, 1571 y 1909.

en cada caso particular “en su sentido natural y obvio”<sup>18</sup>. En concordancia con lo expuesto, debe tenerse en cuenta la definición de “interés” del Diccionario de la Real Academia Española, es decir, “lucro producido por el capital”, al igual que el art. 717 del C.C., que determina: “los intereses de capitales exigibles” son “frutos civiles”<sup>19</sup>.

No obstante, tratándose de operaciones crediticias o de financiamiento, debe observarse el art. 68 de la Ley 45 de 1990, que define el interés de la siguiente manera:

Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento.

Existen otras reglamentaciones administrativas, es decir, decretos, resoluciones y circulares, que han definido este término. A manera de ejemplo téngase en cuenta el art. 1 de la resolución número 41280 del 23 de diciembre de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC); en el mismo sentido, téngase en cuenta el capítulo primero, título segundo, punto primero, literal f, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (Resolución 007 de 1996).<sup>20</sup>

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-955 de 2000, concibe el interés como una suma compuesta por: 1. indemnización del

---

<sup>18</sup> Art. 28 del Código Civil de Colombia (en adelante C.C.).

<sup>19</sup> El art. 717 del C.C. sostiene: “Se llaman frutos civiles [...] los intereses de capitales exigibles [...]”.

<sup>20</sup> El art. 1 de la Resolución número 41280 de la SIC sostiene: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 717 del código civil, el interés corresponde a la renta que se paga por el uso del capital durante un periodo determinado. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la ley 45 de 1990, se reputarán también como intereses, las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. En esa medida, los seguros contratados que protejan el patrimonio de los deudores o de sus beneficiarios no se reputan como intereses. También se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito, tales como costos de administración, estudio del crédito, papelería, cuotas de afiliación, etc. Los cobros correspondientes a IVA, bien sea que se deriven del cobro de intereses o de seguros contratados, no se reputan como intereses”.

acreedor por depreciación de la moneda, 2. costos operativos de la actividad y 3. el lucro en la operación respectiva.

Es evidente que el concepto de interés en una operación crediticia en el mercado colombiano se refiere al lucro o retribución que produce el capital, sin que importe el vehículo jurídico a través del cual el deudor se obligue a cancelar el beneficio al acreedor.<sup>21</sup>

La doctrina nacional, por su parte, concibe casi unánimemente el interés remuneratorio como el interés del plazo. Algunos doctrinantes nacionales más próximos a las realidades económicas definen el interés remuneratorio como el precio del dinero percibido durante la vigencia del contrato. Otros lo conciben como el costo de oportunidad del capital o recurso económico.<sup>22</sup> Entre los anteriores, vale la pena resaltar el concepto de interés de Sergio Rodríguez Azuero (2000: 484), quien sostiene: “la tasa de interés puede concebirse respecto a dos momentos en la vida del contrato, o mejor, del cumplimiento de las obligaciones derivadas. Una es la que se cobra durante la vigencia del contrato que corresponde al precio del dinero o, si se quiere, a la remuneración por el sacrificio que hace el acreedor al privarse durante un cierto tiempo de la disponibilidad de los recursos”<sup>23</sup>.

## **2.3. Límite a la tasa de interés remuneratoria**

### **2.3.1. Anotación histórica**

El referente histórico más común de la existencia de un límite a la tasa de interés se encuentra en el art. 71 del Código de Hammurabi<sup>23</sup>, en éste se establece la pérdida de capital e intereses en caso de violar el tope legal establecido a la retribución por el dinero; la anterior situación se conoce con el nombre de usura (Gelpi, 1999: 29-79). En lo que respecta a Grecia y Roma, las operaciones crediticias eran permitidas, es decir, se concebía el capital como un recurso económico que tenía un precio determinado por oferta y demanda (Temin, 2001; Tan, 2007). En la Grecia Clásica no existía un límite a la tasa de interés. Sin embargo, filósofos como Platón y Aristóteles condenaron la existencia de una remuneración por el uso de dinero, basándose, claro está, en meros juicios de valor (Gelpi, 1999: 40-41). En

---

<sup>21</sup> Existe una excepción a esta cuestión consagrada en el art. 32 de la Ley 590 de 2000, la cual será tratada posteriormente en el presente documento.

<sup>22</sup> En este sentido consúltese: Martínez (2003: 488), Narváez (2002: 162), Suescún (2003), Cubides (1999: 124) y Arrubla (2004: 143).

<sup>23</sup> Existen otros antecedentes históricos más antiguos en Mesopotamia con respecto a límites impuestos a la tasa de interés; véase al respecto Nardoni (1993-1994).

Roma las XII tablas establecían un límite de una doceava parte, al sostener en su tabla VIII: “Está sancionado [...] que alguien cobre más de una [...] doceava parte [...] de interés” (Domingo, 2002: 31). Algunos autores dan por entendido que esta doceava parte equivale a 12% anual de la tasa de interés<sup>24</sup>. Posteriormente el Código de Justiniano estableció tres límites de interés. Tratándose de personas ordinarias y comerciantes o banqueros, estos tuvieron un tope de 6% y 8%, respectivamente; en el caso de proyectos marítimos o de víveres se estipuló un 12% (Gelpi, 1999: 40-41).

La implementación de los anteriores límites a la tasa de interés se produjo como solución a tensiones económicas y sociales que confluyeron en una concentración y exceso de poder, al punto que concepciones ideológicas y morales determinarían la abolición por completo de interés alguno, asimilando incluso el cobro de interés con el concepto de usura (Mora, 2004). Un claro ejemplo de esta cuestión se encuentra en un pasaje del texto el *Mercader de Venecia*, en donde Shylock (un judío rico), en una escena con Bassanio (pretendiente de Porcia) y Antonio (el mercader de Venecia), sostiene para sí mismo:

¡Qué traza vil de publicano tiene! Le odio porque es cristiano, y le aborrezco aun más por su humildad, por la simpleza con que hace alarde de prestar dinero sin interés, logrando de esa suerte abaratar el tipo de la usura aquí en Venecia. Si una vez consigo cogerle en un descuido, haré que pruebe todo el rencor del odio que me inspira. Sé que aborrece a nuestro pueblo santo, y en los parajes donde más afluyen los mercaderes, de baldón me colma, a mí, mis tratos y mi honesto lucro, que él llama usura vil. Maldita sea la tribu en que nací, si le perdono. (Acto I, escena III)

Conforme a este pasaje, Shylock es un banquero o prestamista que está viendo afectado su negocio por la conducta de otros agentes (cristianos), que no actúan buscando un resultado económico (lucro o beneficio), sino meramente servir a su comunidad de acuerdo a unos postulados morales y culturales, como lo ha efectuado Antonio (el mercader de Venecia) al prestar recursos, lo que ha ocasionado competencia en el mercado. Por consiguiente, el precio del dinero (usura) ha disminuido en el mercado veneciano.

La anterior situación nos enseña dos visiones ideológicas con respecto a un mismo punto. Una de ellas, utilitarista, que considera el capital como un bien. La segunda es la visión de una persona que actúa en sociedad obedeciendo

---

<sup>24</sup> Algunos doctrinantes argumentan que el límite a la tasa de interés en Roma se establece en el año 357 A.C. con la “Lex Duilia Menemia de unciario fenore”; véase al respecto Mora (2004: 8).

postulados cristianos, en especial aquellos que se acentuaron en el medioevo con doctrinas, como la de San Basilio, que consideraban el cobro de intereses como una conducta vil y ruin, lo cual en su contexto quizás fuese razonable, alcanzando estas su mayor radicalismo en los concilios de Lyon y Viena (1274 y 1312, respectivamente) (Gelpi, 1999: 29 -79).

No obstante, al igual que ocurrió en el medioevo, el financiamiento es un medio para satisfacer necesidades del ser humano y eso lo hace una realidad. La Iglesia comprendió esta situación, y con gran sentido común creó organizaciones dedicadas a prestar recursos económicos a personas que padecían abusos y se encontraban excluidas del mercado crediticio. A estas organizaciones se les conoce como montes de piedad. El primer monte de piedad surge en la ciudad de Perugia en Italia en el año de 1462; posteriormente se expanden por Europa y el mundo (Mora, 2004). Inicialmente los montes de piedad no cobraban ningún interés por la operación; sin embargo, en el año 1515 el papa León X autorizó a los montes de piedad a cobrar un interés para cubrir el costo de la operación (Helms, 2006: 3).

### **2.3.2. Autonomía de la voluntad de las partes, normas imperativas y supletivas**

Las relaciones de las personas se rigen generalmente bajo dos fueros: el primero es un fuero donde las partes autogobiernan sus relaciones en atención a sus intereses y expectativas y de aquí se desprende el principio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, lo que las partes establezcan en virtud de este fuero adopta carácter legal por disposición del art. 1602 del C.C.<sup>25</sup> El segundo fuero le concierne al interés público y se encuentra regulado y determinado por el Estado a través de normatividad de obligatorio e ineludible cumplimiento, en donde la libertad contractual no tiene cabida, debido a la existencia de un interés público, o porque existe una parte contractual con un poder o posición dominante; la normatividad que regula el fuero circunscrito al interés público se conoce como de carácter imperativo. Aparte de lo anterior, existe normatividad que es llamada a regular determinada circunstancia en ausencia de una voluntad contractual. Dicho con otras palabras, hay preceptos que tienen como propósito remediar la falta de acuerdo entre las partes; estas normas son conocidas como supletivas.

---

<sup>25</sup> El art. 1602 establece: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La legislación comercial en Colombia no presume la existencia de intereses remuneratorios en la totalidad de negocios mercantiles. En efecto, solamente en algunos negocios se ha establecido la existencia de intereses remuneratorios por expresa voluntad del legislador; en los demás negocios mercantiles debe pactarse expresamente por las partes durante el plazo de cualquier obligación dineraria (Martínez, 2003: 370; Suescún, 2003: 501-503). Esto significa que los particulares pueden regular los intereses que se presenten, claro está, sujetándose a los límites legales. En ausencia de un acuerdo de voluntades, y dependiendo de la obligación mercantil, las partes podrán sujetarse a la tasa de interés legal, es decir, aquella establecida como normatividad supletiva (Martínez, 2003: 487). Un ejemplo de esta cuestión se presenta en el mutuo mercantil de dinero con el interés bancario corriente (art. 1163 del Código de Comercio).

Sobre el particular vale anotar que la legislación mercantil determina, en el art. 884, modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999: “cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente [...]”.<sup>26</sup> De conformidad con el análisis económico del derecho, la anterior norma constituye un ejemplo de aplicación del “Teorema Normativo de Coase” o “*Normative Coase Theorem*”. Para esta teoría, el papel de intervención del Estado en la economía busca disminuir los costos de transacción existentes en

---

<sup>26</sup> De acuerdo al art. 326 (numeral 6°, literal, c, modificado por el art. 83 de la Ley 795 de 2003) del Decreto 633 de 1993, la Superintendencia Financiera de Colombia debe “certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general”. En este sentido, hay que tener en cuenta el Decreto 519 de 2007, que modificó las modalidades de crédito existentes en Colombia para el cálculo del interés en dos modalidades: 1. “Microcrédito: es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con microempresas, cuyo monto máximo por operación es de de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que, en ningún tiempo, el saldo del deudor con el mismo acreedor supere dicha cuantía. Por microempresa se entiende toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, cuya planta de personal no supere los diez (10) trabajadores o sus activos totales, excluida la vivienda, sean inferiores a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Y 2. “Crédito de consumo y ordinario: a) el crédito de consumo es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales para financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios para fines no comerciales o empresariales, incluyendo las efectuadas por medio de sistemas de tarjetas de crédito, en ambos casos, independientemente de su monto; b) el crédito ordinario es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales o jurídicas para el desarrollo de cualquier actividad económica y que no esté definido expresamente en ninguna de las modalidades señaladas en este artículo, con excepción del crédito de vivienda a que se refiere la Ley 546 de 1999”.

el mercado, con el fin de que los particulares logren acuerdos privados en donde se efectúe un traspaso de recursos de forma eficiente (Cooter, 2003: 95).

### **2.3.3. Límite a la tasa de interés remuneratoria en la legislación mercantil de Colombia**

En Colombia existen cuatro principales tesis jurídicas que soportan la existencia de límites a la tasa de interés remuneratoria. A continuación se expondrán estas.

La primera tesis es presentada por el profesor Néstor Humberto Martínez Neira, al sostener que la principal institución mercantil nada establece con respecto a la existencia de un límite a la tasa de interés remuneratorio. No obstante esta situación, como lo afirma Martínez Neira, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia concluyó en sentencia del 29 de mayo de 1981 (impresa en la Gaceta Judicial No. 2407 de 1981) que, si existe un límite al interés de mora, bajo esa misma óptica debe existir un límite en el remuneratorio o corriente (Martínez, 2003: 488).

La Corte Suprema de Justicia en su momento se cuestionó: “¿podría sostenerse que no existe un límite legal para pactar intereses remuneratorios?” Su respuesta fue: “No, porque si expresamente la ley ha dicho que los intereses de mora, en ningún caso pueden exceder del doble de los intereses corrientes bancarios, sería absurdo que, por haber guardado la ley silencio sobre el punto, pudiera sostenerse que las partes tienen plena libertad para fijar la tasa de los intereses del plazo, es decir, que no existe un monto máximo legal o que no hay tope”.

La Corte continúa:

Si los intereses moratorios, fuera de la retribución por el uso del dinero prestado y por los riesgos de pérdida, comportan indemnización de perjuicios, entonces los intereses del plazo, que necesariamente se causan antes de que el deudor esté en mora de cumplir su obligación, no pueden fijarse por encima del tope que la propia ley ha señalado a los moratorios. Como las normas legales no pueden interpretarse de tal manera que su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que, en el sistema de derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo, una que exceda del doble del interés corrientes bancario. Pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite deben ser fijados por el juez al doble del interés bancario corriente.

La segunda tesis tiene como fundamento un concepto proferido por la Superintendencia Bancaria en 1972 (Arrubla, 2004: 142-143). Este documento sostiene que el art. 884 del Código de Comercio no establece límite alguno a la tasa de interés remuneratorio, es decir, la legislación mercantil tiene un vacío en cuanto al límite de interés de plazo y, como solución al anterior vacío, recurre la Superintendencia a la interpretación analógica del art. 2231 del régimen civil<sup>27</sup>, fundamentándose en el art. 8° de la Ley 153 de 1887.<sup>28</sup>

Los principales representantes de esta tesis son Fernando Hinestrosa (2003: 182-183) y Jorge Suescún Melo (2003: 525). Al respecto, afirma Suescún:<sup>29</sup>

el vacío del Código de Comercio en este punto simplemente demuestra que dicho código no trata de manera integral el régimen de tasas de interés, que no es autosuficiente en esta materia y, por ende, como en muchos otros aspectos, debe acudir a la legislación supletiva, esto es, al Código Civil, por expreso mandato de los artículos 2° y 822 del Código de Comercio. Estas normas preceptúan que en las cuestiones mercantiles que no pudieren regularse por las disposiciones de la ley comercial se aplicarán las disposiciones de la legislación civil (art. 2°), y esta es precisamente en la hipótesis que nos encontramos, como quedó visto. El artículo 822 también nos remite al Código Civil para la regulación de diversos aspectos relacionados con los contratos y las obligaciones, entre ellos, el de sus efectos jurídicos [...].

Ahora bien, el Código Civil sí contiene un límite expreso para los pactos sobre interés remuneratorio, establecido en el artículo 2231, el cual, si bien se encuentra dentro de las normas de mutuo, debe ser observado en operaciones comerciales [...].

La tercera tesis es la más acogida por la doctrina colombiana, al igual que por la jurisprudencia nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio. Incluso, actualmente es adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia<sup>30</sup>, entre otras agencias gubernamentales.<sup>31</sup> Esta tesis da como un

---

<sup>27</sup> El art. 2231 del C.C. sostiene: “El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor”.

<sup>28</sup> En el mismo sentido debe observarse la Circular No. OJ-078 de octubre 3 de 1984 de la Superintendencia Bancaria (Suescún, 2003: 525).

<sup>29</sup> Existen conceptos de diversas entidades gubernamentales que adoptan esta tesis; téngase en cuenta el Concepto 00037484 del 8 de junio de 2000 de la SIC.

<sup>30</sup> Las Superintendencias Bancaria y de Valores se fusionaron a partir del Decreto 4327 de 2005.

<sup>31</sup> Algunas otras fuentes que acogen esta tesis son: 1. Arrubla (2004: 143); 2. Sergio Rodríguez Azuero (2000: 485), quien afirma al respecto: “La importancia de la limitación legal consiste en

hecho la existencia de un tope a la tasa de interés remuneratoria en la legislación mercantil, al sostener que el mismo se establece en el art. 884 del Código de Comercio, modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999. Esta norma determina: “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en *cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses [...]*” (cursiva fuera de texto).

Con respecto a estas tesis, algunos doctrinantes, como Arrubla (2004: 148), argumentan que la anterior norma es “diáfana y clara” cuando se refiere a “[...] cualquiera de estos montos [...]”, argumentando que la ley está haciendo mención a los dos intereses anteriormente descritos en la norma. Este doctrinante señala que no es procedente mencionar un vacío legislativo en esta disposición, sino simplemente una deficiente redacción normativa.

Existe una cuarta tesis que fue expuesta por José María Esguerra Samper en el salvamento de voto de la Sentencia del 29 de mayo de 1981 (impresa en la Gaceta Judicial No. 2407 de 1981). Esta tesis no ha sido adoptada comúnmente por la doctrina o jurisprudencia en Colombia, con excepciones como una sentencia de la Corte Constitucional y un texto de Guillermo Ospina Fernández (2005: 292-293), en donde se presentan las mismas ideas.<sup>32</sup> Los argumentos expuestos por Esguerra Samper en su salvamento de voto son los siguientes:

---

que no es posible estipular tasas para el plazo o la mora superiores a aquellas establecidas por la ley”, y 3. Narváez (2002: 164). Existen sentencias, resoluciones, al igual que conceptos de diferentes superintendencias que adoptan esta tesis; ténganse en cuenta: 1. La Resolución No. 22905 de 21 de agosto de 2003 de la SIC; esta determina la existencia de un límite legal para el cobro de intereses en asuntos concernientes a la vigilancia y control de dicha entidad. Al respecto sostuvo: “de conformidad con lo establecido por los artículos 884 del código de comercio, 2231 del código civil, y el artículo 305 del código penal, el límite máximo legal para el cobro de intereses tanto remuneratorios como moratorios corresponde a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que en el futuro modifiquen o adicionen las antes mencionadas”. 2. Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia. 3. Sentencia C-991/06 de la Corte Constitucional.

<sup>32</sup> Guillermo Ospina Fernández (2005: 292) sostiene al respecto: “La nueva norma es de una claridad meridiana: en los negocios mercantiles, so pena de incurrir en las drásticas sanciones que la misma norma establece, no es lícito pactar intereses remuneratorios que sobrepasen el interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria [debe entenderse Superintendencia Financiera de Colombia] [...]. Así, en materia comercial, por ejemplo, si el interés corriente es del 19.80% efectivo anual (res. 155 de 2004 de la Superintendencia Bancaria), el convencional remuneratorio no puede ser superior a dicho 19.80% efectivo anual [...]”.

El precepto legal de que se trata sólo menciona expresamente dos tipos de interés: el bancario corriente durante el plazo y el doble del mismo durante la mora. Para que esos montos puedan ser excedidos se requiere obviamente que las partes hayan señalado convencionalmente una tasa diferente. La posibilidad de sobrepasar tales montos a que se refiere el artículo sólo puede comprender los que las partes hayan convenido ora para el plazo ya para la mora. [...]

Estimo, pues, que las partes que celebran un contrato de mutuo mercantil en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, pueden fijar los intereses remuneratorios y moratorios que a bien tengan, sobre la base que no sobrepasen los montos a que se refiere el artículo que se comenta: hasta el bancario corriente, es decir como remuneratorio, y hasta el doble del mismo en calidad de moratorio. Ese tope máximo que fija la ley, so pena de perder todos los intereses, se inspira en un principio jurídico diferente, cual es, el de que el legislador en ciertos casos, con el propósito de impedir que se rompa el razonable equilibrio que en justicia debe mediar entre las prestaciones económicas que como consecuencia de determinado acto jurídico pueden surgir para las partes que lo celebran, pone un límite a la autonomía de la voluntad.

La anterior tesis fue replicada por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-364 de 2000, sin hacer referencia al salvamento de voto anteriormente expuesto, al efectuar un paralelo entre el régimen de interés civil y comercial.<sup>33</sup>

Pues bien, sin entrar a cuestionar cuál de las cuatro tesis es correcta o incorrecta, lo cierto es que en Colombia existe un límite a la tasa de interés

---

<sup>33</sup> Sostiene la sentencia en cuestión: “desde el punto de vista específico del régimen de intereses que fija uno y otro estatuto, es claro que en lo concerniente a los *intereses convencionales*, la expresión de voluntad debe respetar los toques máximos que el legislador señala como protección de los abusos, en ambas legislaciones. Así, en relación con i) los *intereses remuneratorios convencionales*, el código civil permite acordar libremente entre las partes la cuantía del interés, circunscribiéndose a señalar como límite de tal autodeterminación, que no se pueda superar en una mitad el interés corriente (el que se cobra en una plaza determinada), vigente al momento del convenio, so pena de perder el exceso, mediante solicitud al juez de reducirlo (art. 2230). En el Código de Comercio se permite a las partes establecer intereses remuneratorios convencionales a su arbitrio, siempre y cuando no excedan del interés bancario corriente certificado por la Superbancaria, so pena de perder la totalidad de los intereses cuando se presente el exceso (art. 884). ii) Respecto de los *intereses moratorios convencionales*, el Código Civil fija el mismo criterio que se señaló en el caso de los intereses remuneratorios y su regulación, por cuanto el Código Civil hace alusión a los intereses convencionales, sin discriminar si son remuneratorios o compensatorios. Por su parte, el tope máximo al cual circunscribe la legislación comercial la voluntad de las partes para fijarlos, es de una y media veces el interés bancario corriente, con idéntica sanción de pérdida de la totalidad de los intereses en caso de exceso”.

remuneratoria. Antes de la expedición de la Ley 510 de 1999, sí eran relevantes las discusiones en torno a las tres primeras tesis descritas anteriormente. Sin embargo, a partir de la vigencia de la citada norma el efecto de las tres tesis iniciales es exactamente el mismo, es decir, todas conciben que los intereses remuneratorios tienen un límite que consiste en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente. La cuarta tesis sostiene como límite a la tasa de interés remuneratoria el solo interés bancario corriente, de acuerdo a la interpretación dada al art. 884 del Código de Comercio. Vale recordar que la misma ha sido poco adoptada doctrinaria y jurisprudencialmente, incluso algunos autores como Fernando Silva García la han criticado (2005: 479)<sup>34</sup>. Por ende, el análisis en el presente documento se limitará a la tercera tesis expuesta, no obstante que en algunos puntos se hará referencia a la cuarta tesis presentada.

Es conveniente anotar que en situaciones excepcionales existe una potestad legal de intervención por parte de la Junta Directiva del Banco Central de Colombia en las tasas de captación o colocación de recursos de entidades crediticias<sup>35</sup>, de acuerdo a lo establecido en el art. 16 de la Ley 31 de 1992, en concordancia con el art. 372 de la Constitución Nacional.<sup>36</sup>

#### **2.3.4. Límite a la tasa de interés remuneratoria en las obligaciones hipotecarias de Colombia**

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-955 de 2000, determinó que la Junta Directiva del Banco Central de Colombia, siendo la

---

<sup>34</sup> Fernando Silva García (2005: 480) sostiene que la tasa de interés bancario es una tasa de mercado y por lo mismo no puede considerarse un límite a la tasa de interés remuneratoria, puesto que una interpretación del art. 884 del Código de Comercio en este sentido implicaría que los “bancos” no pudiesen “volver a colocar por encima del nivel inicial, ya que ello supondría que los bancos prestaran a una tasa superior, lo cual no sería factible sin infringir el límite, con lo cual la tasa de interés bancario tendería a desaparecer [...]”.

<sup>35</sup> El Estado es el llamado a preservar el sistema financiero ante situaciones excepcionales, como es el caso de crisis sistémicas que pueden destruir el sistema de pagos del mercado. Con el propósito de evitar esta situación, se debe garantizar la confianza del público en el sistema y el ahorro de los depositantes. Una de las maneras de intervención del Estado es a través de política monetaria. El poder congelar o establecer tasas determinadas constituye un tipo de política monetaria de choque en una situación excepcional.

<sup>36</sup> El art. 16 de la Ley 31 de 1992 determina como facultad de la Junta Directiva del banco central “el señalar [...] *las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas*, sin inducir tasas reales negativas. Las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera continuarán sujetas a las determinaciones de la Junta Directiva. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como la clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación” (cursiva fuera del texto).

autoridad monetaria y crediticia, fijase la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por parte de las entidades crediticias a los consumidores del mercado de vivienda en Colombia, como en el caso de un crédito hipotecario, o de un leasing habitacional<sup>37</sup>, determinando que la tasa por este concepto debe ser siempre la más baja de todas las tasas reales que cobre el sistema financiero, descontando en todo caso la inflación de la misma.<sup>38</sup>

### **3. Límite a la tasa de interés, costo de transacción, barrera legal**

Una vez explicados los anteriores conceptos se desarrollará la problemática inicialmente planteada, es decir, si el límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia constituye un costo de transacción y una barrera legal.

En Colombia los intereses remuneratorios tienen un límite que consiste en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente. Este último se obtiene a partir de la información financiera y contable de las operaciones de colocación de recursos que efectúan las entidades crediticias, tomando como referencia para determinar el mismo dos modalidades de crédito, que son: 1. Microcrédito y 2. Consumo y Ordinario (Decreto 519 de 2007).<sup>39</sup> El límite a la tasa de interés remuneratoria se fundamenta en una tasa de interés de referencia (interés bancario corriente), cuyo cálculo parte de varios supuestos de mercado, que a continuación se analizarán.

---

<sup>37</sup> Sentencia C-936 de la Corte Constitucional de Colombia.

<sup>38</sup> Los límites determinados en la anterior sentencia, si bien se encuentran dentro del tema estudiado, escapan al análisis propuesto en el presente trabajo, debido a la manera en que se presenta este tipo de intervención del Estado en la economía, particularmente de la Corte Constitucional. No obstante, con respecto a la sentencia debe destacarse el salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, al sostener: “La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al Legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias a la Junta Directiva del Banco de la República, solo la puede hacer el Legislador, no la Corte Constitucional, mediante sentencia. En el mismo sentido, las funciones de la Superintendencia Bancaria, escapan a la potestad ordenadora de la Corte Constitucional [...]”.

<sup>39</sup> El art. 326, numeral 6º, literal c, del Decreto 633 de 1993, modificado por el art. 83 de la Ley 795 de 2003, sostiene: “Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general. Esta función se cumplirá con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos de crédito, analizando la tasa de las operaciones activas mediante técnicas adecuadas de ponderación, y se cumplirá con la periodicidad que recomiende la Junta Directiva del Banco de la República”.

### **3.1. Existencia de información completa**

El legislador, en el art. 884 (modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999) y en el art. 83 de la Ley 795 de 2003, parte de un supuesto de mercado de información completa entre la organización gubernamental (Superintendencia Financiera de Colombia) encargada de certificar la tasa de interés que utilizan las entidades crediticias existentes en el mercado colombiano en sus operaciones con los consumidores.<sup>40</sup>

No obstante lo anterior, las tesis jurídicas que determinan la existencia de un límite a la tasa de interés, consistente en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente —o la cuarta tesis que considera que el límite a la tasa de interés remuneratoria es el interés bancario corriente—, no tienen en cuenta que existe una asimetría de información en el cálculo del interés bancario corriente, ya que en la ponderación de este no se incluye la información de tasas de colocación de agentes que otorgan créditos diferentes a las entidades crediticias. Sobre el particular, hay que tener en cuenta que en Colombia es permitido que cualquier agente económico coloque recursos crediticios en el mercado, es decir, que preste dinero siempre y cuando sean recursos propios.<sup>41</sup> Este es el caso de las organizaciones dedicadas a labores de microfinanzas no reguladas<sup>42</sup> —particularmente las entidades de Microcrédito—, o el caso de las operaciones de financiamiento, como el de las ventas a plazo.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> En el presente documento se entiende por entidades crediticias a los establecimientos de crédito. De acuerdo al Decreto 663 de 1993, estos son: bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras, y tienen como función principal ser intermediarios de recursos captados a través de operaciones pasivas, a la vista o a término, para posteriormente efectuar operaciones activas de crédito, sea a través de préstamos, anticipos, o cualquier otra operación de colocación.

<sup>41</sup> El fundamento de esta cuestión es el art. 335 de la Constitución Nacional. Sin embargo, puede consultarse en este sentido el Concepto 2007001005-001 del 5 de febrero de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>42</sup> De acuerdo a Sergio Navajas y Luis Tejerina, en Colombia existen 26 organizaciones dedicadas a labores de microfinanzas (esta cifra incluye las Uniones de Crédito), con un portafolio total de US\$330.188.840, y un total de 625,056 personas como deudores. De las anteriores organizaciones 17 no son reguladas, como ya fue mencionado antes (Navajas, 2006: Anexo A).

<sup>43</sup> De acuerdo a la Circular Única, Título dos, Capítulo tercero, de la SIC, se presenta un límite para el cobro de intereses remuneratorios en la adquisición de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación: de “conformidad con lo establecido por los artículos 884 del Código de Comercio, 2231 del Código Civil, y el artículo 305 del Código Penal, el límite máximo legal para el cobro de intereses tanto remuneratorios como moratorios corresponde a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que en el futuro modifiquen o adicione las antes

En conclusión, existe información que no se tiene en cuenta al calcular la tasa de interés bancaria corriente, punto de referencia para determinar el límite a la tasa de interés remuneratoria. A pesar de esta circunstancia, todas las operaciones crediticias en el mercado de Colombia tienen un techo que se fundamenta en información tomada solo en las entidades crediticias.

### **3.2. Abuso de posición dominante o de poder de mercado**

La tercera tesis jurídica expuesta en el presente documento, según la cual el art. 884 del Código de Comercio establece un límite a la tasa de interés en Colombia, parte de la base de que se presenta un abuso de posición dominante del mutuante o prestamista con respecto al mutuario o prestatario<sup>44</sup>, en el evento en que el primero establezca un interés remuneratorio superior a una y media veces (1.5) el interés bancario corriente. La cuarta tesis supone que el abuso en cuestión se presentará en caso de sobrepasarse el interés bancario corriente. La consecuencia jurídica, una vez presentada la anterior situación, será la aplicación de una sanción per se, consistente en la pérdida de todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, además de la sanción penal pertinente. Esto ocurre sin perjuicio de lo establecido en el art. 72 de la Ley 45 de 1990, como sostiene el art. 884 del Código de Comercio.

Hecha la precisión anterior, surgen los siguientes cuestionamientos: ¿existe posición dominante del mutuante o prestamista? Y también, ¿por qué la normatividad establece la presunción de posición dominante?

Ahora bien, en Colombia la posición dominante de un agente económico se presenta cuando este tiene “la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”<sup>45</sup>. De acuerdo a Jairo Rubio Escobar (2007: 41), un agente económico tiene posición dominante cuando tiene “la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado y de actuar en él con independencia de los demás competidores y de los consumidores”. Estas definiciones toleran la posibilidad de que la posición dominante se presente tanto en vendedores como en consumidores. Sin embargo, en el caso del art. 884 del Código de Comercio, la norma concibe la existencia de

---

mencionadas” (Resolución N° 22905 del 21 de agosto de 2003, publicada en el Diario Oficial 45.292 de 27 de agosto de 2003).

<sup>44</sup> Debe tenerse en cuenta que la posición dominante en Colombia no es considerada ilegal; en cambio, lo que sí se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico colombiano es el abuso de la posición dominante (art. 333 de la Constitución Nacional).

<sup>45</sup> Art. 45 del Decreto 2153 de 1992.

posición dominante solo en el caso en que se determine una tasa de interés remuneratoria superior a una y media veces el interés bancario corriente, por parte del prestamista o mutuante, tratándose de las tres primeras tesis jurídicas expuestas. En el caso de la cuarta tesis la existencia de posición dominante se presentará al pactar un interés remuneratorio superior al interés bancario corriente.

Existen diversas maneras de determinar si un agente económico tiene o no posición dominante (Posner, 2000: 260-261). Un productor se encontrará en una situación competitiva si su producción se ubica hasta obtener un equilibrio en donde el ingreso marginal se iguale al costo marginal (Sullivan, 2000: 59). Existe un método conocido como el “Índice de Lerner” que determina si un agente tiene posición dominante a través de un estudio que mide la diferencia entre el precio de venta y el costo marginal del productor ( $L=P/CM$ ). Los resultados, entre más altos sean, denotarán la existencia de un poder de mercado; en cambio, si estos tienden a cero, entonces no existirá poder de mercado. Lo dificultoso de utilizar este método es la obtención o cálculo del costo marginal, al punto de que se usan métodos alternativos para el cálculo del poder de mercado (Sullivan, 2000: 60).

Un método alternativo, de hecho utilizado por la SIC al efectuar estudios de abuso de posición dominante en Colombia<sup>46</sup>, es el de determinar si existe posición dominante con respecto a un espacio definido de mercado. Este método se fundamenta en el hecho de establecer la participación del agente económico en el mercado y, con el propósito de establecer esta cuestión, se debe definir el mercado relevante. Este se compone del mercado por tipo o producto y el geográfico.<sup>47</sup> El mercado por tipo o producto se determina de acuerdo a la posibilidad de sustitución de una fuente de financiamiento por otra.<sup>48</sup> La Superintendencia Financiera de Colombia actualmente ha identificado en el mercado crediticio de Colombia los siguientes mercados producto: 1. “créditos comerciales”, 2. “créditos de vivienda”, 3. “microcréditos”, 4. “inversiones en títulos de deuda pública”, 5. “depósitos en cuentas de ahorros”, 6. “depósitos en cuentas corrientes”, 7. “certificados de depósito a término”, 8. “créditos de otras instituciones de crédito” y “títulos

---

<sup>46</sup> Oficio 94039809 de 6 de septiembre de 1994 de la SIC.

<sup>47</sup> Resolución No. 04285 del 11 de febrero de 2002; 588 de 16 de enero de 2003 de la SIC.

<sup>48</sup> De acuerdo a la Resolución 785 de 2007 de la SIC, el mercado producto “comprende todos aquellos bienes y/o servicios en los cuales las intervinientes en la operación compiten, e incluye aquellos productos considerados como sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor en caso de presentarse un aumento pequeño pero significativo en el precio, una disminución en la calidad del producto o cualquier otra alteración de las condiciones del mercado”.

de deuda”.<sup>49</sup> El mercado geográfico es el espacio donde participan en competencia homogénea diferentes agentes económicos, diferenciándose así de otros mercados.<sup>50</sup> De acuerdo a la Superintendencia Financiera de Colombia, el mercado geográfico en Colombia es de dimensión nacional, argumentando que existen condiciones homogéneas en todo el territorio.<sup>51</sup>

Una vez definidos los dos anteriores, es posible determinar si existe una posición dominante en el mercado relevante a través de un estudio económico de mercado (Sullivan, 2000: 60). Así, pues, cada caso particular debe ser estudiado y analizado para cerciorarse de si existe posición dominante y si realmente se presenta un abuso de la misma por parte del agente económico (mutuante o prestamista). Acometer esta cuestión es una tarea sumamente compleja y costosa; en efecto, analizar cada caso particular elevaría los costos de la ejecución de la norma, al punto de que no sería viable en sentido económico para la organización encargada de administrar justicia, debido, en parte, al volumen de operaciones crediticias que se presentan en el mercado. Dicho con otras palabras, efectuar un estudio económico de mercado en cada caso particular, teniendo como propósito determinar si en una operación crediticia existe posición dominante y si se abusó de la misma, implica un costo tan alto para el Estado que no es eficiente que se presente una intervención económica en sentido ex post.

De otra parte, la normatividad, al considerar que existe posición dominante y al sancionar el abuso de esta al prestamista o mutuante —en el caso de pactar intereses por encima del límite a la tasa de interés remuneratoria—, concibe la existencia de un mercado no competitivo. Esto sucede sin tener en cuenta el contexto en que se encuentre el mercado, es decir, si existe competencia o no. Si existe libre competencia en el mercado crediticio, no tendrá sentido alguno que exista un límite a la tasa de interés. No obstante, si el anterior análisis lo efectuamos bajo una óptica de inexistencia de un mercado competitivo, o solo competitivo en ciertos segmentos de mercado, sumado a que no exista efectivamente un guardián del mercado crediticio, es decir que no exista una agencia gubernamental que efectivamente sea la encargada de

---

<sup>49</sup> Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>50</sup> De acuerdo a la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 de la SIC, el mercado geográfico “corresponde al área en la cual concurren de manera simultánea las empresas intervinientes, en la cual existen condiciones de competencia homogéneas que la diferencian de otras áreas”.

<sup>51</sup> Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

velar por la libre competencia<sup>52</sup>, se tendrá una excelente razón para concebir la existencia de una posición dominante. Se abusaría de aquella posición al cobrar una y media (1.5) veces el interés bancario corriente por parte de un agente crediticio, claro está, siempre y cuando el cálculo de la tasa de interés de referencia o bancaria corriente se elabore con fundamento en toda la información de las operaciones efectuadas por todos los agentes colocadores de recursos en el mercado, incluyendo los no regulados.

La anterior medida de intervención del Estado es loable dado el supuesto anterior. Pero qué ocurre si el supuesto anterior es falso. Es decir, qué sucede si de hecho nos encontramos ante el primer supuesto descrito y existe competencia real o potencial. A esta circunstancia debemos agregarle la manera en que se calcula la tasa de interés bancaria corriente, puesto que no se están tomando todas las operaciones de mercado, solo las de establecimientos de crédito, dejando a un lado otros agentes que otorgan crédito no regulados, generalmente caracterizados por incurrir en mayores costos de transacción en sus operaciones, particularmente en sus operaciones activas, sean costos ex ante o ex post.

Tratándose de operaciones de microcrédito, el art. 32 de la Ley 590 de 2000, con la intención de incentivar las operaciones de microcrédito, permite a las organizaciones crediticias y a las organizaciones especializadas en crédito microempresarial (no reguladas), cargar un costo extra por el microcrédito otorgado, para así cubrir los honorarios y comisiones que surjan debido a los mayores costos de transacción descritos anteriormente.<sup>53</sup> Esta medida es positiva, pues brinda la posibilidad de cobrar por el costo extra en las operaciones de colocación en que incurran estos agentes, el cual solo se puede cargar como un costo producto de honorarios y comisiones.<sup>54</sup> En caso

---

<sup>52</sup> En Colombia la competencia sobre el derecho a la competencia en el sector financiero le corresponde a la Superintendencia Financiera, de acuerdo al art. 98 del Decreto 663 de 1993. Sin embargo, este mandato legal no es efectivo, pues hasta el momento la Superintendencia Financiera ha ejercido su papel de una manera tímida. Si se analiza su estructura orgánica, se puede apreciar que no hay un órgano o despacho que se encargue de velar por la guarda de la libre competencia en el sector financiero (art. 10 Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005).

<sup>53</sup> Este costo extra será autorizado por el Consejo Superior de la Microempresa; de acuerdo a la Resolución No. 01 de 2007, para créditos inferiores a (4) cuatro salarios mínimos se podrá cobrar una comisión u honorarios hasta un 7.5% anual con respecto al saldo del crédito. Tratándose de créditos iguales o superiores a (4) cuatro salarios mínimos, estos cobros no podrán ser superiores a un 4.5% anual con respecto al saldo del crédito.

<sup>54</sup> De acuerdo al art. 32 de la Ley 590 de 2000, los honorarios remuneraran las actividades de 1. asesoramiento técnico especializado en relación con la actividad económica y 2. las visitas que deben realizarse en torno a la actividad empresarial. A su vez, las comisiones remunerarán 1. el

contrario el costo cobrado se reputará como un interés y claramente se habrá cometido una violación de los límites a la tasa de interés remuneratoria, con todas las consecuencias jurídicas que esta cuestión acarrearía.<sup>55</sup>

En conclusión, la asunción de posición dominante se basa en un supuesto no comprobado. En el evento de tener certeza sobre la misma, la información que se tiene en cuenta para determinar el porcentaje (una y media veces) de la tasa de referencia del mercado sólo toma en cuenta la información de operaciones crediticias de las entidades crediticias, y no de los demás agentes que efectúan operaciones de colocación en el mercado, lo que se traduce en un arbitraje regulatorio en detrimento de los agentes crediticios no regulados.

### **3.3. Mercado de crédito homogéneo**

La norma en cuestión concibe el mercado crediticio de manera homogénea, sin considerar que los mercados en general, incluyendo el mercado crediticio, y en especial el de países en vía de desarrollo —como el de Colombia—, se caracterizan por ser segmentados. Las condiciones de los mercados crediticios se diferencian en agentes, sectores, productos, y en general con respecto a condiciones de mercado.

La segmentación del mercado crediticio se debe a innumerables circunstancias, como por ejemplo la existencia de asimetrías de información, sumado a la insuficiencia de información positiva, condiciones geográficas disímiles, inseguridad jurídica, riesgos de orden público, necesidades de

---

estudio de la operación crediticia, 2. la verificación de referencias de codeudores y 3. la cobranza especializada de la obligación.

<sup>55</sup> Con respecto a la norma en cuestión se debe observar lo siguiente: a) la regulación establecida en el art. 32 de la Ley 590 de 2000 no hace mención a otras operaciones de microfinanzas o crediticias, lo cual significa que excluye a otros agentes, que en todo caso deben acatar los límites existentes a la tasa de interés. b) El porcentaje autorizado por el Consejo Superior de la Microempresa de igual manera establece un límite extra que equivale a un estimado de los costos operativos en que incurrir las organizaciones de Microcrédito no reguladas. Esto significa que los costos operativos y de gestión de estas deben tener puntas, y un ponderado excluye al sector o a los agentes que se encuentren más alejados de las mismas. Esto se traduce en una distorsión para el mercado y en un desincentivo para los agentes colocadores de recursos diferentes a entidades crediticias, en especial para aquellos que se especializan en ciertos sectores con mayores costos operativos por monto de operación y gestión, como es el caso que se presenta en instituciones dedicadas a labores de microfinanzas, particularmente aquellas dedicadas a Microcrédito, que sus operaciones se encuentran en la franja de exclusión del ponderado de los puntos extra. c) Por último esta norma solo agrega costos extras derivados de una labor de gestión y de un costo operativo particular, sin tener en cuenta que en algunos casos la operación en sí implica un mayor riesgo que debe ponderarse en el precio del producto, es decir, del interés a cobrar.

productos, informalidad, inexistencia de garantías, entre muchas otras causas (CONPES, 2006: 6).

Una de las consecuencias de la existencia de mercados crediticios segmentados o incompletos es la poca canalización de ahorro a inversión a sectores marginados o excluidos del crédito tradicional. En este sentido, Joseph E. Stiglitz, refiriéndose en una entrevista a la necesidad de intervenir los mercados crediticios por parte del gobierno, sostuvo:

en mercados financieros en desarrollo, generalmente hay muchos sectores en donde el crédito es importante, pero las personas no tienen acceso al mismo. Los mercados no conceden créditos a largo plazo. Ellos se especializan, particularmente, en créditos comerciales y no se puede construir una fábrica con crédito comercial. Existen fallas típicas de mercado, aún en países desarrollados. El mercado tiende a no dar préstamos adecuados a los pequeños negocios. En general, los mercados tienen dificultad para conceder créditos en áreas en las que el proceso de garantías es difícil. La verdad es que en momentos críticos, el gobierno tiene siempre un papel importante.<sup>56</sup>

La segmentación de un mercado de crédito significa que el cálculo efectuado de la tasa de interés bancaria corriente debe ser diferenciado. En este sentido, debe observarse con beneplácito la modificación introducida por el art. 83 de la Ley 795 de 2003 (que modificó el art. 326 numeral 6°, literal, c, del EOSF), y el art. 2 del decreto 519 de 2007, que determinan las modalidades de crédito en que se debe establecer el interés bancario corriente. Estas son: 1. Microcrédito y 2. Consumo y Ordinario.

La anterior cuestión es positiva: en teoría, elimina asimetrías de información en el ponderado de tasa de interés bancaria, lo cual debe conllevar una mejor asignación de recursos en el mercado. Además, constituye una prueba fehaciente de que, al implementar políticas públicas en este sector, se parte del entendido de que el mercado se encuentra segmentado. En teoría, lo que el sentido común determina es que el cálculo de la tasa de interés no se base solo en las operaciones de entidades crediticias, sino que también se incluya en la misma el crédito otorgado por agentes no regulados. De esta manera se evitará el arbitraje regulatorio presente en este sector, pues la tasa se calcula con base en unos agentes específicos y se aplica a todos los agentes colocadores de recursos por igual.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Entrevista en la Revista *Rumos* (mayo 2001), Revista de la Asociación Brasileña de Instituciones Financieras de Desarrollo (ABDE) (citada en: Calderón, 2006: 12).

<sup>57</sup> Liliana Rojas-Suárez sostiene que la implementación de estas propuestas, como la efectuada en Colombia a través del Decreto 519 de 2007, “requiere de un diseño muy cuidadoso y de altos

## 4. Consecuencias económicas

### 4.1. Barrera de entrada

En el caso de que algún agente crediticio no regulado tenga costos operativos más altos que una y media (1.5) veces el interés bancario corriente, o dado el caso de que la operación implique un mayor riesgo, sumado a los costos operativos, y se supere dicho límite, se presentará una barrera de entrada al mercado, sea para competir efectivamente o potencialmente.

Si un agente crediticio decide efectuar una operación crediticia violando el límite anteriormente expuesto, no solo se expondrá a una sanción comercial o civil, según sea el caso, sino que además incurrirá en el delito de usura establecido en el Código Penal, en su artículo 305, el cual puede ser investigado de oficio a partir de la Ley 1142 de 2007.<sup>58</sup> La consecuencia económica ante esta situación será la existencia de una barrera de entrada en el mercado crediticio una vez se supere el margen establecido en la norma. Como ocurre ante la existencia de cualquier prohibición legal, se originará un mercado ilegal o negro, aun bajo el apremio de someter su libertad a un constreñimiento estatal y ser sancionado penalmente. De hecho la sanción penal ocasionará un costo extra al interés en este mercado ilegal, pues aumentará los costos de transacción entre acreedor y deudor.

El mercado ilegal suplirá la necesidad de recursos de los sectores excluidos de acceso formal, con tasas muy superiores a las que se presentarían en un mercado competitivo sin límite en la tasa de interés remuneratoria, y conllevando efectos negativos inimaginables e indescriptibles en toda la sociedad.

---

requerimientos de transparencia, pues de lo contrario se podría generar un arbitraje regulatorio mediante el cual una categoría de crédito se podría clasificar como que perteneciera a otra categoría para poder cobrar tasas más altas” (Rojas, 2006: 36).

<sup>58</sup> El artículo 305 del Código Penal determina que la usura es un delito que se presenta cuando se recibe o cobra, sea de manera directa o indirecta, “a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria [debe entenderse Superintendencia Financiera de Colombia], cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

## **4.2. Costos de transacción**

Las consecuencias económicas de la anterior situación provocarán exclusión en el acceso financiero a ciertos sectores de la economía, o a aquellos agentes económicos que incurran en mayores costos de transacción e impliquen mayor riesgo en comparación con otros sectores. Esto sucedería, por ejemplo, en zonas rurales y sectores informales que requieran labores de acompañamiento y en general que incurran en mayores costos de transacción ex post, metodologías diferentes de estudios crediticios o mayores costos operativos al efectuar mayores operaciones de bajos montos, entre otras.<sup>59</sup>

En igual sentido, debe observarse el análisis efectuado en el documento CONPES 3424 de 2006, al sostener:

El racionamiento del crédito formal que provoca el control a las tasas de interés evita que muchas de las actividades que necesitan crédito lo reciban a costos razonables. En este sentido, el control de tasas de interés, que pretende proteger a la población de cobros excesivos por el uso del dinero, paradójicamente termina excluyendo del crédito formal justamente a la población de bajos ingresos y sectores económicos informales, obligándolos a buscar otras fuentes de financiación.

Desde esta perspectiva, la existencia de un tope máximo a la tasa de interés remuneratorio, y la manera en que se calcula el interés bancario corriente, ocasionan efectos perversos al distorsionar el mercado. Las entidades crediticias, buscando maximizar sus ganancias, canalizan mayor cantidad de recursos a sectores donde los costos operativos y el riesgo del sector o agentes son menores, restringiendo así el crédito a ciertos sectores, lo que a su vez influye en los costos de transacción y en los costos de oportunidad de las personas excluidas. En lo que respecta a las entidades microfinancieras no reguladas, verán afectada su capacidad de desarrollo, en el mercado real o potencial, al no poder ser autosostenibles sus operaciones, limitando de esta manera su competencia en el mercado. En este sentido debe observarse el séptimo de los principios básicos para la existencia de microfinanzas, que

---

<sup>59</sup> En este sentido deben tenerse en cuenta las palabras de Beatriz Marulanda y Mariana Paredes, en un estudio elaborado para la CEPAL, titulado “La evolución y perspectivas de la banca de desarrollo en Latinoamérica frente al caso colombiano”, en donde sostienen: “En Colombia, la utilización del tope a la tasa de interés de usura para controlar el aumento de las tasas de interés al final de la década de los noventa, convirtió este límite en una restricción efectiva a las tasas de interés de colocación. Esta situación afectó (y afecta) el suministro de recursos de crédito a las poblaciones de bajos ingresos pues impide que el costo de los recursos refleje tanto el alto costo operativo como el riesgo de la operación” (Marulanda y Paredes, 2006: 14).

señala la inconveniencia de un límite a la tasa de interés remuneratoria, al no permitir el cubrimiento de costos operativos de las entidades dedicadas a labores de microfinanzas.<sup>60</sup>

## 5. Conclusión

1. La tasa de interés bancaria corriente es la base o punto de referencia en orden a determinar el límite a la tasa de interés que rige todo el mercado crediticio en Colombia.
2. Existen cuatro tesis jurídicas que en Colombia sostienen que existe un límite a la tasa de interés remuneratoria: tres sostienen que el límite a la tasa de interés remuneratoria es una y media veces el interés bancario corriente, y una cuarta tesis afirma que el límite a la tasa de interés remuneratoria es el mismo interés bancario corriente.
3. Existen diversas operaciones de financiamiento que se presentan en el mercado y que no son ponderadas para el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente; esto conlleva la existencia de una asimetría de información en el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente.
4. El límite a la tasa de interés remuneratoria se fundamenta en la tasa de interés bancaria corriente.
5. Al existir una asimetría de información en el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente, y al ser esta el fundamento del límite a la tasa de interés remuneratoria, se ocasiona una barrera de entrada a los agentes que no captan recursos del público (organizaciones o agentes no regulados) y desean colocar recursos en el mercado, y se generan costos de transacción para el mercado.
6. Establecer un límite a la tasa de interés remuneratoria tiene gran fundamento en valores y moral. Sin embargo, deja a un lado el mercado, no

---

<sup>60</sup> El principio séptimo de los principios básicos de microfinanzas sostiene: “Los límites a la tasa de interés perjudican a las personas pobres al hacerles más difícil obtener crédito. Efectuar muchos más préstamos pequeños cuesta más que efectuar unos cuantos grandes. Los límites a la tasa de interés impiden a las instituciones de microfinanzas cubrir sus costos, y por eso limitan la oferta de crédito a las personas pobres” (traducción propia del inglés: “Interest rate ceilings hurt poor people by making it harder for them to get credit. Making many small loans costs more than making a few large ones. Interest rate ceilings prevent microfinance institutions from covering their costs, and thereby choke off the supply of credit for poor people”).

lo analiza en beneficio de la democratización del crédito, segmenta el acceso al crédito al ocasionar una barrera de entrada al mercado —tanto para oferentes de recursos como para consumidores—, y genera costos de transacción al tener las personas que ingeniarse la manera de obtener financiamiento o acudir a mercados ilegales, con todas las consecuencias nefastas e inimaginables que la ilegalidad pueda generar.

7. La tasa de interés remuneratoria no debe tener límite alguno en el mercado. Es decir, el libre juego de la oferta y demanda de crédito deben determinar el valor de la misma. De esta manera existirá mayor competencia en el mercado. Sin embargo, eliminar este tope implica que los reguladores diseñen políticas públicas para proteger la libre competencia y a los consumidores en situación de abuso de posición dominante y de prácticas colusorias de mercado, por parte de las entidades crediticias u otros agentes económicos que participen del mismo, se encuentren regulados o no.

8. Los agentes encargados de elaborar políticas públicas tienen un reto, que exigirá mayor ingenio al tener que desarrollar nuevas técnicas de protección al consumidor crediticio, para así no sacrificar la evolución, desarrollo y competencia del mercado crediticio.

En este orden de ideas, eliminar el límite a la tasa de interés remuneratoria es el primer óptimo. No obstante, el mercado debe ser competitivo; de lo contrario no sería conveniente eliminar el tope existente en la tasa de interés remuneratoria. La precisión anterior se hace partiendo de la base de un escenario de mercado crediticio no competitivo, o que no lo es en todos los sectores y no existe una autoridad que vele realmente por la libre competencia del mercado crediticio. El segundo óptimo sería: la existencia de un límite a la tasa de interés en Colombia es positiva, puesto que garantiza una sanción al abuso de posición dominante del mutuante o prestamista, siempre y cuando la base para calcular el interés promedio incluya todas las tasas de colocación de los agentes crediticios del mercado.

### **Bibliografía**

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. (11 Ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. (2004).
- ASOBANCARIA, “Balance y Nuevos Desarrollo de Créditos para las PYMES”. Bogotá: Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.asobancaria.com/upload/docs/docPub3049\\_2.ppt](http://www.asobancaria.com/upload/docs/docPub3049_2.ppt)>

- Banco de la Reserva Federal de Chicago. "Controlling Interest: Are Ceilings On Interest Rates a Good Idea?" Chicago: Banco de la Reserva Federal de Chicago (2008). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.chicagofed.org/consumer\\_information/controlling\\_interest.cfm](http://www.chicagofed.org/consumer_information/controlling_interest.cfm)>
- Banco Interamericano de Desarrollo, "Desencadenar el Crédito: Cómo Ampliar y Estabilizar la Banca." Informe de Progreso Económico y Social. Washington: Departamento de Investigaciones del Banco Interamericano de Desarrollo (2005). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.iadb.org/res/pub\\_desc.cfm?pub\\_id=ito-2005&language=spanish](http://www.iadb.org/res/pub_desc.cfm?pub_id=ito-2005&language=spanish)>
- Calderón Alcas, Romy. "La Banca de Desarrollo en América Latina y el Caribe". En: *Serie Financiamiento del Desarrollo* 1-44 (No. 157), CEPAL (2006). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/23464/lcl2330e.pdf>>
- Coase, Ronald H. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics* 3 (Oct. 1960), pp. 1 - 44.
- CONPES. Documento CONPES Número 3424 de 2006.
- CONPES. Documento CONPES Número 3483 de 2007.
- Consejo Superior de la Microempresa. Resolución No. 01 de 2007.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law & Economics* (4 Ed.). Estados Unidos: Pearson Addison Wesley (2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-208 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-955 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-955 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-991 de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 29 de Mayo de 1981. Magistrado Ponente Germán Giraldo Zuluaga.
- Cubides, Jorge Camacho. *Obligaciones*. (4 Ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (1999).
- Delvasto, Carlos Andrés P. "Asimetrías de Información, Fallas del Mercado Crediticio y Correctivos Institucionales. El Papel del Estado en la Cobertura del Mercado Crediticio." En: *Criterio Jurídico* 6 (2006), pp. 215 - 242. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08\\_215\\_cadelvasto\\_asimetrías\\_de\\_informacion.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_215_cadelvasto_asimetrías_de_informacion.pdf)>
- Demirgüç, Asli Kunt y Ross Levine. "Finance and Economic Opportunity." World Bank Policy Research Working Paper No. 4468 (2008). Consultada 19 Marzo 2008. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1081782](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081782)>
- Domingo, Rafael et al (Eds.). *Textos de Derecho Romano*. Navarra: Aranzadi (2002).
- Duval, Ann. "El Impacto de los Techos Para las Tasas de Interés en las Microfinanzas". Reseña Para Agencias de Cooperación CGAP (2005). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://collab2.cgap.org/gm/document-1.9.2370/DonorBrief\\_18\\_spa.pdf](http://collab2.cgap.org/gm/document-1.9.2370/DonorBrief_18_spa.pdf)>
- FUNDES. "La Realidad de la Pyme Colombiana Desafío Para el Desarrollo." Bogotá: FUNDES 1-47 (2004). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <<http://cec.uniandes.edu.co/docs/pyme.pdf>>

- Galindo Arturo y Giovanni Majnoni. "Represión Financiera y el Costo del Financiamiento en Colombia", Banco Mundial Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura Región de América Latina y el Caribe. (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/5\\_REPRESION%2BFINANCIERA%2B\(%2BAG%2B-%2BGM\).PDF](http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/5_REPRESION%2BFINANCIERA%2B(%2BAG%2B-%2BGM).PDF)>
- Gelpi, Rosa María y F. Labruyere. Julián. *Historia del Crédito al Consumo: Doctrinas y Prácticas*. Barcelona: Península (1999).
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "The Impact of Interest Rate Ceilings on Microfinance". CGAP (2004) Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.cgap.org/direct/docs/presentations/ImpactInterestRates.ppt>>
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "The Impact of Interest Rate Ceilings on Microfinance". Occasional Paper No. 9, CGAP (2004).
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "Interest Rate Ceilings and Microfinance: The Story So Far" (2004). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.cgap.org/gm/document-1.9.2703/OccasionalPaper\\_9.pdf](http://www.cgap.org/gm/document-1.9.2703/OccasionalPaper_9.pdf)>
- Helms, Brigit. *Access for All: Building Inclusive Financial Systems*. Washington: The World Bank (2006).
- Hinestrosa, Fernando Forero. *Tratado de Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes* (2 Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003).
- Huerta de Soto, Jesús. *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos* (2 Ed.). Madrid: Unión Editorial (1999).
- Martínez N., Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2003).
- Marulanda, Beatriz y Mariana Paredes. "La Evolución y Perspectivas de la Banca de Desarrollo en Latinoamérica Frente al Caso Colombiano." Serie Financiamiento del Desarrollo, CEPAL (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/22459/lcl2248e.pdf>>
- Moguillansky, Graciela et al. "Comportamiento Paradójico de la Banca Extranjera en América Latina." *Revista de la CEPAL* 82 (2004), pp. 19-36. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19405/lcg2220e-Moguillansky.pdf>>
- Mora Patricia S. y Jorge A. Porto. "La Usura en Roma en Tiempos de Plauto". XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (2004). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/Profs.%20PSMorayJorge%20Porto.doc>>
- Naciones Unidas. *La Construcción de Sectores Financieros Incluyentes Para el Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.unctf.org/english/microfinance/pubs/bluebook/index.php>>
- Nardoni, Enrique. "La Justicia en la Mesopotamia Antigua". *Revista Bíblica* 55 (1993), pp. 193-214. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.revistabiblica.org.ar/articulos/rb55\\_193.pdf](http://www.revistabiblica.org.ar/articulos/rb55_193.pdf)>

- Narváez García, José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2002).
- Navajas, Sergio y Luis Tejerina. "Microfinance in Latin America and The Caribbean: How Large Is The Market." Inter-American Development Bank, Washington, D.C. Sustainable Development Department Best Practices Series (2006), pp. 1-49. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.iadb.org/sds/doc/int4D3.PDF>>
- Ospina Fernández Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. (8 Ed.). Bogotá: Temis (2005).
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. Trad. Eduardo L Suárez. México: Fondo de Cultura Económica México (2000).
- Radford, R. A. "The Economic Organisation of a P.O.W. Camp". *Economica*, New Series 12.48 (Nov. 1945), pp. 189-201.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios: Su significación en América Latina* (5 Ed.). Bogotá: Legis (2000).
- Rojas, Liliana Suárez. "El Acceso a los Servicios Bancarios en América Latina: Identificación de Obstáculos y Recomendaciones". Center For Global Development (2006), pp. 1-40. Consultada 19 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.cgdev.org/doc/experts/Serv\\_Bancarios\\_AL.pdf](http://www.cgdev.org/doc/experts/Serv_Bancarios_AL.pdf)>
- Rubio Escobar, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Legis y Superintendencia de Industria y Comercio (2007).
- Silva García, Fernando. "La sanción al cobro excesivo de intereses". *La Empresa en el Siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Alianza Editorial (2001).
- Suescún Melo, Jorge. *Comentarios al régimen de tasas de interés, Estudio XIII, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2003).
- Sullivan, Lawrence A. y Warren S. Grimes. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group (2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 41280 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 785 de 2007.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución N° 22905 de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 04285 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 22905 de Agosto 21 de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 588 de 16 de enero de 2003.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica).

- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2005006889-4 del 1 de abril de 2005.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2007001005-001 del 5 febrero 2007.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008.
- Tan, Tao. *Financing an Empire, Banks, Bourses, and Capital Markets of the Roman Republic*. Nueva York: Tesis del Departamento de Historia de la Universidad de Columbia (2007). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.columbia.edu/cu/history/resource-library/ugrad\\_tan\\_thesis.pdf](http://www.columbia.edu/cu/history/resource-library/ugrad_tan_thesis.pdf)>
- Temin, Peter. "A Market Economy in the Early Roman Empire." *The Journal of Roman Studies* 91 (2001), pp. 169-181.

## **El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral**

Alejandro Decastro González\*

### **Resumen**

La entrada en vigencia del sistema penal acusatorio en buena parte de Latinoamérica, desde finales del siglo pasado y comienzos del presente, plantea cambios fundamentales en la litigación. Uno de esos cambios tiene que ver con el uso adecuado de los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral, aspecto que no resultaba problemático en los anteriores sistemas procesales mixtos-escriturales con tendencia inquisitiva. El presente artículo aborda esa problemática y plantea la correcta utilización que se les debe dar a los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral.

### **Palabras claves**

Oralidad, litigación, sistema acusatorio, juicio oral, impugnación de credibilidad de testigos, escritos para refrescar memoria, escritos de pasada memoria, prueba documental.

### **Abstract**

The coming into effect of the adversarial criminal system in most of Latin America, which occurred during the final years of the previous century and the beginning of the present one, suggests fundamental changes in litigation. One of those changes has to do with the appropriate use of documents and writings in the oral trial hearing, an aspect that was not problematic in the previous mixed-written procedural systems with an inquisitive tendency. The present article approaches that problem and proposes the correct use that should be given to documents and writings during the oral trial hearing.

### **Keywords**

Orality, Litigation, Adversarial system, Trial hearing, Impeachment on the basis of credibility, Documents and writings to refresh memory, Documents and writings of past recollection, Documentary evidence.

---

\* Abogado litigante. Coordinador Académico de la Defensoría Pública - Defensoría del Pueblo de Colombia. Diplomado en Derechos Fundamentales. Diplomado en Casación Penal. Especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Autónoma de Madrid. Conjuer de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Tribunal Administrativo de Antioquia. Autor del libro *El Contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa*. Medellín: Comlibros (2005), ISBN 958-33-7828-3. Correspondencia: Carrera 41 A No. 30C-565 Núcleo 1, Tel/fax: + 57 (4) 262 32 55 (Medellín – Colombia). E-mail: decastro@une.net.co.

## 1. Introducción

Este artículo discurre sobre la debida utilización que corresponde en el juicio oral de ciertos documentos que componen la preparación del caso de las partes, como por ejemplo, los informes oficiales (policivos, ejecutivos, etc.), dictámenes periciales o el informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pericial, las exposiciones y entrevistas, entre otros.

Desde los inicios de la práctica forense en el sistema acusatorio colombiano se percibe en los intervinientes un afán por “introducir” al juicio oral *todos* los “documentos” —en sentido amplio— que tienen en su poder y que fueron descubiertos bien en la audiencia de acusación (por la Fiscalía) o en la audiencia preparatoria (por la defensa).

Por ejemplo, es normal que a través del agente de policía que elaboró y suscribió el informe de captura en flagrancia se “introduzca” el mismo; o que se haga lo propio a través del perito respectivo con el dictamen preliminar, o definitivo, en los casos de estupefacientes; e incluso, algunas veces se introduce en el juicio oral la exposición o la entrevista con quien la tomó.

En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal descubre en sus partes la “carpeta” que conforma su caso; pareciera que con el cambio de sistema se produjo una especie de asimilación o equivalencia entre ese legajo de documentos y lo que se denominaba “expediente” en la práctica forense correspondiente a las anteriores regulaciones procesales, lo cual, sumado a una errada concepción del actual sistema, ha contribuido a que los intervinientes perciban el juicio oral como una oportunidad para “reconstruir” esa carpeta mediante la introducción a cuenta gota, y con la aprobación del Juez, de todos los “documentos” que la componen.

Al analizar esta curiosa práctica se denota el deseo de “desarmar” el expediente en la audiencia respectiva para descubrir uno a uno sus componentes y luego “rearmarlo” en la audiencia de juicio oral mediante la introducción de cada una de sus partes mediante “testigos de acreditación”.

Este afán por *introducir todo* al juicio oral es comprensible por cuanto el “expediente” otorgaba seguridad psicológica a los operadores jurídicos del anterior sistema mixto-escritural; la costumbre de lo escrito y la novedad de la utilización del “registro” para recoger las manifestaciones orales hace que la actual regulación genere inseguridad y poca confianza en el interviniente por la dificultad de consulta del registro, la rapidez de la actuación y la carencia de

unas destrezas cognitivas que eran innecesarias en el anterior sistema pero imprescindibles en el actual: buena memoria, rapidez de pensamiento, facilidad de expresión y capacidad de persuasión oral, entre otras.

Y también se percibe en los jueces, las más de las veces, una actitud complaciente con la introducción, por las partes, de la mayor cantidad posible de información documental, la cual se filtra hacia la valoración del testimonio oral, pues junto con éste se introduce un “testimonio documental” que termina haciendo parte de la actuación.

Este enfoque de litigación desconoce abiertamente la esencia del sistema penal acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, a la par que atenta contra sus principios fundamentales y vigencia efectiva. En efecto, el sistema acusatorio pretende que la prueba ingrese mediante los testigos que declaran *oralmente* ante el juez, jamás que se sustituyan sus declaraciones orales por escritos o documentos previos. El uso de documentos y escritos en un juicio oral es bastante limitado y sujeto a estrictas reglas técnicas que deben ser perfectamente dominadas por los intervinientes y el juez.

De no ser así, la nueva sistemática habrá implicado la continuación del método de enjuiciamiento anterior, con la diferencia de que “La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido”<sup>1</sup>. Un cambio legislativo tan importante no se justifica con algo que ya permitía la regulación anterior.<sup>2</sup>

A la práctica forense que se cuestiona se refirió la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín en estos términos:

Y finalmente tiene razón la parte recurrente en cuanto a la censura que comienza a hacer por la actitud de los fiscales que introducen a la carpeta, incluso desde mucho antes de la audiencia de juicio oral, con riesgo de contaminación del juez, de documentos que sin duda alguna, por lo que son ellos, por lo que contienen, son prueba de referencia.

La Sala observa con preocupación el establecimiento de esa necia y perjudicial costumbre, sin que reaccionen jueces de control de garantías y

---

<sup>1</sup> Artículo 9 de la Ley 906 de 2004.

<sup>2</sup> El artículo 147 de la Ley 600 de 2000 permitía grabar las diligencias: “Requisitos formales de la actuación. Las actuaciones deberán adelantarse en idioma castellano y se recogerán por el medio más idóneo disponible. Si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete [...]”

de conocimiento, pues en su potestad está impedir ese foco de contaminación. El informe de captura en flagrancia y el documento que contiene el examen anticipado de la sustancia incautada (PIPH), que son los que menciona críticamente la defensa, no tienen porqué incorporarse a la carpeta porque en todo caso la parte interesada tendrá que llevar a la audiencia de juicio oral, por la vía testimonial, a aquellos que originan lo uno y lo otro.

De otra manera dicha: lo que contienen esos documentos no vale por lo narrado en su interior sino por lo que de ello testifique su autor. La valoración de sus alcances no se circunscribe a su contenido sino a la credibilidad que merece quien los crea.<sup>3</sup>

## **2. Desarrollo conceptual**

Baytelman y Duce (2005: 108) advierten lo siguiente en cuanto a la experiencia adversarial chilena, que resulta aplicable al caso colombiano:

La primera cuestión que es necesario despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema sólo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada *en juicio* por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de la prueba testimonial (examen directo y contraexamen).

Y agregan:

Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar introducir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones previas las que

---

<sup>3</sup> Sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis. Acta número 257, radicado 2006-1663 (7559), M. P. Jaramillo Díaz.

el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final del caso. Nada más alejado a la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. [...] En consecuencia, la única información que el tribunal puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia [...]. (Baytelman y Duce, 2005: 253, 254)

Un “documento”, escrito o declaración previa ciertamente pueden hacerse valer en el juicio oral de distintas formas y con variadas finalidades, como pasa a explicarse:

De un lado, el documento puede ser utilizado en juicio *como medio de prueba* propiamente dicho, es decir, con *finalidad probatoria sustantiva* o para probar la verdad de lo contenido en el documento, bien en la modalidad de (i) prueba directa o (ii) *prueba de referencia*, si resultare admisible.

En el primer caso el documento *sustituye la declaración del testigo* porque aquél es *lo que prueba el hecho* al que se refiere; el documento es el **fin** y el testigo de acreditación —con el que se incorpora o acredita el documento— es el **medio**; nótese cómo *no es el testigo quien prueba la verdad del hecho al que se refiere el documento*, sino que con éste se introduce el documento *que es la prueba en sí* de su contenido. Es por eso que el artículo 433 de la Ley 906 de 2004, ubicado dentro de la Parte IV sobre “Prueba Documental” se refiere al evento en que “se exhiba un documento *con el propósito de ser valorado como prueba* [...]” (énfasis fuera del texto).

Un ejemplo puede explicar más claramente esta situación: un testigo puede reconocer el título valor que firmó y entregó a cambio de una mercancía, evento en el cual el documento será la prueba (documental) de su contenido. En cambio, en el caso del agente de policía que elabora el informe de captura en flagrancia, lo que prueba directamente el hecho allí consignado (la captura) es el testigo que la llevó a cabo; pero si ese mismo informe se aportara al

proceso como prueba de referencia<sup>4</sup> lo que demostraría el hecho allí contenido sería el propio informe, no el testimonio del testigo de acreditación con que se introduzca.

De otro lado, repárese en que *no todo documento que se usa en juicio tiene vocación de convertirse en prueba en el juicio oral*. Los documentos, escritos y declaraciones previas también se pueden “hacer valer” en el juicio oral pero con finalidades distintas a la ya expresada, como son las siguientes:

- a) Para refrescar la memoria del testigo;
- b) Para impugnar la credibilidad del testigo;
- c) Para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto.

En estos tres casos el documento no se usa para *hacerlo valer como prueba sustantiva* de los hechos a los que se refiere su contenido *ni para sustituir la declaración del testigo*. Si el documento se usa con esas finalidades estaríamos ante prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906/04), que por regla general es inadmisibile, salvo taxativas excepciones (artículos 379 y 438 *ibídem*).

Estos eventos implican, en los términos del artículo 346 de la Ley 906/04, que el documento, declaración previa o escrito no tiene vocación de ser “aducido al proceso *ni convertirse en prueba* del mismo, ni practicarse durante el juicio” (énfasis fuera del texto).

En los tres casos señalados el documento no se *introduce como “prueba”* en el juicio oral; es más: *no se introduce*, ya que el documento es un simple **medio** (con alguna de las tres finalidades especificadas) y el **fin** es el testimonio del testigo que opera como *medio de prueba* para acreditar los hechos del caso, es decir con finalidad de *prueba sustantiva* o con el propósito de ser valorado como prueba.

Veamos cada una de estas tres finalidades con que puede usarse el documento en el juicio oral:

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, porque para el momento del juicio oral el agente de policía que elaboró el informe y efectuó la captura “padece de una grave enfermedad que le impide declarar”, Cfr., art. 438.c) de la Ley 906 de 2004.

a) Uso de documentos para refrescar la memoria del testigo

A esta finalidad se refieren los artículos 392.d) y 399 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas dispone:

“Artículo 392. *Reglas sobre el interrogatorio.* El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

[...]

d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos” (subrayado fuera del texto).

Por su parte, el artículo 399 expresa:

“Artículo 399. *Testimonio de policía judicial.* El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar” (subrayado fuera del texto).

Se repite que *en estos casos el documento no se introduce como prueba sino que se lo utiliza para refrescar la memoria del testigo.* Nada más. Al respecto E. Chiesa Aponte (2005: 359), refiriéndose a las reglas de evidencia de Puerto Rico y de Estados Unidos, explica lo siguiente, que resulta claramente aplicable a la sistemática probatoria prevista en la Ley 906 de 2004:

Cuando el testigo sólo utiliza el escrito para refrescar memoria, lo que se recibe como prueba de la parte que presenta el testigo es su testimonio, no el contenido del escrito. El escrito, para probar la verdad de las declaraciones contenidas en él, constituye prueba de referencia.

Y agrega:

Se permite al testigo refrescar la memoria por medio de un escrito, y se recibe como evidencia el testimonio del testigo sin que sea necesario usar las declaraciones en el escrito como prueba sustantiva, por lo que no se suscita un problema de prueba de referencia. Si se utilizara el escrito para probar las declaraciones contenidas en él, habría que hallar alguna excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia. (Chiesa Aponte, 2005: 688)

El uso de documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo requiere la previa fundamentación por el interrogador de unas precisas *bases probatorias* que bien pueden resumirse así (Baytelman y Duce, 2005: 258-270):

- 1) Fundamentar la falta de memoria del testigo sobre un hecho.
- 2) Fundamentar la existencia de una declaración previa en la que el testigo recuerda ese hecho.
- 3) Fundamentar la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria sobre ese hecho.
- 4) Exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo.
- 5) Que el testigo lea para sí la declaración previa en lo pertinente (ya que el documento no debe sustituir la declaración del testigo).
- 6) Fundamentar que la declaración previa refrescó la memoria.
- 7) Solicitar al testigo el texto de la declaración previa (para evitar que convierta la lectura del documento en su testimonio).
- 8) Interrogar para que el testigo declare sobre el hecho no recordado previamente.

Un ejemplo ilustra la situación:

El testigo recuerda el accidente de tránsito pero olvida el detalle de las placas del vehículo que pasó el semáforo en rojo y arrolló la motocicleta; no obstante, la Fiscalía y el testigo saben que él anotó el dato en un papelito que luego le entregó al guarda de tránsito que se hizo presente en el lugar de los hechos. El interrogatorio puede adoptar este formato para refrescar la memoria del testigo sobre el detalle de las placas:

- P. Y estando allí ubicado, díganos exactamente qué vio usted.  
C. Vi cuando el vehículo rojo se pasó el semáforo en rojo y atropelló a la motocicleta.  
P. ¿Puede describir más exactamente al vehículo rojo?  
C. Sí, era un Mazda color rojo, tenía los vidrios polarizados y estaba en mal estado.

P. Desde el lugar en que usted se encontraba, según ya nos explicó en el plano, ¿podía usted observar las placas de dicho vehículo?

C. Sí.

P. ¿Vio usted las placas de dicho vehículo?

C. Sí.

P. ¿Nos puede decir cuáles eran las placas de ese vehículo?

C. Pues, en este momento no recuerdo con exactitud, me parece que era... no, sinceramente no recuerdo ese detalle pero yo sí las vi. *(Aquí se han sentado los fundamentos de la falta de memoria del testigo.)*

P. ¿Recuerda usted haberle entregado algo a un guarda de tránsito momentos después de los hechos? *(Esta pregunta permite al testigo fundamentar la existencia de la declaración previa.)*

C. Sí, claro, aproximadamente 15 minutos después del accidente llegó un guarda de tránsito y yo le entregué un papelito pequeño que tenía en mi poder.

P. ¿Qué papelito era ese?

C. Uno en el que anoté las placas del vehículo.

P. ¿Por qué las anotó?

C. Para que no se me fueran a olvidar; en cuanto las vi sólo pensé en anotarlas.

P. Si le mostrara ese papelito, ¿le ayudaría ello a recordar las placas del vehículo? *(Esta pregunta, así como la respuesta a la misma, sienta fundamentos sobre la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria del testigo.)*

C. Sí, claro.

P. ¿Por qué?

C. Porque yo fui el que anoté ahí las placas del vehículo.

P. Permiso señoría para acercarme al testigo. ¿Podría decirle al señor Juez qué es lo que le exhibo a usted en este momento? *(Aquí se cumple lo relativo a la exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo.)*

C. Es el papelito que yo le entregué al guarda de tránsito.

P. ¿Cómo sabe que es ese papelito y no otro?

C. Porque tiene la misma forma, el mismo color y las anotaciones que yo hice con mi puño y letra.

P. Podría leer para usted en silencio lo que aparece escrito en ese papelito.

C. Sí. *(El testigo lo lee para sí a fin de evitar que el documento reemplace—no refresque— la memoria del testigo y su declaración oral.)*

P. ¿Lo leyó usted?

C. Sí.

P. ¿Recuerda ahora, o no, cuáles eran las placas del vehículo?

C. Sí. (*Esto fundamenta que la declaración previa refrescó la memoria*).

P. Es tan amable y me regresa el papelito. Permiso señoría para acercarme al testigo y recoger el documento. (*Se retira el documento de las manos del testigo para que declare desde su memoria refrescada y no “desde” el documento.*) Gracias. ¿Puede ahora decirnos cuáles eran las placas del vehículo? (*Aquí se interroga al testigo para que declare sobre el hecho no recordado previamente.*)

C. Las placas del vehículo eran ASD123.

El incumplimiento de las bases probatorias por parte del interviniente que pretenda utilizar documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo puede dar lugar a que la parte contraria se oponga a la pregunta por *falta de bases probatorias*, o lo que se conoce simplemente como falta de fundamentos (*lack of foundation*). Si la objeción expone adecuadamente el yerro del interrogador el juez debe aceptar la oposición a fin de que la parte que pregunta asiente adecuadamente los fundamentos para refrescar la memoria del testigo. Al respecto se debe tener presente que “para revivir la memoria del testigo se permiten las preguntas sugestivas, con las precauciones de rigor” (Chiesa Aponte, 2005: 333).

En este aspecto conviene resaltar el conflicto aparente que se presenta entre dos normas aplicables al interrogatorio de testigos: de un lado las que prohíben *preguntas sugestivas* en el interrogatorio<sup>5</sup>, pero, del otro, se exige que quien interroga sienta las *bases probatorias* para preguntar<sup>6</sup>. El conflicto es aparente, pues una de las excepciones a la regla general de prohibición de preguntas sugestivas durante el interrogatorio se presenta cuando se sientan las bases del interrogatorio (Evans, 2004: 115).

De no ser así, un litigante podría habilidosamente —que no *hábilmente*— “bloquear” a su contraparte durante el interrogatorio mediante objeciones formalmente “técnicas”: cuando la contraparte pretenda “sentar las bases” para una pregunta objetaría porque la pregunta es sugestiva, y cuando aquella evite la pregunta sugestiva —que sienta los fundamentos— le objetaría por falta de fundamentos, con lo que no dejaría avanzar de ningún modo el interrogatorio.

---

<sup>5</sup> Artículo 392.b) de la Ley 906 de 2004.

<sup>6</sup> Esta exigencia se puede derivar de la prevista en el artículo 402 *ibídem*: “*Conocimiento personal*. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir [...]”, de donde se deduce que primero hay que demostrarle al Juez *cómo* sabe el testigo aquello sobre lo *que* se le preguntará; en otras palabras, la *razón de la ciencia del dicho* del testigo precede al dicho mismo.

Ahora bien: puede suceder que un testigo no logre recordar la sustancia de su testimonio a pesar de que la parte interesada intentó refrescarle la memoria. En ese evento, sentando las bases apropiadas, se podría introducir como evidencia el escrito contentivo de la declaración previa *como prueba sustantiva de referencia* bajo la excepción de *escrito de pasada memoria*.<sup>7</sup> De ahí la necesidad de diferenciar claramente el uso de documentos para refrescar memoria de los escritos de pasada memoria, como explica la doctrina:

Si el escrito no puede refrescar la memoria del testigo, de modo que éste pueda testificar a base del recuerdo revivido con la ayuda del escrito, podría resultar que el escrito mismo resultara admisible como escrito de pasada memoria. No deben confundirse una y la otra cosa. Cuando el testigo solo usa el escrito para refrescar memoria, se admite su testimonio basado en el recuerdo revivido; cuando se admite el escrito mismo, el testigo no puede recordar los hechos ni siquiera con la ayuda del escrito aunque da fe de que los mismos ocurrieron como son relatados en el escrito. (Chiesa Aponte, 2005: 360)

En este caso la regla de los *fundamentos* exige sentar las siguientes bases probatorias:

1. *La falta de memoria del testigo*: Pero en un grado superlativo a la exigible en el caso de simple refrescamiento de memoria, como quiera que este procedimiento se intentó previamente con resultados negativos. Las reglas de evidencia de Puerto Rico exigen que el testigo no recuerde “lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa”. La Ley 906 de 2004 no consagra este requisito pero bien puede entenderse razonablemente exigible para aplicar esta excepción a la prohibición de prueba de referencia. Según esto, la regla sería aplicable “cuando el testigo sólo recuerda en términos generales, pero no recuerda los detalles contenidos en el escrito” (Chiesa Aponte, 2005: 690).

2. *El conocimiento previo del testigo*: Exigible para todo testigo por vía del art. 402 de la Ley 906 de 2004, cuando dispone: “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”. Cuando se usa un escrito de pasada memoria es porque el testigo no recuerda de forma suficientemente precisa los hechos como para testificar idóneamente, pero nótese que en todo caso se debe exigir que *alguna vez* el testigo tuviera ese conocimiento. De ahí que se afirme que:

---

<sup>7</sup> Artículo 438, *in fine*, Ley 906/04: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en *escritos de pasada memoria* o archivos históricos” (énfasis fuera del texto).

[...] el testigo debe satisfacer al tribunal en cuanto a que el contenido del escrito refleja unos datos sobre los cuales él tuvo conocimiento personal. No basta con testificar que “no lo hubiera escrito si no me hubiera constado”; el testigo debe declarar algo que permita al tribunal inferir razonablemente este elemento de conocimiento previo. Algún tipo de evidencia, aunque sea circunstancial, se debe exigir para satisfacer este requisito esencial de conocimiento previo. (Chiesa Aponte, 2005: 690-691)

3. *Que el escrito se haya elaborado en un momento en que la materia estaba fresca en la memoria del testigo*: No necesariamente es asunto que dependa del transcurso del tiempo. Se trata de fundamentar que para el momento en que el testigo elaboró el escrito sus recuerdos sobre el hecho estaban frescos (*freshness*). A este respecto debe tenerse en cuenta que “eventos importantes dejan un recuerdo más prolongado que hechos triviales o insignificantes para quien los vive o percibe. Un récord detallado de un evento tiende a sugerir que estaba presente este requisito de memoria fresca” (Chiesa Aponte, 2005: 691).

4. Como último requisito, se exige que *el escrito de pasada memoria haya sido elaborado o adoptado por el testigo*, como cuestión esencial de autenticidad.

b) Uso de documentos para impugnar la credibilidad del testigo.

A esta finalidad se refieren los artículos 347 y 403.4 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas citadas señala:

Artículo 347. *Procedimiento para exposiciones*. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes. (subrayado fuera del texto)

Por su parte, el artículo 403.4 dispone:

Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo*. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

[...]

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

De nuevo conviene insistir que en estos casos *el documento, escrito o declaración previa no se hace valer, introduce o incorpora al juicio oral como prueba*, solamente se lo *utiliza*<sup>8</sup> para impugnar la credibilidad del testigo. Es por eso que el legislador advierte que la información contenida en las exposiciones “no puede tomarse como una prueba”, debiendo tenerse en cuenta que la Ley expresamente exige que las afirmaciones contenidas en el documento utilizado para impugnar credibilidad<sup>9</sup> *deben ser leídas* durante el contrainterrogatorio “para hacerse valer en el juicio como impugnación”.

Sobre este tema la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha expresado con acierto:

Las pruebas no son las que aparezcan en la carpeta, sino las que se presentaron, incorporaron y realizaron en el juicio. Eso que se llama “entrevista o interrogatorio”, como no se introdujo conforme al procedimiento establecido, para el juez no obra en el expediente ni puede obrar.

Repárese que en la regulación de la práctica de la prueba testimonial, el artículo 403 de la ley 906 de 2004 estableció la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo, entre otras opciones, lo dice el literal 4, con: “**las manifestaciones anteriores del testigo**”. Pero esto tiene que ocurrir en ese juicio público y frente a sus adversarios, por ejemplo, para que estos puedan elaborar la inmediata estrategia de confrontación interrogativa. Por ello el artículo 347 del mismo código perentoriamente advierte que: “**Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como**

---

<sup>8</sup> El artículo 347 Ley 906/04 utiliza la expresión “aduce”.

<sup>9</sup> Por ej. en las exposiciones, por disposición expresa del art. 347, pero debe extenderse la exigencia a toda declaración previa que se use con propósitos de impugnación de credibilidad, como las entrevistas (art. 271), las declaraciones juradas (art. 272) y los interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías (art. 403.4), entre otros.

**una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”.**

Esto, tan obvio, no ocurrió. La defensa no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las anteriores manifestaciones porque no quiso o porque no supo como hacerlo. Cuando se trae esa impugnación por fuera de ese espacio principal para ingresarlo a este escenario, es a no dudarlo una mala praxis, que asalta una lealtad debida y que no puede generar convicción, porque esas razones se presentan sin prueba.<sup>10</sup>

Un ejemplo ilustra esta situación: el testigo de cargo de la Fiscalía declara en una exposición que presencié el homicidio de A por parte de B; pero en el juicio oral el testigo declara que no le consta nada sobre el homicidio de A. La Fiscalía puede impugnar la declaración rendida en juicio utilizando para ello las afirmaciones contenidas en la exposición, pero *no para probar que son verdaderas aquellas afirmaciones* (que el testigo presencié el homicidio de A causado por B) *sino para impugnar la credibilidad de lo declarado en juicio*, esto es: para que el juez no le crea al testigo cuando dice que no le consta nada sobre el homicidio de A. Téngase en cuenta que lo contenido en dicha exposición es, en principio, *prueba de referencia inadmisibile* por tratarse de una declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar un aspecto sustancial objeto del debate: la responsabilidad penal de B en el homicidio de A.<sup>11</sup>

Por razones técnicas deben sentarse previamente las siguientes bases (que a la vez son reglas técnicas del litigio) para impugnar la credibilidad de un testigo en juicio:

1. El conainterrogador debe fijar la declaración inconsistente prestada en juicio.
2. El conainterrogador debe fijar las condiciones en que se produjo la declaración previa.
3. El conainterrogador debe exhibir y hacer que el testigo reconozca la declaración previa.

---

<sup>10</sup> Sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobada en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. Gómez Jiménez. Se trató de un caso en el que la defensa criticó en apelación la versión de la víctima sobre la base de que incurrió en manifestaciones contradictorias con entrevistas previas, a pesar de que no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las manifestaciones anteriores.

<sup>11</sup> Artículos 437 y 438 Ley 906/04.

4. El contrainterrogador debe obtener del testigo la declaración previa inconsistente, teniendo en cuenta que “Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio”.

El siguiente formato ilustra esta metodología: en el informe policivo el agente de policía señala que se bajó de su moto y, cuando se disponía a hacer la requisita, vio que el acusado arrojaba una bolsa negra al piso que posteriormente se determinó contenía sustancia estupefaciente; pero en el interrogatorio en juicio el agente declaró que cuando iba manejando la motocicleta (sin bajarse de la misma) vio que el acusado arrojó una bolsa negra al piso. Dejando de lado el asunto de la relevancia de la contradicción, la impugnación por declaración previa inconsistente se puede presentar así:

P. Usted le dijo a la Fiscal hace un momento que “iba manejando cuando vi que él arrojó la bolsa al piso”, ¿es eso cierto?

C. Sí.

P. ¿Está seguro de haber visto eso?

C. Sí.

P. Pero han pasado cuatro meses desde que eso ocurrió; ¿no estará usted confundido?

C. No, estoy seguro de que fue así. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado la declaración inconsistente prestada en juicio).*

P. Usted elaboró un informe de captura en flagrancia, ¿cierto?

C. Sí.

P. Y ese informe se elaboró el mismo día en que se dio la captura, ¿o no?

C. Sí.

P. ¿Dijo usted la verdad en ese informe?

C. Sí.

P. Ese informe se rinde bajo juramento, ¿correcto?

C. Correcto.

P. ¿Y usted recordaba mejor estos hechos cuando hizo ese informe o ahora, cuatro meses después?

C. Los recordaba mejor cuando hice el informe. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado las condiciones en que se produjo la declaración previa).*

P. Permiso señoría para acercarme al testigo *(Se le exhibe el informe)*. Dígame si reconoce o no esto.

C. Sí, es el informe policivo que yo elaboré de este caso.

P. ¿Es esa su firma?

C. Sí. *(Aquí el conainterrogador ha exhibido y ha hecho que el testigo reconozca la declaración previa).*

P. ¿No es cierto que en ese informe de policía usted dijo “me bajé de la motocicleta e inmediatamente vi cuando él arrojó la bolsa al piso”? *(El conainterrogador intenta obtener del testigo la declaración previa inconsistente leyendo la afirmación respectiva contenida en la misma.)*

C. [...]

Ahora bien: el procedimiento de impugnación puede culminar con alguna de las siguientes situaciones:

- a) El testigo reconoce el contenido de la declaración previa con la que se le impugna.
- b) El testigo desconoce o no recuerda la declaración previa con la que se le impugna.

Si ocurre lo primero, el procedimiento de impugnación está completo y la credibilidad del testigo ha sido atacada. Son innecesarias, antitécnicas y objetables las expresiones de parte tendientes a argumentarle al Juez que impugna la credibilidad del testigo por determinadas razones.<sup>12</sup>

Cumplido el procedimiento de impugnación de credibilidad, no parece razonable exigir la introducción de la declaración previa por medio del testigo de acreditación respectivo<sup>13</sup>, porque el testigo ya reconoció que hizo esa declaración y su respuesta afirmativa en la diligencia de testimonio es la “prueba”, dentro del juicio, de que él hizo esa declaración.

Pero si se presenta la segunda alternativa resulta aconsejable que la parte interesada introduzca al juicio la respectiva declaración previa, y aquí conviene una vez más precisar lo que se viene sosteniendo a lo largo de este escrito: en este caso la declaración previa se introduce al juicio oral con el respectivo testigo de acreditación, no para probar la verdad del contenido de la

---

<sup>12</sup> Esta práctica es muy común en los funcionarios de la Fiscalía. En la dinámica del testimonio en el sistema acusatorio sólo es admisible preguntar u objetar preguntas (en cuanto a las partes) y responder (en cuanto al testigo). Los argumentos tienen su escenario natural en los alegatos de conclusión y las réplicas, donde se debe presentar la conclusión o valoración de la impugnación. Esta costumbre de “decir” que se impugna la credibilidad del testigo se asemeja a la práctica forense del proceso civil de “tacha” del testigo de la contraparte. De otro lado, la impugnación de credibilidad habla por sí misma, si se llevó a cabo correctamente.

<sup>13</sup> Por ejemplo mediante el investigador que realizó la entrevista o el funcionario de policía judicial que tomó la exposición.

declaración previa (finalidad de prueba sustantiva) sino, y únicamente, “para hacerse valer en el juicio como impugnación” (artículo 347 Ley 906/04), es decir, para probar que la declaración previa *fue hecha por el testigo*, toda vez que él niega o no recuerda haberla hecho.

Si la declaración previa se introduce con “finalidad de prueba sustantiva” estaríamos ante un caso de *prueba de referencia*, en principio inadmisibles, salvo que se configure para el caso alguna de las excepciones legales de admisibilidad (art. 438). Esto se traduce prácticamente en que el juzgador no puede dar por probados en la sentencia los hechos contenidos en la declaración previa usada con fines de impugnación de la credibilidad del testigo. Si lo hiciera podría incurrir en error de hecho, por falso juicio de legalidad, al tener por probado un hecho sin el cumplimiento de las formalidades legales esenciales.

Cuando el testigo niega o no recuerda haber hecho la declaración previa el procedimiento de impugnación se completa al probarse que el testigo hizo la respectiva declaración previa.

Es por lo anteriormente expuesto que la doctrina anglo-norteamericana sostiene:

*If the witness admits the inconsistency, then the impeachment is complete, and you usually are not permitted also to introduce the statement into evidence unless you can lay the foundation for a hearsay exception. However, if the witness denies or does not remember making the statement, you may introduce it and read the inconsistent portion to the jury. (Tanford, 2002: 324)\**

c) Uso de documentos para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto

Este evento sólo se permite en la Ley para el caso de la declaración de peritos o expertos. En estos casos la regla de los fundamentos exige sentar las siguientes bases:

---

\* "Si el testigo admite la inconsistencia, entonces la impugnación está completa y normalmente a usted no se le permitirá además introducir la declaración como prueba, a menos que pueda fundar las bases para una excepción de prueba de referencia. Sin embargo, si el testigo niega o no recuerda la declaración previa, usted puede introducirla y leer la porción inconsistente al jurado" (traducción propia).

- 1) Establecer la necesidad que tiene el testigo de fundamentar o aclarar la respuesta. Al igual que en el refrescamiento de memoria, usualmente esto ocurre a iniciativa del testigo.
- 2) Fundamentar la existencia de un documento previo en el cual el testigo consignó la materia sobre la que declara.
- 3) Establecer la utilidad del documento o dictamen para fundamentar o aclarar la respuesta.
- 4) Exhibición y reconocimiento del escrito o dictamen.
- 5) Que el testigo lea el escrito o dictamen en lo pertinente.
- 6) Establecer que el escrito o dictamen sirvió para fundamentar o aclarar la respuesta.
- 7) Solicitar el escrito o dictamen, con una aclaración: en algunos testimonios periciales de especial complejidad el Juez puede autorizar al perito a que conserve el escrito en sus manos mientras rinde testimonio a fin de consultar permanentemente datos que de otra manera no podría recordar (piénsese en un dictamen contable plagado de cifras).
- 8) Interrogar por el hecho que requería fundamentación o aclaración.

### **3. La doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia**

Mención aparte merece la interpretación que desde la academia y la práctica forense se le viene dando a la doctrina casacional sobre el valor de las entrevistas y declaraciones previas al juicio, tema que fue abordado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de noviembre de 2006<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Radicado 25738, M. P. Espinosa Pérez. Este precedente fue reiterado en el auto del 7 de febrero de 2007 (radicado 26727, MM.PP. Pulido De Barón y Quintero Milanés) donde la Corte inadmitió la demanda de casación presentada contra la sentencia de una Sala del Tribunal Superior de Medellín citada en este escrito (sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobado en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. Gómez Jiménez).

Lamentablemente este precedente está siendo interpretado y aplicado en el sentido de que basta “leer para el registro” la declaración anterior del testigo que asiste a testificar al juicio oral para tenerla como prueba sustantiva por vía de “complemento del testimonio”. Esta manera de interpretar la citada jurisprudencia respalda precisamente lo que se critica en este escrito, con la diferencia de que la declaración previa no se “introduce” a la actuación como documento sino que se “lee”, y eso, supuestamente, basta para que pueda ser valorada por el juez. Nada más equivocado.

De nuevo los rezagos culturales del modelo procesal anterior se filtran en la aplicación de la nueva sistemática. Algunos operadores jurídicos están asimilando materialmente el “registro”<sup>15</sup> al “expediente” del anterior sistema procesal escritural de tendencia inquisitiva, lo que lleva a concluir — erradamente— que “todo lo que quede en el registro es prueba” susceptible de valoración judicial.

Semejante enfoque desnaturaliza los pilares del sistema penal acusatorio y sus principios de inmediación y contradicción, pues la relación entre “registro” y “prueba” no es *absoluta* ni *necesaria*. Es verdad que toda prueba tiene que aparecer en el registro, pero el juicio inverso no es correcto: no todo lo que “quede” en el registro es prueba. El “registro” cumple funciones de acta de la diligencia y constancia de aspectos relevantes a la actuación, lo que obviamente no es una “prueba” en el sentido técnico y jurídico del término.

Nada es más pernicioso, en punto a la interpretación de los precedentes judiciales, que su estudio por extractos o, en todo caso, inconexo de los hechos que dieron origen al pronunciamiento jurisprudencial. La *ratio decidendi* de un caso debe buscarse en los argumentos de la sentencia a partir de los *hechos relevantes* (Cueto Rúa, 1997; López Medina, 2006).

Una completa lectura del precedente judicial emanado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia permite concluir que se trató de un caso cuyos contornos fácticos son los siguientes:

La Fiscalía interrogó al indiciado A como autor material de un homicidio, quien lanzó cargos contra B y C señalándolos como determinadores del delito. En el juicio contra B y C, la Fiscalía ofreció el testimonio de A para probar la coautoría de aquellos.

---

<sup>15</sup> El *record* en el sistema americano.

El testigo A compareció a la audiencia de juicio oral, pero en el desenvolvimiento del interrogatorio a que fue sometido, desde la primera respuesta a pregunta realizada por la Fiscalía, se mostró evasivo y contrario a la versión que había dado a conocer en el interrogatorio rendido en las actividades de indagación, negando no solo que en el recinto se encontraran presentes los determinadores del hecho sino la responsabilidad en el mismo de los acusados B y C.<sup>16</sup>

Esta situación ameritó que la Fiscalía, previa autenticación, utilizara el documento que contenía el interrogatorio de A, documento que reconoció y que por petición de la Fiscalía procedió a leer en voz alta. La lectura de pasado se convirtió básicamente en su declaración en el juicio porque propició una serie de preguntas que llevaron al testigo a recabar importantes informaciones allí suministradas, retomando su verdad inicialmente vertida, y de las cuales se derivaban circunstancias suficientes para sostener que B y C eran los determinadores del homicidio.

Es a partir de estos hechos que la Corte procede a dictar sentencia de casación con el fin de “desarrollar la jurisprudencia en un tema trascendental en el procedimiento del sistema acusatorio oral, a saber el alcance, naturaleza y eventual validez de las entrevistas o interrogatorios de verificación tomadas por fuera del juicio”.

Bajo estos hechos la Corte se aparta de lo que considera una “interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal”, advirtiendo que “lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política”. Y concluye sobre el caso concreto:

Véase cómo en este caso, una vez leída la exposición vertida por el testigo en la etapa de indagación, “previa su autenticación” como se hizo constar, se suscitaron una serie de preguntas que necesariamente llevaron a introducir al testimonio el dicho pasado, sobre el cual se activó en ese momento el derecho de la parte contraria para contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con

---

<sup>16</sup> Los motivos por los que A cambió su versión en el juicio oral son anecdóticos y en todo caso irrelevantes frente a la *ratio decidendi* del caso: lo hizo por la repercusión psicológica que para él representaba estar detenido en la misma cárcel con uno de los señalados como determinadores, y al considerarse engañado por la Fiscalía en su promesa de otorgarle una debida protección.

## El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral

los cuales se satisficieron a plenitud los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad, y en tales condiciones, carece de todo fundamento sostener que la valoración del testimonio de Oscar Duvan Acosta para sustentar el fallo de responsabilidad contra los aquí inculcados pueda ser lesiva del derecho del procesado a ser juzgado con todas las garantías de un juicio precedido por tales principios.

El hecho relevante en este caso es que, luego de que el testigo fue impugnado haciéndole leer la entrevista previa, reconoció su contenido y *comenzó a responder otras preguntas produciendo evidencia en el testimonio oral sobre lo que había dicho en el interrogatorio previo al juicio.*

La exigencia no consiste solamente en “leerle” al testigo la declaración previa (art. 347 Ley 906/04), pues adicionalmente es *necesario* realizar un “interrogatorio subsiguiente” a la lectura; es así como aquella, según lo que responda el testigo, puede “complementar” el testimonio en juicio, como se desprende de esta consideración de la Corte:

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio

ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público. (subrayado fuera del texto)

Una lectura rápida de la sentencia pareciera sugerir que la Corte autoriza al Juez para que valore la declaración previa leída en el contrainterrogatorio como prueba sustantiva, es decir: que podría formarse el convencimiento de la responsabilidad penal a partir de una incriminación contenida en la declaración previa, a pesar de que dicha incriminación no se retome por el testigo en el testimonio prestado en el juicio oral. De los siguientes pasajes de la sentencia podría sacarse esa ligera conclusión:

Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.

[...]

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable.

[...]

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Sin embargo, por las razones ya explicadas, estas afirmaciones aisladas de la Corte deben conectarse con los hechos del caso estudiado; el equívoco surge de la parte de la sentencia que señala que el juez puede “optar” por la versión que considere más fiable, dando a entender que puede escoger entre dar por probados los hechos narrados en la declaración previa o mediante el testimonio oral. Esa conclusión no es posible en el sistema acusatorio<sup>17</sup> ni es el tema tratado en la sentencia de la Corte, pues tiene que ver con otro asunto: el uso

---

<sup>17</sup> A menos que la declaración previa se incorpore válidamente como *prueba de referencia*, lo que en principio es inadmisibile si el testigo se encuentra presente en el despacho rindiendo testimonio.

de declaraciones previas como evidencia sustantiva en el juicio oral (Cosgrove, 1997), aspecto problemático que en el sistema acusatorio da lugar a las más grandes controversias y que tarde o temprano deberá ser tratado por la Corte.

El problema jurídico tratado bajo los hechos del caso estudiado por la Corte es el del testigo que, al declarar en juicio, en principio niega la incriminación hecha en su declaración previa, *pero luego, al ser impugnado mediante la lectura de la misma, la reconoce y en el subsiguiente interrogatorio retoma o recaba los dichos iniciales haciéndolos parte de su testimonio en juicio.*

En el caso fallado por la Corte, una cosa es que el juez valore la declaración previa *como prueba de impugnación*, en cuyo caso la valora para no creer en la versión rendida por A en juicio (que no le consta que el acusado mató): el juez *no cree* esa afirmación a partir de lo manifestado en la declaración previa. Pero otra cosa es que el juez valore la declaración previa *como prueba sustantiva*, lo que significa que le asigna mérito *para probar la verdad de lo aseverado en dicha declaración*, es decir, para dar por probado en juicio que el acusado mató. Lo delicado del asunto es que si el juez procede así está asumiendo la declaración previa como prueba de referencia sin apoyo en alguna de las causales que excepcionalmente autorizan la admisión de esta prueba en juicio (art. 438 C. P. P.).

La Corte no concluyó que basta “leer” la declaración previa para que adquiera finalidad de prueba sustantiva; la tesis de que aquella sirve de “complemento” al testimonio es admisible solamente en el caso en que el testigo retoma su dicho anterior en el juicio oral, como en efecto ocurrió en el asunto estudiado por la Corte, porque en ese evento sí se presenta un auténtico “complemento” del testimonio; de donde la declaración previa vale como prueba sustantiva (para probar la verdad de lo aseverado) en la medida en que el mismo testigo repite o retoma lo dicho antes, pero en el juicio oral, con intermediación y sujeto a contrainterrogatorio.

De ahí a concluir que toda declaración anterior del testigo se convierte en “complemento” del testimonio si se “lee” durante el mismo hay un paso enorme, porque repárese que son múltiples las hipótesis (a las que no se refiere la sentencia de casación citada) que pueden ocurrir cuando a un testigo se le formula el “interrogatorio subsiguiente a la lectura” en el juicio oral, entre otras: (i) el testigo puede no reconocer la declaración anterior; (ii) el testigo puede no contestar sobre la declaración anterior, como cuando se ampara en el artículo 33 de la Carta; (iii) el testigo puede reconocer la declaración anterior, pero aclararla en un sentido diferente al allí plasmado, como cuando explica

que antes dijo algo que apenas *parece* distinto a lo que expresa en el juicio oral.

En estos casos la declaración previa no puede entenderse simplemente como “un complemento” del testimonio; es necesario tener en cuenta las respuestas del testigo en el interrogatorio subsiguiente a la lectura, porque *quien complementa el testimonio es el testigo con sus respuestas, no el interrogador mediante la lectura.*

#### **4. Conclusión**

No deben ser introducidos *todos* los documentos o escritos utilizados, firmados o relacionados con el testigo que declara en el juicio oral.

Se reserva el uso del documento como prueba sustantiva cuando el hecho contenido en él se pretende probar como *fin* en sí mismo, no con la declaración de testigo que funge como *medio* para acreditar el documento.

Los documentos o escritos también se pueden utilizar para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad de los testigos y, en el caso de los expertos, para fundamentar o aclarar sus respuestas. En estos tres casos el documento no se introduce al juicio oral sino que se lo utiliza con esas expresas finalidades como un *medio*, siendo la declaración o testimonio la prueba en cuanto tal. Si el refrescamiento de memoria es ineficaz, el documento puede ser introducido como prueba de referencia (escrito de pasada memoria), bajo ciertas condiciones.

Es equivocado interpretar los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recaídos sobre la materia en el sentido de que respaldan la incorporación al juicio oral, mediante la simple lectura, de manifestaciones anteriores como prueba de referencia, es decir, para probar la verdad de lo allí consignado. El sentido de dichos precedentes es validar las manifestaciones previas como “complemento” del testimonio cuando el testigo, en un interrogatorio subsiguiente a la lectura de las mismas, retoma en el juicio oral el contenido de verdad allí plasmado y lo hace parte de su declaración. En ese caso la “prueba” no es la declaración previa, autónomamente considerada, sino su contenido admitido y retomado por el testigo en el testimonio rendido en el juicio oral.

### Bibliografía

- Baytelman A., Andrés y Mauricio J. Duce. *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba* (2 Ed.). México: Fondo de Cultura Económica (2005).
- Chiesa Aponte, Ernesto L. *Tratado de Derecho Probatorio* (T. I). San Juan: Publicaciones JTS (2005).
- Cosgrove, David B. "Perpetual Confusion: The Use of Prior Inconsistent Statements in Certain Criminal Proceedings." *Journal of the Missouri Bar* 53.6 (Nov.-Dec. 1997). Disponible en: <<http://www.mobar.org/journal/1997/novdec/cosgrove.htm>>. Consultada 7 Febrero 2008.
- Cueto Rúa, Julio César. *El Common Law: Su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1997).
- Evans, Keith. *Common Sense Rules of Advocacy for Lawyers* (Rev. Ed.). Alexandria: The Capitol Net Inc. (2004).
- López Media, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2006).
- Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics* (3 Ed.). Newark, NJ: LexisNexis (2002).



## **El desarrollo y la fisonomía del Derecho socialista\***

Federico Escobar Córdoba \*\*

### **Resumen**

Este artículo pretende recuperar el Derecho socialista para el Derecho comparado y para la Historia del Derecho. Fiel a este propósito, la mayoría del texto muestra una visión panorámica del Derecho socialista. En este sentido, el autor presenta una síntesis del desarrollo histórico de la Unión Soviética, indica las actitudes socialistas hacia el Estado y hacia el Derecho, y resume el debate sobre el lugar que debe ocupar el Derecho socialista en el entramado jurídico mundial. Luego, en una sección final, el texto destaca la importancia de acercarse de manera interdisciplinaria a conceptos como “cultura jurídica,” de tal modo que, al hacerlo, se vea fortalecido el estudio de la influencia jurídica en general y de la influencia jurídica del Derecho socialista en concreto.

### **Palabras claves**

Derecho socialista, Derecho soviético, Unión Soviética, derecho comparado, tradición jurídica, cultura jurídica, trasplantes jurídicos, influencia jurídica.

### **Abstract**

This article purports to recover Socialist Law as a subject in both Comparative Law and Legal History. True to this goal, most of the article presents a panoramic vision of Socialist Law. In order to do so, the author synthesizes the historical development of the Soviet Union, describes socialist attitudes toward the State and Law, and summarizes the debate about the place Socialist Law should have among other legal systems of the world. Later, in a final section, the paper underscores the importance of interdisciplinary studies of concepts like “legal culture,” with the aim of strengthening the analysis of legal influence in general and of the influence of Socialist Law in particular.

### **Keywords**

Socialist Law, Soviet Law, Soviet Union, Comparative Law, Legal Tradition, Legal Culture, Legal Transplants, Legal influence.

---

\* El presente texto nació en el marco del Seminario Permanente titulado “Democracia y Justicia en tiempos de Globalización,” organizado por el Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali. No obstante, la versión actual es completamente nueva.

\*\* Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.

A finales del siglo XX colapsó uno de los más arriesgados experimentos políticos de la modernidad: la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (USSR). Fue innegable su impacto sobre el orden mundial a lo largo del siglo que el historiador Eric Hobsbawm llama el “siglo corto” (1988). El protagonismo soviético en aquel período permite que otro historiador, Hugo Fazio Vengoa, se aventure a proponer que el futuro recordará esta época como el “siglo del comunismo” (2005: 8). No obstante, y salvo en círculos especializados, el olvido al que parece someterse la relevancia que mantuvo la Unión Soviética se torna casi patológico.

El olvido es aún mayor con respecto al Derecho socialista. Con el fin de la Unión Soviética, sus creaciones jurídicas quedaron condenadas a correr la misma suerte.<sup>1</sup> Además del nacimiento tortuoso del orden jurídico socialista —fruto de una contradicción entre la teoría marxista que pronosticaba la muerte inminente del Derecho y la realidad de un Estado soviético que buscaba continuar existiendo y regulándose—, a este Derecho lo han dejado atrás los textos de Derecho comparado e incluso la misma Rusia postsoviética, deseosa de encaminarse hacia el “desarrollo.”<sup>2</sup>

Desde esta óptica, estudiar el Derecho socialista hoy es una labor afin a realizar una autopsia. No es por eso una labor carente de valor, pero la cercanía de este ejercicio con la Historia del Derecho es evidente, y una carrera como la de Harold Berman es ilustrativa. Desde muy temprano en su carrera académica, Berman se destacó en el campo del Derecho soviético.<sup>3</sup> Llegó a escribir varios libros sobre la materia. Hoy su reconocimiento académico está muy asociado con sus profundas incursiones en la Historia del Derecho (1983, 2003),<sup>4</sup> y también con la relación entre Derecho y religión (2006). Como veremos más adelante, ambos temas surgen en las discusiones sobre el Derecho soviético.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> La caída del Derecho socialista fue estrepitosa; aún en 1981 Azicri podía hablar del “creciente campo del derecho socialista” (1981: 558).

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, Ajani (1995).

<sup>3</sup> En 1970 Whitmore Gray dijo lo siguiente: “Con respecto a la historia general del Derecho de familia ruso, la primera parte del artículo general de Harold Berman sobre el Derecho de familia soviético, escrito mientras era todavía un estudiante en la Escuela de Derecho de Yale, ‘El Derecho de familia soviético a la luz de la historia de Rusia y la teoría marxista’ [publicado en 1946], continúa siendo la obra básica. El tratamiento del tema es a la vez imaginativo y riguroso” (1970: 243).

<sup>4</sup> El obituario de Harold Berman en el *New York Times* describe *Law and Revolution* (1983) como “su obra más influyente” (Martin, 2007).

<sup>5</sup> En la sección 2 del artículo aparece brevemente la conexión entre el comunismo y la religión; en la sección 5, la historia del Derecho se convierte en un punto obligado de referencia al

En este artículo busco recordar el Derecho socialista, dando cuenta de sus rasgos y actitudes principales. Al final haré una invitación a explorar la influencia del Derecho socialista. Con relación a ambos puntos el texto pretende alentar investigaciones posteriores. Por ejemplo, recordar el Derecho socialista implica explorar también las distintas ramas de ese Derecho, un ejercicio que fue difundido mediante libros publicados en vigencia de la Unión Soviética,<sup>6</sup> pero que el espacio impide realizar en este artículo. Asimismo, estudiar la influencia del Derecho socialista podría motivar estudios sociológicos sobre la manera en la que algunos sistemas jurídicos se adaptaron a ese Derecho,<sup>7</sup> y también podría llamar a que se conduzcan estudios regionales de la influencia que tuvo el Derecho socialista cuando contaba con el apoyo de la Unión Soviética.

Luego de hacer una anotación inicial sobre las fuentes relacionadas con el Derecho socialista, el presente artículo recorrerá la historia de la Unión Soviética, discutirá la decisión sobre el adjetivo apropiado para caracterizar el Derecho que se desarrolló en ese crisol, describirá la actitud socialista hacia el Estado y hacia el Derecho, y presentará el debate sobre la ubicación del Derecho socialista en el Derecho comparado. El artículo concluirá, como ya lo dije, con unos comentarios prospectivos sobre el estudio de la influencia del Derecho socialista.

## **1. Una nota sobre las fuentes**

Acercarse al Derecho socialista implica enfrentar unas dificultades particulares con respecto a las fuentes, y es bueno mencionar esa problemática al inicio.

En primer lugar, buena parte de los escritos sobre el tema padecen una notoria distorsión motivada por consideraciones políticas. En particular, mucha de la literatura producida antes de la caída de la Unión Soviética adolece de serios problemas descriptivos. Con frecuencia el análisis está desfigurado por un profundo sesgo ideológico, tanto a favor como en contra, y así lo señala Fazio Vengoa al denunciar en las fuentes “la defensa de una actitud partidaria u

---

discutir la ubicación del Derecho socialista en las familias o tradiciones contemporáneas de Derecho.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Romashkin (1962).

<sup>7</sup> Al enfatizar la dimensión sociológica, la distingo de los análisis meramente textuales, como han solido ser los estudios de la influencia en el Derecho. Sobre esta orientación del análisis de la influencia jurídica, ver Nelken y Feest (2001), y también Gibson y Caldeira (1996). Un ejemplo de una exploración textual del caso colombiano, valiosa y muy reconocida, es López (2004).

hostil con respecto a la URSS” (1992: 14). En un libro posterior, publicado en 2005, el mismo autor vuelve a esta crítica, y afirma que “todavía buena parte de la literatura especializada sigue interpretando la historia ruso-soviética de acuerdo con ciertos cánones interpretativos surgidos en el contexto ideológico de la guerra fría” (Fazio, 2005: 5). Las ilustraciones de estas actitudes son abundantes, y bastará con tomar a Solzhenitsyn como ejemplo. En un libro escrito luego de la caída de la URSS, Solzhenitsyn se refiere a Gaidar y a Lenin como “fanáticos obnubilados por una idea fija que empuña su bisturí sin la menor vacilación y se dedica a cortar y volver a cortar el cuerpo de Rusia” (2002: 25); algunos de los seguidores de Lenin en la década de 1920 son descritos como “plumíferos serviles” (2002: 140), y a las intervenciones de uno de ellos las califica como “ladridos” (2002: 139). En esas condiciones el estudio de todo lo soviético, incluyendo el Derecho, con frecuencia se torna psitacístico.<sup>8</sup>

En segundo lugar, en algunos casos el análisis se muestra sorprendentemente acientífico y ahistórico. Un ejemplo algo peculiar lo ofrece Dífernan; sin ninguna base empírica o sociológica, ese autor hace un perfil de los “caracteres” del pueblo ruso, y entre ellos señala su “afición al alcohol,” su “orgullo sencillo y temperamental,” y el hecho de ser un “pueblo avezado al dolor” (1976: 95-110). Este tipo de análisis resulta inadmisiblemente simplista, y dista del llamado responsable que hace Fazio Vengoa a interpretar la historia rusa “desde una óptica de análisis que tenga en cuenta los elementos propios de esta sociedad” (2005: 11). Carecer de aquello que reclama Fazio Vengoa en el comentario anterior se convierte en otra manifestación de la falta de rigor científico.

Finalmente, otro problema con las fuentes relativas al Derecho socialista es simple y dramático: la omisión. Muy poco se escribe hoy sobre el Derecho socialista.<sup>9</sup> De los libros que solían incorporarlo, aquel Derecho ha desaparecido con una velocidad vertiginosa, como lo mostraré más adelante. Entre otros factores, este silencio ha motivado el presente artículo.

---

<sup>8</sup> Quizás algunos de los peores epítetos, incluso, sean justificados. El historiador Norman Davies dice que Stalin “es el ejemplo más claro en la historia de un criminal patológico que subió al poder supremo a través del ejercicio de sus talentos criminales” (1998: 959). Y con respecto a la producción jurídica socialista, Kühn dice: “las obras de derecho socialista comparado [...] eran difícilmente legibles y de poco valor (tenían muy poco contenido enterrado bajo una masa de propaganda política demostrando la superioridad del derecho socialista sobre su homólogo capitalista)” (2006: 227).

<sup>9</sup> Por ejemplo, la prestigiosa base de datos Scielo no registra ningún artículo bajo los criterios “Derecho socialista” o “Derecho soviético” (búsqueda realizada el 15 de mayo de 2008).

## 2. La Unión Soviética

Es imposible tratar el tema del Derecho socialista sin referirse a la Unión Soviética, su principal punto de origen. La historia de la URSS no es el interés principal de este artículo, por lo cual no haré un análisis detallado de ella. Sin embargo, con la síntesis que sigue espero construir el trasfondo necesario para las consideraciones jurídicas posteriores.

Han surgido muchas teorías y visiones retrospectivas sobre el desarrollo de la Unión Soviética, especialmente ahora que se ha desplomado. Por ejemplo, Heller y Fehér contextualizan la caída del socialismo soviético en cuatro olas revolucionarias (1994: 7-36): las revoluciones norteamericana y francesa; las “agitaciones sociales” (1994: 11) que sacudieron a Europa alrededor de 1848; las revoluciones totalitarias lideradas por Rusia y por Alemania; y aquellas que los autores llaman “revoluciones posmodernas,” es decir, los movimientos sociales responsables del fin del control socialista en Europa.

Dejando a un lado la utilidad de este u otros esquemas explicativos, existen momentos cuya importancia nadie cuestiona. Empezamos antes de 1917. Es bien conocido que, en comparación con “Europa Occidental, Rusia siguió siendo, durante un largo período de tiempo, un país atrasado” (Lorenz, 1974: 13). En 1861 fue destruido el sistema de siervos, pero los campesinos, que hacia 1900 constituían el 90% de la población, continuaron teniendo una vida muy pobre, atenuada por una modesta entrega de tierra que ellos debían pagarle luego al Estado (Lorenz, 1974: 13, 16; Fazio Vengoa, 2005: 34-40). La industrialización zarista se hizo a un ritmo frenético, se financió principalmente con capital extranjero, y llevó a una fuerte concentración de la producción que se valió de una masa de obreros arruinada y analfabeta (Lorenz, 1974: 13-15; Fazio Vengoa, 2005: 28-32). Se despertó un fervor revolucionario durante las últimas décadas del siglo XIX, pero en los primeros años del siglo XX la revolución tomó un ritmo propio, comenzando con una revolución fallida en 1905 y otra, exitosa, en febrero de 1917 (Lorenz, 1974: 28-44).

Poco después de la Revolución de febrero, Lenin regresó a Rusia del exilio y organizó su movimiento revolucionario, el de los bolcheviques, para la toma del poder, que se cristalizó entre abril y octubre de 1917. La captura definitiva del poder, en octubre de ese año, se conoce como la Revolución bolchevique. El proceso coordinado por Lenin fue gradual y certero, y deshizo el gobierno de transición que estaba gobernando en Rusia luego de la Revolución de febrero. Los bolcheviques ganaron popularidad (con la promesa de “Paz, Tierra y Pan”) y ganaron también la mayoría en los principales Soviets,

apoyados en un singular fervor revolucionario que desmoronó al Estado: “Tres gigantescos movimientos sociales se manifestaron como fuerza matriz de la revolución de 1917,” dice Lorenz, “e hicieron de ella una revolución permanente: los motines del Ejército, las revueltas de los campesinos y el alzamiento de los obreros” (1974: 44). Una vez afianzados en el poder los bolcheviques, se inició el experimento comunista en Rusia.<sup>10</sup>

Un rasgo importante de la Revolución bolchevique es su universalismo. Si bien la victoria del proletariado había comenzado en Rusia (algo que desafió las expectativas marxistas), sus dirigentes veían este evento como el punto de partida de un movimiento global.<sup>11</sup> “Los líderes rusos [de la época de Lenin],” dice Roberts, “esperaban una revolución de la clase trabajadora en todos los países capitalistas avanzados” (2004: 897). Heller y Fehér hablan de la “capacidad universalista” del proyecto revolucionario (1994: 16). El anhelo ecuménico fue, de hecho, un elemento característico de la Revolución de octubre, como lo dice Fazio Vengoa, quien destaca “la pretensión de numerosos políticos [...], así como de numerosos intelectuales a lo largo y ancho del mundo por convertirla en el germen de una pretendida universalidad (inicio de un nuevo mundo, una nueva era)” (Fazio, 2005: 21).<sup>12</sup> La tendencia universalista fue una constante en la Unión Soviética.<sup>13</sup> En 1969, Bellon comentó que el Código Civil soviético aspiraba a “la formación de un ‘hombre nuevo’” y “a la creación de un nuevo humanismo” (1969: 485). Esta pulsión

---

<sup>10</sup> Como todos los elementos de la historia soviética, la Revolución bolchevique ha suscitado un alud de interpretaciones. Heller y Fehér ofrecen la siguiente: “La revolución bolchevique destruyó la Rusia rural y produjo una sangrienta parodia de la modernidad: una revolución industrial que resultó excesivamente costosa en términos de vidas humanas y nada racional en términos de eficiencia económica” (1994: 15-16).

<sup>11</sup> Un texto proveniente de la Unión Soviética, décadas después de la revolución, dice: “La deducción del marxismo sobre la misión histórica universal de la clase obrera como constructora de la sociedad socialista fue un grandioso descubrimiento científico, que trazó el camino real de la emancipación de todos los oprimidos y explotados. [...] Únicamente al aparecer el marxismo dejó de ser utopía la secular aspiración de los hombres a una vida mejor” (Fárberov y Kositsyn, fecha no especificada: 26).

<sup>12</sup> El discurso sobre un orden nuevo, en diversos aspectos, era muy usual. Heller y Fehér lo describen como el aspecto “holístico” de esta revolución, y dicen: “Prometía una sociedad completamente nueva que trascendería radicalmente todo el marco institucional de la modernidad, y resolvería la ‘cuestión social’ *in toto* y para siempre; una sociedad que integraría institucionalmente a la humanidad” (Heller y Fehér, 1994: 16).

<sup>13</sup> Sin embargo, esta tendencia experimentó un notable período de quietud con la política de Stalin de darles prioridad a los intereses de la Unión Soviética sobre los de la revolución global, un giro expresado doctrinalmente como el “socialismo en un solo país” (Fetscher, 1974: 68-70, 80-86).

universalista del socialismo ruso se tradujo en un abierto proselitismo, en cuya estela se habría diseminado la visión socialista del Derecho.<sup>14</sup>

Luego de la Revolución bolchevique, el experimento soviético se consolidó lentamente, y con el paso del tiempo alcanzó niveles de crecimiento económico que hicieron de la URSS una de las naciones más poderosas del siglo XX.<sup>15</sup> En este proceso normalmente se destaca la mano dura de Stalin, y los historiadores tienden a ver en el proyecto de Lenin una idea que fue arruinada por el manejo sanguíneo y sanguinario de su sucesor.<sup>16</sup> Es claro, en todo caso, que el poder se centralizó en Stalin: “El sistema totalitario evolucionó de un modo gradual,” dice R. Medvedev, “hasta alcanzar su cenit después de la guerra, y se basaba en el poder total y absoluto de un único hombre, Stalin, que decidía una cantidad inmensa de asuntos [...] sin que pudiese intervenir ninguno de sus colegas” (2005: 117).<sup>17</sup> El desarrollo se logró con medidas de gran impacto, basadas en el amplio margen de acción de Stalin. Davies comenta que “Stalin se embarcó en un programa vertiginoso

---

<sup>14</sup> Como ilustración de este proselitismo metódico se encuentran dos libros (Razin, 1969; Sudarikov, 1969) publicados por la editorial Ediciones Suramérica, de Bogotá, en 1969. Los textos pertenecen a la Colección Metodología Filosófica. Ambos incluyen instrucciones pedagógicas: por ejemplo, cómo preparar una conferencia sobre estas ideas, cómo adelantar una entrevista o un coloquio sobre el tema, y qué literatura recomendar a los oyentes. Una muestra del tono de difusión de estos textos lo dan las siguientes frases: “Al pasar al siguiente tema, el oyente debe recibir instrucciones respecto a la literatura que debe estudiar” (Sudarikov, 1969: 99). “Una entrevista bien animada por lo general se despliega sobre el problema del cambio del actual Estado burgués y sobre la crisis de la democracia burguesa en la época actual” (Razin, 1969: 63).

<sup>15</sup> El título de una obra publicada en 1969 es diciente: refiriéndose a Estados Unidos y la Unión Soviética, se llama *Los dos colosos* (Saporta y Soria, 1969). Más dicientes aún son los indicadores económicos; Mearsheimer comenta: “Stalin modernizó la economía soviética despiadada pero efectivamente en la década de 1930, así que al inicio de la Segunda Guerra Mundial Alemania sólo gozaba de una modesta ventaja en riqueza sobre la Unión Soviética [...]. [...] A pesar de que la economía soviética sufrió enorme daño en la Segunda Guerra Mundial [...], la Unión Soviética surgió de ese conflicto como la economía más poderosa de Europa. No es una sorpresa que al final de la década de 1940 tuvo la fuerza militar para dominar la región” (2001: 72-73).

<sup>16</sup> Esta apreciación de los Medvedev es ilustrativa: “Lenin fue el protagonista de un proceso revolucionario que llevó a la creación de una estructura social y política innovadora dentro de un nuevo tipo de Estado, la Unión Soviética. Stalin lo convirtió en un Estado con un alto nivel de centralización, totalitario y una potencia militar industrialmente desarrollada. También fue Stalin quien tras 1945 consolidó un imperio que se extendía desde Berlín hasta Pekín” (Medvedev y Medvedev, 2005: 7; las cursivas del original fueron retiradas).

<sup>17</sup> Este endurecimiento se extendió a numerosos aspectos de la sociedad, como el policivo y el ideológico; así lo ilustra Fetscher (1974: 68-80), y dice: “Stalin hacía aparecer como principios fundamentales lo[s] que no eran más que puros problemas tácticos del momento, para, de ese modo, estar en condiciones de calificar como decadencia del marxismo-leninismo cualquier desviación de su juicio sobre la situación” (1974: 72).

diseñado para crear un poder industrial y militar de primera línea en cuestión de una década” (1998: 960). En este programa, Davies identifica seis elementos interconectados: “la planeación central, la industrialización acelerada, el hecho de armarse nuevamente, la agricultura colectiva, la guerra ideológica, y el terror político” (1998: 961).<sup>18</sup>

El éxito económico de la Unión Soviética estimuló sus aspiraciones universalistas, en la medida en que su prosperidad sedujo a muchos países no industrializados. Recordemos que el milagro económico ruso se logró en una nación cuyo atraso a inicios del siglo XX era manifiesto; tal vez en el modelo soviético otras sociedades encontrarían el secreto para la modernización. Al respecto, Hobsbawm comenta: “La fórmula soviética de desarrollo económico —una planificación estatal centralizada encaminada a la construcción ultrarrápida de las industrias básicas y las infraestructuras esenciales para una sociedad industrial moderna— parecía pensada” para el mundo en desarrollo, y la eficacia del modelo de desarrollo soviético desde el período de entreguerras y hasta 1960 reforzó el atractivo del modelo soviético (1998: 376).

Después de la muerte de Stalin, Rusia no tardó en intentar apartarse de las peores secuelas del estalinismo.<sup>19</sup> A pesar de eso, la Unión Soviética alcanzó su “apogeo” en la primera mitad de la década de 1960 (Poch-de-Feliu, 2003: 1). Los indicadores económicos eran muy alentadores, y no era para nada seguro si resultaría vencedor el capitalismo liderado por Estados Unidos o el comunismo liderado por la Unión Soviética. Los eventos posteriores han simplificado el análisis, tal vez artificialmente. Muchos detectan problemas de

---

<sup>18</sup> Cuando el modelo finalmente se consolidó, uno de sus rasgos dominantes fue la concentración del poder político en el Partido: en palabras de Hobsbawm, los “sistemas políticos del mundo socialista [...] [s]e basaban en un partido único fuertemente jerarquizado y autoritario que monopolizaba el poder estatal —en realidad, suplantaba en ocasiones al estado— y que gestionaba una economía de planificación centralizada, e imponía (por lo menos teóricamente) un credo marxista-leninista único a los habitantes del país” (1998: 374).

<sup>19</sup> Un ejemplo muy citado de este distanciamiento es el momento en el que Jruschov se dirigió a un grupo selecto de delegados al terminar el XX Congreso del Partido en febrero de 1956. En un informe que luego se volvería muy conocido, Jruschov denunció muchos de los abusos cometidos por Stalin y además pidió acabar con el culto a la personalidad de Stalin (Medvedev, 2005: 113-116; v. Davies, 1996: 962; Fetscher, 1974: 92). Estas revelaciones llegaron a dificultar la relación entre Rusia y sus subordinados europeos (Lowenthal 1965: 221-222; Roberts, 2004: 1090-1091), algo que a su vez le generó ciertas dificultades internas al mismo Jruschov (Fetscher, 1974: 94).

vieja data en el comunismo,<sup>20</sup> y proliferan las teorías que buscan explicar la caída del socialismo ruso.

Tomemos tan sólo el estudio del historiador Fazio Vengoa sobre el fin del modelo soviético.<sup>21</sup> Él propone cinco elementos que produjeron la crisis del sistema: primero, el hecho de que “los requerimientos de mano de obra para aumentar la cobertura productiva del sistema industrial crecieron a pasos más veloces que la población en edad de trabajar,” principalmente a causa del “débil crecimiento de la productividad laboral que no correspondía a las exigentes normas de producción diseñadas por los órganos planificadores” (1992: 83). Segundo, la “disminución de las inversiones” (1992: 87), que de por sí tendían a favorecer a un sector productivo lento, dando lugar con el tiempo a “una mediocre satisfacción de las necesidades sociales e individuales” (1992: 88). Tercero, “la disminución y el encarecimiento en la extracción de las materias primas y de los recursos energéticos” (1992: 91), que con la crisis energética de los setentas generó distorsiones económicas como el suministro irregular de materias primas (1992: 91-94). Cuarto, “la débil y lenta modernización de los aparatos productivos” (1992: 94). Y, finalmente, “el peso desmedido de la industria militar sobre la economía” (1992: 95). Un problema de fondo, dice Fazio Vengoa, fue el anquilosamiento del sistema: la economía soviética “nunca fue verdaderamente reformada” desde la década de 1930, mientras “la sociedad y las necesidades habían cambiado radicalmente” (1992: 98).

Observemos que este no es un análisis reduccionista, en el sentido de culpar exclusivamente a un factor por el colapso de la URSS. No fueron sólo la economía y la represión las que produjeron el fin de la Unión Soviética. Por ejemplo, otros comentaristas destacan la falta de credibilidad,<sup>22</sup> o incluso de fe, que generó el sistema. Las connotaciones religiosas del gobierno soviético son

---

<sup>20</sup> El período de 1947 a 1976, dice Lilly Marcou, es el período de la “*crisis del marxismo*,” situación a la que se unen la crisis del movimiento comunista y una fuerte crisis teórica, estructural, e ideológica (1980: 124).

<sup>21</sup> Otro análisis sobre el colapso soviético lo ofrece Oehling (1996: 22-36), quien distingue tres grandes crisis que en su criterio explican la disolución de la URSS: una crisis económica, marcada por una tasa negativa de crecimiento desde 1984; una crisis del federalismo, en la que se destacan la resurrección del nacionalismo en las repúblicas y sus posteriores reclamaciones; y una crisis interna del Partido. Un planteamiento como el de Oehling se acerca al problema que reporta Fazio Vengoa en varios de sus escritos (p. ej., 1992: 99; 2005: 23-24), y es el hecho de no estudiar el desarrollo soviético como un fenómeno de “larga duración” (el concepto es tomado de la Escuela de los *Annales*).

<sup>22</sup> “El régimen soviético cayó en parte porque ya era imposible que alguien creyera en sus institucionales formales y estatales” (Glenn, 2004: 331).

de amplio conocimiento.<sup>23</sup> Poch-de-Feliu afirma que el “istmat”, es decir, la ideología soviética, actuaba como un credo religioso, pero también era una “teoría para el desarrollo social”, que le “ponía fecha a sus planes y paraísos,” permitiendo una verificación ante la cual salió mal librada (2003: 4). “En los años setenta,” continúa Poch-de-Feliu, “la afirmación oficial de que la URSS representaba un estado de cosas al que toda la humanidad debía acceder algún día [...] ya había perdido toda fuerza religiosa” (2003: 5). Con algo de presciencia, en 1963 Richard Lowenthal subtítulo uno de sus libros *The Disintegration of a Secular Faith* (“La desintegración de una fe laica”) (1965).<sup>24</sup> Desde el punto de vista jurídico, Kühn sugiere que el Derecho soviético tenía factores, como el uso de un texto sagrado, que lo acercaban a “la familia de los sistemas jurídicos religiosos” (2006: 225-226).

Si bien los comentaristas discreparán sobre las causas, el hecho es que la Unión Soviética se desintegró a finales del siglo XX. Inicialmente no fue claro si lo sucedido en el mundo socialista hacia 1989 debía constituir una revolución. Ralf Dahrendorf trae a colación el término acuñado por Timothy Garton Ash para describir estos eventos: *refolución*, es decir, “revoluciones reformistas” (2006: 17). Dahrendorf sí considera que fueron revoluciones, tanto por sus aspectos formales como por su propósito de “construir un mundo nuevo” (Dahrendorf, 2006: 19). Ya vimos que en criterio de Heller y Fehér también fueron revoluciones, aunque su optimismo ante esos eventos hoy parece desmedido.<sup>25</sup> En efecto, el derrumbe del socialismo no fue inmediatamente positivo para Rusia. Muchas antiguas sociedades socialistas pasaron, dice Dahrendorf, por un “valle de lágrimas económico” (2006: 25) que los llevó a cuestionar la sabiduría de su transformación (Dahrendorf, 2006: 16-17). En uno de sus libros, Solzhenitsyn denuncia, desde el título mismo de

---

<sup>23</sup> Fergusson describe el marxismo como un buen ejemplo de escatología laica (1997: 232-233), y dice: “El tenor escatológico de esta visión comunista del futuro de la historia ha sido objeto de frecuentes comentarios” (1997: 232). Por otra parte, he aquí un pequeño ejemplo del tono religioso en el discurso de los líderes soviéticos. El Programa del Partido Comunista de julio de 1961 afirmó: “¡la actual generación de soviéticos vivirá el comunismo!” (citada en: Poch-de-Feliu, 2003: 2). El tono profético de esta afirmación se asemeja al de Jesús en Mateo 23:36: “Les aseguro que todo esto vendrá sobre esta generación” (Trad. Nueva Versión Internacional).

<sup>24</sup> El texto de Lowenthal ciertamente enfatiza el carácter religioso de la doctrina comunista: “un movimiento construido de acuerdo con el modelo bizantino, en el que coinciden la lealtad a la doctrina y la obediencia al Estado” (1965: 205).

<sup>25</sup> Heller y Fehér pronosticaron para los nuevos Estados resultantes un elemento de consenso: “la primacía de la libertad” (1994: 42). Igualmente vaticinaron una emancipación “en forma de negociación de las reglas de transacción entre el Estado, el mercado y los ciudadanos” (1994: 42); de esta negociación esperaban “cambios drásticos” que reconfigurarían la política moderna (1994: 42) y darían lugar a una “*ciudadanía económica*” (1994: 41).

la obra (*Rusia bajo los escombros*), la situación deplorable de la Rusia poscomunista.<sup>26</sup>

### **3. Derecho socialista, soviético, comunista, marxista**

Regresemos al tema central de este artículo. La Unión Soviética que recorrimos brevemente tuvo, durante toda su existencia, un sistema jurídico. Existe desacuerdo sobre el epíteto que debe usarse para referirse al Derecho creado en la Rusia posterior a la revolución, como lo describe Dífernan (1976: 47-55). Los principales candidatos son comunista, socialista, y soviético; por ejemplo, Pizzorusso habla de “derecho soviético” (1987: 58), mientras Merryman se refiere al “derecho socialista” (1989: 15).

Cada término tiene una variedad de implicaciones. El más problemático es el título “comunista.” Para las tesis marxistas el comunismo constituye una fase posterior al socialismo, pero el rótulo “comunista” fue usado con frecuencia durante el siglo XX y fue aclimatado a las realidades soviéticas, aunque siguiera sometido al influjo teórico occidental.<sup>27</sup> Algunos trazan diferencias entre las distintas fases en el desarrollo del comunismo soviético, que impiden tratar toda la experiencia comunista como si fuera homogénea.<sup>28</sup> No obstante, la apropiación del término por los revolucionarios y posrevolucionarios rusos le ha atribuido al calificativo “comunista” connotaciones negativas, como la que señala Dífernan al decir que “[e]n la práctica, el comunismo se ha convertido en la dictadura de una élite autodesignada” (1976: 51).

Los dos términos restantes (socialista y soviético) igualmente pueden mezclarse. Acerca del régimen soviético en su “apogeo,” al que llegó en la primera mitad de la década de 1960, Poch-de-Feliu dice que “[t]anto la sociedad, la inmensa mayoría de ella, como sus dirigentes creían en unos valores que, sin ser ‘socialistas’, en el sentido de lo que formularon los padres europeos de la doctrina, sí eran genuinamente ‘soviéticos’, es decir, resultado de la conciencia y la cultura ‘nacional’ pasada por el filtro, dramático y

---

<sup>26</sup> En ese texto de 1998, Solzhenitsyn escribió que “hoy todos reconocen que Rusia está completamente aplastada” (2002: 7), y además que los neodemócratas liderando el país “han demostrado ser incapaces de manifestar el menor interés por las necesidades del pueblo y las desgracias que lo aquejan” (2002: 22).

<sup>27</sup> Así lo señala H. Patrick Glenn: “El comunismo soviético [...] era comunismo formal, con una fuerte influencia de ideas occidentales y de concepciones occidentales del Derecho” (2004: 331).

<sup>28</sup> Al respecto, Norman Davies aclara: “el estalinismo fue el modo dentro del cual el comunismo soviético se estabilizó, y que aportó las bases de la vida soviética en la URSS hasta 1991. Por esta razón, es la versión de Stalin del comunismo, y no la versión de Lenin, la que debe considerarse al hacer una evaluación general del sistema” (1998: 965).

contradictorio, de las experiencias de las últimas décadas” (2003: 1, 3). Algunos pensadores resuelven el problema al formar, por soldadura, cadenas de términos, como lo hace Gray al referirse al “marxismo-leninismo-estalinismo” (1970: 236).

La confusión de términos puede traducirse, en el plano teórico, en imprecisión. Por ejemplo, dice Chambre que el “término ‘legalidad socialista,’” que se hizo muy frecuente en los primeros años de la Rusia posrevolucionaria, “es, de hecho, un término bastante vago y, como señalan algunos juristas soviéticos, varía de contenido según las circunstancias y las etapas de la dictadura del proletariado” (1966: 206; v. Hazard, 1965b: 270-276). En síntesis, el recurso a distintos títulos, y el cambio en el significado de ellos durante el siglo XX, llegó a dotar a algunos conceptos fundamentales para el sistema jurídico soviético, como el de “legalidad socialista,” de tanta maleabilidad que podían asumir casi cualquier contenido. Aquí favoreceré el término “Derecho socialista,” pero en ocasiones usaré en su reemplazo el de “Derecho soviético.”

#### 4. El Estado y el Derecho

El solo hecho de hablar de un Derecho socialista es problemático. La teoría marxista contaba con el colapso del Estado a lo largo de la fase socialista, en la medida en que se superara la contradicción de clases inherente a la sociedad capitalista. Al marchitar el Estado, también debería desaparecer el Derecho, otro instrumento propio de sociedades clasistas. Desde luego que ninguno de los dos desvanecimientos ocurrió, y la actitud de los pensadores soviéticos cambió en respuesta a la persistencia del Estado y las leyes. Consideremos primero el caso de la teoría del Estado, y luego pasaremos a la actitud sobre el Derecho.

##### 4.1. El Estado para el socialismo

Es casi un dogma marxista que el Estado deberá desaparecer. La razón es que el Estado es una creación esencialmente explotadora e injusta, controlada por las minorías poderosas en las sociedades de clases. “A lo largo de milenios,” explican Fárberov y Kositsyn, “el Estado ha funcionado como instrumento de dominio de clase. Esto significa que el Estado en la sociedad de clases contrarias es, por naturaleza y en esencia, *la dictadura de la clase dominante en la sociedad, su organización política*. Esto se pone de manifiesto en que la clase dominante, por mediación del Estado, impone la sumisión organizada a su voluntad, la coerción y la violencia y su poder en la sociedad, respecto a

otras clases, a otras capas de la población” (fecha no especificada: 12).<sup>29</sup> Una vez sea superada la división de poder que da lugar al Estado, el Estado colapsará. En este sentido dice Rázin que el “Estado burgués se rompe, se destruye en el período de la revolución socialista; el Estado socialista se extingue por innecesario, o sea cuando la formación económico-social del comunismo, al desarrollarse ya en su fase superior, logre un nivel bajo el cual el Estado sea algo superfluo” (1969: 54).<sup>30</sup>

En vista de las teorías anteriores, un gran problema para los pensadores socialistas consistía en explicar la continua supervivencia del Estado. Los críticos del régimen podían denunciar la hipertrofia estatal con gran confianza, y subrayar la discrepancia entre la teoría marxista y la práctica soviética. La realidad, afirma Craipeau, fue bien distinta a la que propuso Lenin en 1917: “No hace falta recordar hasta qué punto los hechos han desmentido sus previsiones. Lejos de convertirse en el quehacer de todos, el Estado fue finalmente monopolizado por una casta rigurosamente estratificada, y dominada a su vez por un autócrata” (1972: 24-25).

Los pensadores soviéticos necesitaron estrategias argumentativas distintas.<sup>31</sup> Stalin sentó las bases con un cambio de actitud hacia el Estado y el Derecho

---

<sup>29</sup> Rázin analiza este problema en términos de la base y la superestructura, y subraya el carácter opresivo del Estado: “El materialismo histórico parte en su doctrina sobre el Estado de que éste es una superestructura política sobre la base económica. La base engendra su correspondiente superestructura. [...] El Estado es la organización económica dominante y [...] en manos de ésta es un instrumento para oprimir a las demás clases” (1969: 18).

<sup>30</sup> Craipeau resume así la tesis marxista, enarbolada por Lenin, acerca de la desaparición del Estado: “el progreso técnico, la concentración, la simplificación de las operaciones de inventario y de control, y la creciente instrucción de las masas populares permitirán sustituir, de un día para otro, a los capitalistas y a los funcionarios por el pueblo entero. La insurrección proletaria tendrá que asegurar el mantenimiento de las nuevas relaciones sociales mediante la vigilancia de los obreros armados, pero al mismo tiempo, al hacer añicos la estructura del Estado, iniciará el proceso de su desaparición” (1972: 24).

<sup>31</sup> Una lectura de esta situación es que el desarrollo soviético excedió los parámetros teóricos marxistas, y los pensadores posteriores tuvieron que justificar esos cambios desde la teoría. Hobsbawm explica el protagonismo del Estado como una adaptación necesaria de los bolcheviques. La fuerte planificación estatal de la economía no fue diseñada por el marxismo, sino que resultó de la necesidad planificadora de la época de guerra en la que se afianzó la Revolución bolchevique, y de hecho tomó como modelo la economía de guerra alemana durante la Primera Guerra Mundial (v. Lorenz, 1974: 50). “La guerra,” dice Hobsbawm, “condujo a la nacionalización de todas las industrias a mediados de 1918 y al ‘comunismo de guerra’, mediante el cual un estado bolchevique en pie de guerra organizó su lucha a vida o muerte frente a la contrarrevolución y a la invasión extranjera, y se esforzó por conseguir los recursos necesarios para ellos. Todas las economías de guerra, hasta en los países capitalistas, conllevan la planificación y la dirección de la economía por el estado. [...] Las economías de guerra comunistas tendían por naturaleza y por principio a sustituir la propiedad y la gestión privadas

que veremos más adelante. Algunos intelectuales favorables al régimen soviético ponían sus esperanzas en la pronta superación de los problemas que mantenían vivo al Estado. Una solución teórica era negar por definición el carácter clasista de la dictadura del proletariado, y suponer que el sistema soviético era la puesta en práctica de esa dictadura. Por ejemplo, Sudarikov dice: “La dictadura del proletariado pone las bases de la transformación social que tiene como objetivo la liquidación de las clases y de toda desigualdad social en general” (1969: 40). Rázin, en la misma línea, afirma: “el Estado de la dictadura del proletariado no es explotador y en tal sentido es un Estado en proceso de extinción” (1969: 55). Esto no ha sucedido todavía, continúa Rázin, porque “el Estado es aun necesario a todo el pueblo para la construcción del socialismo” (1969: 56). Otros pensadores fundían los conceptos de Estado y dictadura del proletariado con un grado de optimismo que hoy es evidentemente excesivo: “Para el País Soviético,” dice Burlatski, “en nuestros días, el problema de la dictadura del proletariado sólo tiene ya, en realidad, un interés histórico. En la URSS, el Estado de la dictadura del proletariado se ha transformado en Estado de todo el pueblo” (fecha no especificada: 42).

#### 4.2. La actitud marxista y soviética hacia el Derecho

Desde luego que los replanteamientos teóricos sobre el Estado soviético siguieron generando discusiones a la luz de la teoría marxista que apuntaba hacia una realidad contraria. Otro elemento sobre el cual se precipitó un cambio de actitud fue el Derecho. Los mismos postulados marxistas que vaticinaron el fin del Estado conducían inexorablemente al fin del Derecho, pero su continuidad en la Unión Soviética obligó a adoptar nuevas posturas.

Empecemos por el punto de vista teórico. Si el Estado para el marxismo es en su esencia explotador, ciertamente también lo es el Derecho,<sup>32</sup> como lo explica Rázin:

Es necesario subrayar que con la aparición del Estado surgió también el derecho, que es la voluntad de la clase dominante erigida en ley. Para defender su propiedad y sus relaciones de producción la clase dominante

---

por las públicas, y a prescindir del mercado y del mecanismo de precios” (1998: 377). Más adelante, la Nueva Política Económica (NEP) implementada por Lenin en 1921 introdujo ajustes que resultarían duraderos: “aunque la NEP dismantelase el comunismo de guerra, el control y la coacción del estado siguió siendo el único modelo conocido de una economía en que propiedad y gestión habían sido socializados” (Hobsbawm, 1998: 378).

<sup>32</sup> Chambre subraya la conexión entre la clase dominante y el Derecho: “Para Marx, [...] Estado y Derecho surgen de las condiciones materiales de vida de los pueblos y son la expresión de la voluntad dominante, la voluntad de la clase que detenta el poder del Estado” (1966: 203).

crea en conjunto un sistema especial de normas cuyo cumplimiento está asegurado en virtud de toda la fuerza coercitiva del Estado, es decir, de esos mismos destacamentos armados. En las normas jurídicas del Estado burgués, unas veces de modo desembozado y otras encubierto, se fija la situación carente de derechos de los trabajadores, que de una manera u otra están obligados a observar el orden jurídico ventajoso y cómodo para la clase dominante. (1969: 20)<sup>33</sup>

Este Derecho, como el Estado, debía desaparecer una vez fuera superada la contradicción de clases. “El triunfo del socialismo,” comenta Razi, “habría logrado crear una sociedad sin clases en la que, junto con el Estado, el Derecho mismo habría marchitado y desaparecido, dado que al eliminar las clases, divididas y antagónicas, ni el Estado ni el Derecho, su instrumento de opresión, tendrían ya una razón de ser. Lo que se buscaba no era el reemplazo del Derecho burgués por un Derecho socialista sino un nuevo orden social basado en la administración” (1960: 784).<sup>34</sup> El Derecho debía superarse, no sustituirse por otras normas; la administración y la moral serían su reemplazo (v. Bellon, 1969: 485).

La actitud hacia las normas jurídicas mantuvo, por lo tanto, notas de desprecio. La frustrante perduración del Derecho no le removió del todo el estigma de tener un carácter contingente, y llegó a ser instrumentalizado como una herramienta que estaba al servicio del Estado, sin limitarlo.<sup>35</sup> Así lo expresa Bellon al describir, en 1969, la apreciación soviética del Derecho: “el Derecho sólo se considera como un instrumento de trabajo, una técnica destinada a garantizar la evolución social hasta que una suficiente elevación del grado de

---

<sup>33</sup> Rázin continúa así: “La historia del Estado burgués demuestra que el derecho burgués solamente garantiza la libertad para la explotación, que la igualdad burguesa es apenas la de ganancia igual por capital igual, que la burguesía solo se acuerda de hablar de fraternidad cuando se siente estrecha, pero en el resto del tiempo explota sin escrúpulos a sus ‘hermanos’. Si las normas jurídicas del Estado esclavista y en buena medida las del feudal se caracterizaban por una sinceridad directa y burda en la defensa de los derechos de las clases dominantes, el derecho burgués es una pura hipocresía. De palabra garantiza los intereses de todos los miembros de la sociedad, pero en la realidad es una aguda y flexible herramienta de la clase dominante” (1969: 28-29).

<sup>34</sup> Esta actitud fue acogida por los pensadores de la época revolucionaria: la primera reflexión sobre el Derecho luego de la Revolución bolchevique “se apoyaba en tesis idealistas sobre el decaimiento del derecho que ocurriría pronto en un nuevo Estado revolucionario, una sociedad transicional que marcharía hacia un comunismo sin Estado y sin clases” (Kühn, 2006: 219).

<sup>35</sup> “Los filósofos soviéticos del derecho siempre han afirmado que el Derecho es una herramienta del Estado,” y a pesar de los desacuerdos que surgen entre ellos en otros asuntos, “ha existido un consenso total sobre la idea de que el Derecho no puede obrar como una influencia restrictiva sobre el Estado” (Hazard, 1950: 450).

conciencia cívica de los ciudadanos permita su progresiva desaparición” (1969: 481, 483).

Con el paso del tiempo, los académicos pospusieron el fin trágico del Derecho, y le encontraron una función dentro del socialismo soviético (v. Hazard, 1940: 567; Hazard, 1953: 1-6). Temprano en la década de 1930, se “predijo que la muerte del Derecho y su reemplazo por la ‘administración’ se lograría en unos pocos años” (Barry y Berman, 1968: 8). Sin embargo, en 1936 Stalin “clamó por la ‘estabilidad de las leyes’ y celebró la nueva Constitución como la piedra angular de una nueva ‘legalidad socialista’” (Barry y Berman, 1968: 9). Stalin deprecó a los exponentes de la idea de que el Derecho desaparecería, llamando a esta noción una “actitud nihilista hacia el Derecho” (Razi, 1960: 784-785).<sup>36</sup> La muerte del Derecho, corrigió Stalin, “sólo podría ocurrir cuando el Estado y el Derecho se hubieran fortalecido en preparación para el decaimiento final”; los errores de los teóricos iniciales se debían a una “fundamentación insuficiente en el materialismo dialéctico” (Hazard, 1953: 6).

El jurista principal hacia finales de la década de 1930, A. V. Vyshinsky, ayudó a legitimar intelectualmente el cambio impulsado por Stalin. Vyshinsky “rechazó la tesis de que el derecho debía desaparecer durante el socialismo,” ya que debía esperar hasta el arribo del verdadero socialismo; en el interregno, “el derecho cumplía la importante labor de preservar el orden y el control comunista del poder en un Estado socialista” (Kühn, 2006: 220). La transformación en la actitud hacia el Derecho fue armonizada con la teoría marxista clásica. Tumánov es un buen ejemplo de este esfuerzo. En un escrito publicado mientras aún existía la URSS, Tumánov dice que es fácil caricaturizar como reduccionista la posición marxista que “[I]gó indisolublemente el Derecho con el régimen socioeconómico” (fecha no especificada: 211). Pero Tumánov aclara: “Del hecho de que el Derecho no puede ser concebido abstractivamente del régimen socioeconómico, el marxismo no dedujo nunca que sólo estuviera condicionado por la economía y era nada más que un molde de ella” (fecha no especificada: 212). Adicionalmente, Tumánov afirma: “El Derecho, al definir las reglas de conducta de los hombres y reglamentar las principales relaciones entre ellos, influye sustancialmente en el curso del desarrollo social. Una vez que surge, adquiere relativa independencia respecto al régimen socioeconómico” (fecha no especificada: 213).

---

<sup>36</sup> La dramática caída en desgracia del principal adalid de la teoría jurídica posterior a la revolución, Pashukanis, es descrita por Hazard (1938).

La visión reformada del Derecho se afianzó en las décadas siguientes,<sup>37</sup> como lo puntualiza Fazio Vengoa: “En los años cincuenta se le fue dando forma a un sistema judicial, embrión de un Estado de derecho. A diferencia del régimen anterior que reconocía los derechos en el papel, le sucedió un sistema compuesto de leyes, derechos y garantías. [...] Sin duda que todavía es temprano para definir este nuevo régimen como un Estado de derecho, pero sí se puede hablar de un sistema que empieza a reconocer la importancia de la ley” (2005: 154-155). Este cambio en la apreciación del Derecho produjo otro cambio, en la valoración de los juristas: una Resolución del Comité Central de Educación Jurídica revitalizó la educación jurídica en la Unión Soviética (Razi, 1960: 786; v. Barry y Berman, 1968).<sup>38</sup>

En las distintas ramas del Derecho también podemos notar el cambio de actitud hacia el mundo jurídico en la Unión Soviética. Por ejemplo, en los primeros años de la década de 1920, los delincuentes eran vistos como seres cuya conducta era producida por un sistema represivo y clasista, o, en palabras de Bellon, por una “organización basada en la venalidad” (1969: 485). Por esta razón el castigo debía consistir principalmente en rehabilitación, y además la transformación económica bastaría para eliminar el delito (Hazard, 1940: 566). Con la indelicada insistencia de los delincuentes, no obstante el crecimiento económico soviético, la percepción cambió; si bien el número de delitos se redujo, los criminales eran vistos como “disidentes incorregibles,” financiados por Occidente —decían las autoridades— para acabar con la Unión Soviética (Hazard, 1940: 574). En algunas ocasiones eran tildados de “parásitos” (Hazard, 1940: 568). En 1969 Bellon seguía reportando una mayor “severidad” y “diversas medidas de severa represión” contra los delincuentes (1969: 485). El mismo autor afirma que, a pesar de ello, “los juristas soviéticos siguen creyendo, o mejor dicho, esperando, que con el advenimiento de la abundancia desaparecerán lentamente las ideas de parasitismo, de lucro, etc., y que en los próximos decenios se asistirá a una progresiva sustitución de las normas legales por normas morales” (Bellon, 1969: 485).

Una situación que puede estar relacionada con la actitud variante del mundo soviético hacia el Derecho es el grado de diversidad jurídica en los países socialistas. Whitmore Gray escribió en 1970 que el trabajo académico sobre el Derecho soviético debe dar cuenta del “hecho de la diversidad, además de las

---

<sup>37</sup> Luego de la muerte de Stalin, “el liderazgo post-Stalin buscó extender la legalidad socialista no sólo a la vida cotidiana social y económica sino también —dentro de ciertos límites— a la política y a la ideología” (Barry y Berman, 1968: 9).

<sup>38</sup> La actitud del socialismo cubano hacia el Derecho y los juristas, según reporta Azicri, no fue tan negativa; esto se atribuiría, de acuerdo con la descripción que hace el mismo autor, a la forma gradual en la cual el socialismo fue introducido a Cuba (1981: 558-559).

diversidades particulares” (1970: 245). En noviembre de 1963, en Bruselas, se organizó un foro que reunió a juristas occidentales y de Europa oriental. Acerca del foro, Rudolf Schlesinger reportó: “los representantes de los países socialistas debatieron con tanta frecuencia entre ellos como con los participantes occidentales, y no dudaron en mencionar la existencia de desacuerdos en sus propios países, dentro de los cuales ellos representaban el punto de vista de una mayoría o una minoría de los abogados académicos locales” (1964: 474). Eso no impide que los juristas soviéticos hablen de “un derecho socialista soviético único,” pese a las diferencias,<sup>39</sup> o que reconozcan en los “principios del socialismo” el elemento cohesivo (Grigorián y Dolgopólov, fecha no especificada: 11-12).<sup>40</sup>

En un artículo publicado en 1965, John N. Hazard hizo un análisis cuidadoso de, precisamente, la unidad y la diversidad en el Derecho socialista. El artículo parte de la primera época posterior a la revolución, en la cual el único principio de unificación era el concepto vago del “carácter socialista” del sistema (1965b: 270-276; v. Razi, 1960: 783). Después de Stalin, las agencias federales debían producir “fundamentos,” que las repúblicas luego podían desarrollar al redactar sus propios códigos (Hazard, 1965b: 275-281).<sup>41</sup> Hazard determinó que las repúblicas con frecuencia caían en patrones recurrentes, a pesar de su libertad de redacción; en los códigos penales, por ejemplo, “el esquema general en todos muestra muy poca innovación” (1965b: 279). En los países comunistas por fuera de la Unión Soviética, Hazard notó una tendencia igual, no obstante sus reclamos de independencia (1965b: 282-289); muchos

---

<sup>39</sup> Azicri, al estudiar el caso del socialismo cubano, resume las posiciones de Hazard y de Makhnenko sobre el núcleo común de los países socialistas (1981: 559-561). Además, señala que el Derecho cubano ha sido fiel a su realidad nacional, “si bien es bastante poderosa la tendencia hacia la comunidad de las instituciones políticas más importantes basadas en una filosofía judicial similar” (1981: 564).

<sup>40</sup> La cita completa es esta: “todas las ramas del Derecho soviético, pese a las diferencias existentes entre ellas, tienen muchos rasgos comunes que las agrupan en un derecho socialista soviético único. Esta comunidad consiste en que todas las ramas del Derecho soviético descansan sobre una base única de la organización económica y política de la sociedad socialista soviética y arranca de que ésta se compone de las masas trabajadoras, desconoce la explotación del hombre por el hombre, está dirigida y orientada por el Partido Comunista de la Unión Soviética y tiene por base política los Soviets de diputados de los trabajadores, órganos representativos del propio pueblo, dotados de toda la plenitud del poder del Estado. Todas las ramas del Derecho socialista soviético descansan sobre los principios del socialismo” (Grigorián y Dolgopólov, fecha no especificada: 11-12).

<sup>41</sup> Bellon explica estos “fundamentos” así: “las recopilaciones de *Principios generales* o *Fundamentos* del Derecho civil y del enjuiciamiento penal” son una “especie de leyes-tipo destinadas a señalar a los legisladores de cada república federada las directrices que deben seguir, aunque les concedan una cierta autonomía en la elaboración de los códigos referentes a las distintas materias” (1969: 481).

de estos legisladores habían estudiado en universidades de la URSS, y algunos de ellos eran ayudados *in situ* por “tutores soviéticos [...] para darles asistencia técnica” (Hazard, 1965b: 283). Hazard concluyó que “la unificación entre los países liderados por el comunismo ha sido concebida más como una unificación del propósito legislativo que como una unificación de textos” (1965b: 288); asimismo, Hazard razonó que estos Estados, exceptuando a China, “se han acercado a una unidad de concepto que ha llevado a una unificación considerable del derecho socialista” (1965b: 289).

## 5. Ubicación del Derecho socialista en el Derecho comparado

La discusión sobre la unidad y la diversidad nos conecta con la siguiente sección del artículo, cuyo tema central puede expresarse como una pregunta: ¿dónde debe ubicarse el Derecho socialista? El hecho de la diversidad no es un argumento para negar por sí solo que el Derecho socialista constituya una tradición jurídica independiente; si fuera así, iguales razones podrían esgrimirse para disolver todas las demás tradiciones jurídicas. Las tradiciones dependen de otros elementos, más actitudinales que normativos,<sup>42</sup> y en ese sentido la unidad de propósito que subraya Hazard puede contribuir a señalar la fisonomía de una tradición socialista.

Pero esta es tan sólo una aproximación inicial al tema; en realidad se ha debatido mucho sobre el lugar que debe ocupar el Derecho socialista en el panorama jurídico mundial. El debate parte de un hecho histórico, y es que antes de la Revolución bolchevique Rusia se inscribía en la tradición del *civil law*. Las categorías de la tradición civilista son evidentes en el Derecho socialista, y desconocer estas categorías con frecuencia tomaba a los juristas internacionales por sorpresa. Para el estudiante del Derecho soviético, dice Hazard, “será más fácil entender los orígenes del derecho soviético si está familiarizado con el derecho romano de los pandectistas y con los sistemas romanistas modernos. De ese modo no cometerá errores por falta de información,” al ver en figuras civilistas “consecuencias únicas de una ideología socialista” (1970: 190).<sup>43</sup> En igual sentido se pronuncia Schlesinger: como experto en Derecho soviético, cuenta en un artículo de 1964 que con

---

<sup>42</sup> Merryman explica este punto al afirmar que la tradición jurídica no implica identidad de normas, sino, entre otras cosas, “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas” (1989: 17). Volveremos a estas palabras de Merryman más adelante.

<sup>43</sup> Whitmore Gray coincide con Hazard, y señala que para los juristas del *common law* “las perspectivas de los académicos europeos proveen un correctivo útil frente al grado aparente de desviación de los soviéticos de los patrones normativos más generalmente aceptados” (1970: 236).

frecuencia se encontraba en la posición de “tener que explicarles a los colegas británicos que muchos de los rasgos ‘extraños’ del derecho socialista son comunes a todos los países de la tradición del *civil law*” (1964: 475).

El número de posiciones encontradas en este punto es considerable, y tienden a organizarse en dos bandos: quienes consideran el Derecho socialista como algo verdaderamente único, y quienes ven en el Derecho socialista una continuación del Derecho civilista que le sirvió de base. Ya veremos representantes de ambas posturas, pero primero nos detendremos en dos pensadores que presentan el problema sin asumir una posición concreta. La sección concluirá con el análisis magistral de John Quigley sobre este problema, y con algunos comentarios sobre el estado actual de la discusión.

Algunos juristas asumen una perspectiva tentativa que no los hace partidistas en el debate. Un texto de Kühn ofrece un buen ejemplo: en él, Kühn afirma que si bien los socialistas insistían en el carácter único de su Derecho, había elementos de continuidad que provocaban respuestas variadas. Kühn dice: “En sus tratados sobre derecho comparado, los académicos socialistas gastaron mucha de su energía defendiendo la tesis de que la cultura jurídica socialista era una cultura jurídica separada tanto del *common law* como del derecho continental, y superior a ambas. Sin embargo, la respuesta a la pregunta sobre si los sistemas jurídicos socialistas formaban una cultura genuinamente independiente dependía del punto de vista asumido” (2006: 224). Las reglas y códigos permanecían fieles a la tradición continental, continúa Kühn, pero por otra parte la “diferencia ideológica entre las culturas jurídicas socialista y occidental puede ser considerada esencial” (2006: 225).<sup>44</sup>

Watson adopta una posición reflexiva semejante. Luego de hablar sobre el tema general de las revoluciones en el Derecho, y la Revolución bolchevique en concreto,<sup>45</sup> Watson dice: “En muchos aspectos el derecho soviético es muy distinto del derecho ruso previo. Habiendo dicho eso, también debe afirmarse

---

<sup>44</sup> Kühn continúa: “Si hubiéramos intentado encontrar una respuesta en las reglas y los códigos de las naciones socialistas, habríamos descubierto que el derecho permanecía más o menos cercano a sus raíces continentales” (Kühn, 2006: 224-225). En efecto, dice Kühn, “muchas reglas e instituciones comunistas tuvieron su base incuestionable en el derecho romano” (2006: 226).

<sup>45</sup> Watson se refiere a la Revolución bolchevique en por lo menos dos de sus publicaciones (1985: 109-114, y 2001b: 226-229, aunque el texto es esencialmente el mismo en uno y otro caso). Watson identifica la Revolución soviética como un ejemplo de una revolución en el Derecho causada cuando “se ha presentado una verdadera revolución política, y las condiciones sociales han cambiado” (2001b: 226). Este autor señala que la “Revolución bolchevique fue mucho más drástica [que la Revolución francesa] en su intento de cambiar tanto las bases de la sociedad como el Derecho” (2001b: 228).

que la tradición jurídica precedente no ha cesado su influencia” (2001b: 228). Watson apunta, por ejemplo, hacia los códigos civiles soviéticos de 1922 y 1964, cuya parte introductoria reflejaba una profunda influencia del Código Civil alemán, que también había sido muy influyente en el derecho ruso prerrevolucionario (2001b: 229).<sup>46</sup>

### 5.1. La tesis sobre la distinción del Derecho socialista

Los elementos que señalan Kühn y Watson forman parte de los argumentos aducidos en el debate sobre la singularidad del Derecho socialista. Consideremos primero a quienes creen en la distinción, es decir, a quienes proponen que el Derecho socialista constituye una tradición o cultura jurídica independiente.

La enunciación clásica, aunque no la primigenia, de esta tesis la encontramos en el comparatista René David: “nos parece que actualmente existen en el mundo cinco sistemas principales de Derecho,” dice David, y cita los siguientes: el del mundo occidental, el del mundo soviético, el del Islam, el Derecho hindú, y el Derecho chino. Sobre el segundo, habla David del “sistema del mundo soviético, profundamente diferente del anterior [el occidental] por razón de la estructura socialista de las sociedades a que se aplica, con todas las consecuencias que esa estructura —que es un orden esencialmente económico— lleva consigo en el orden político, social y moral al mismo tiempo” (1953: 216).

La posición de David es, pues, una posición “macro,” que señala diferencias estructurales más que diferencias en las clasificaciones e instituciones jurídicas. Esta es una posición muy frecuente, tanto entre los pensadores socialistas como en los occidentales. Muchos juristas explican la diferencia con fundamento en la ideología particular del Derecho socialista, como lo indicó Kühn más arriba. Merryman trae a colación este argumento sobre el distanciamiento ideológico:

La actitud socialista es que todo derecho es un instrumento de la política económica y social, y que las tradiciones del derecho común y del derecho civil reflejan básicamente una sociedad, una economía y un gobierno capitalistas, burgueses, imperialistas, explotadores. En la percepción de los

---

<sup>46</sup> Igual observación hace Hazard sobre los códigos de Europa oriental: “La comparación de los códigos civiles en las Democracias del Pueblo en los países de Europa Oriental muestra que ellos por lo general se conforman a los antecedentes europeos, como también lo hacen los de la URSS” (Hazard, 1965b: 287). Los países de Europa Oriental, añade Hazard, “han intentado preservar su identidad como herederos de la cultura europea occidental” (1965b: 286).

socialistas, nuestro sistema legal incorpora y perpetúa un conjunto de metas e ideales que ellos consideran social y económicamente injustos. (1989: 21)

Fronidzi esgrime otro argumento estructural, al enunciar diferencias que estima significativas entre el Derecho soviético y los demás Derechos occidentales. Dice Fronidzi que la “estructura de la constitución soviética es radicalmente distinta a la que estamos acostumbrados a ver en los países occidentales,” en buena medida porque “se basa más que en supuestos jurídicos, en supuestos económico-sociales” (1979: 257). Además, la URSS no se edifica sobre la propiedad privada sino sobre la propiedad socialista, un factor que Fronidzi describe como “la diferencia decisiva entre el Estado burgués-liberal y la U.R.S.S.” (1979: 257). Igualmente, este autor destaca el “acento comunitario” de la legislación soviética sobre los derechos y deberes de los ciudadanos (1979: 258).<sup>47</sup>

Igual apelación a las diferencias estructurales encontramos en Razi: “Las diferencias profundas que existen entre los sistemas jurídicos soviético y occidental en su totalidad se reflejan en las funciones y en el rol que desempeñan todos los órganos y todas las partes del sistema jurídico” (1960: 792). Y continúa: “Lo que dota de sentido a las diferencias o semejanzas particulares es la estructura total de los sistemas jurídicos comparados. Y en ese asunto, las variaciones entre los mundos soviéticos y occidentales son, sin duda, muy profundas” (Razi, 1960: 802).<sup>48</sup>

Hazard sigue una línea argumentativa menos entusiasta. Él ha destacado la semejanza del Derecho socialista y los Derechos de corte civilista: “existe mucha semejanza en estilo entre los sistemas romanistas y marxistas. Ambos sistemas muestran la misma afinidad por principios generales, la misma

---

<sup>47</sup> Luego de reseñar estas y otras diferencias, Fronidzi no se pronuncia sobre el lugar del Derecho soviético frente a otras tradiciones, sino que destaca la “transición económico-social” (1979: 265) que vive Rusia y la “tremenda contradicción” (1979: 272) en la que se encuentra, y contextualiza así la supervivencia del Derecho en la Rusia soviética a pesar de las expectativas revolucionarias sobre su extinción (1979: 266).

<sup>48</sup> Otros autores enfatizan la diferencia esencial, sin extenderse en justificaciones específicas. Difernan dice que en la Rusia comunista, “se deduce la existencia, de un sistema jurídico nuevo” (1976: 37), y continúa afirmando que los cambios de 1917 “implantaron un orden nuevo sin homogeneidad real con los ordenamientos existentes anteriormente” (1976: 40). Al confrontar el Derecho soviético “estamos ante un nuevo sistema jurídico homocrático” (es decir, gobernado por líderes y libros humanos, distinguido de los “sistemas teocráticos”) (1976: 40). Es evidente, dice Difernan, “la independencia esencial del sistema ruso-soviético” (1976: 41). Por otra parte, Pizzorusso propone que el Derecho socialista ha reforzado sus diferencias hasta el punto de que “probablemente hoy constituya la más importante línea de separación detectable entre los sistemas jurídicos contemporáneos” (1987: 58).

preferencia por el Derecho recogido en códigos, la misma forma en la que los jueces interpretan los códigos” (1965a: 288). No obstante, al precisar una diferencia concreta entre ambas tradiciones, Hazard se refirió a la importancia del líder: “El líder soviético es concebido como un enunciador para la gente de políticas que él y sus colegas consideran benéficas luego de un largo estudio del marxismo y del desarrollo soviético. [...] Parece probable que sea esta diferencia en actitud hacia la relación entre los líderes y su público lo que ha separado el sistema soviético del occidental, y que no se deba al hecho de tener economías diferentes” (1958: 96). Este, aunque menos aguerrido, es igualmente un argumento estructural.

## 5.2. La tesis sobre la continuidad del Derecho socialista con el Derecho civil

También es común la posición que enfatiza la continuidad del Derecho socialista con el Derecho civil, apoyada en el hecho histórico que vimos más arriba: previa a la revolución, Rusia formaba parte de la tradición civilista. Al afirmar esta tesis, se niega que el Derecho socialista haya llegado a constituir una tradición autónoma.

Hazard (1965a: 288-289), por ejemplo, cita un coro de expertos que no encuentran una diferencia significativa entre el Derecho socialista y el Derecho continental europeo. Glenn describe el Derecho socialista de la siguiente manera, neutralizando su pretensión de singularidad: “Si usted es un abogado occidental sin ninguna experiencia previa del derecho soviético o socialista, no tendrá mayores problemas conceptuales para entenderlo. Simplemente, suponga que hubiera un sector público hiper-inflado en la jurisdicción en la que usted trabaje actualmente. [...] Para revertir un orden jurídico comunista [...] los problemas se relacionan con la implementación [...], no con los conceptos fundamentales” (Glenn, 2004: 330-331). Ajani añade otra dimensión: no sólo partió Rusia de la tradición del *civil law*, sino que durante la existencia de la Unión Soviética sus juristas continuaron nutriéndose del Derecho occidental. En palabras de Ajani, “[d]urante la era socialista, y a pesar de las declamaciones sobre la ‘originalidad del derecho socialista,’ se tomaban prestados modelos occidentales, aun si una academia jurídica meticulosa los camuflaba, o si los jueces no eran conscientes de su origen” (Ajani, 1995: 94).

Wieacker da un paso atrás y señala la continuidad fundamental entre las ideas marxistas en Europa Oriental y el pensamiento europeo. Él dice que la dominación soviética no llevó al abandono de “las relaciones europeas compartidas, unidas por la historia y el destino” (1990: 7). Wieacker señala que una razón que explica esta unidad es el hecho de que la doctrina marxista

surgió de una teoría occidental sobre la sociedad; otra razón es que “en cuanto a la organización judicial, las reglas formales de procedimiento, y el principio de legalidad, los sistemas jurídicos socialistas se asemejan a los de Europa Occidental, en particular los continentales” (1990: 7). Las diferencias significativas entre unos y otros países constituyen, dice Wieacker, la “precaria *concordia discors* de la experiencia europea en conjunto” (1990: 7).<sup>49</sup>

### 5.3. El análisis de John Quigley

Uno de los análisis más rigurosos sobre el tema de la ubicación del Derecho socialista en el concierto de Derechos mundiales lo ofrece John Quigley en el artículo “Socialist Law and the Civil Law Tradition.” El rigor de Quigley, y su destreza argumentativa, son ejemplares. Además, este autor contó con la suerte de escribir casi al cierre del período soviético, lo que le permitió una visión panorámica envidiable. Con un resumen de los argumentos de este autor terminaré la presente sección.

Quigley se pregunta si el Derecho socialista de hecho constituye una tradición jurídica autónoma. La pregunta ha recibido respuestas tanto positivas como negativas, y el análisis que de ellas hace Quigley es relevante y riguroso. Ha sido muy frecuente indicar que el Derecho socialista es independiente, y a esta idea Quigley la llama la tesis separacionista. Según este planteamiento el Derecho socialista se separa concretamente del Derecho civilista, dado que las “[r]evoluciones que llevaron a los sistemas jurídicos socialistas ocurrieron en países de la tradición del derecho civil, y no en países de la tradición del *common law*” (Quigley, 1989: 781).

La tesis separacionista ha sido expuesta por juristas occidentales y también por académicos socialistas, con argumentos distintos. Los pensadores occidentales normalmente descartan las semejanzas entre los aspectos técnicos de los

---

<sup>49</sup> De esta posición se separa con cierta vehemencia Castán Tobeñas, al afirmar la fuerte alteridad del Derecho soviético. En palabras de Castán, “los sistemas que han de interesar más a los comparatistas hispánicos son los de aquellos pueblos que tienen con el nuestro una común mentalidad y cultura, o sea los de ideología y tradición cristianas. Hay que prescindir casi por completo de los sistemas extraños a ellas, como el soviético, el indostánico y el chino” (2000: 28). Castán clasifica el Derecho soviético entre aquellos sistemas “que se han desarrollado fundamentalmente al margen de la civilización occidental,” y lo describe en concreto como un sistema “de espíritu antirreligioso y base económica socialista” (2000: 29). La razón para este distanciamiento enfático es que, siguiendo a René David, Castán privilegia el punto de vista ideológico sobre el técnico y, apartándose de David, entre los elementos ideológicos le da prioridad a los “principios e ideales de carácter religioso” sobre los económicos y políticos (Castán, 2000: 27). La de Castán constituye una posición minoritaria, aun entre los defensores de la tesis sobre la distinción del Derecho socialista.

Derechos civil y socialista, y resaltan las diferencias que hallan a nivel “macro.” Quigley (1989: 781-796) presenta siete características del Derecho socialista que han sido propuestas como factores que lo diferencian del Derecho civil; entre ellas se encuentran el rol que juega un partido político dominante, la absorción del Derecho privado en el Derecho público, y el “prerrogativismo” (es decir, la violación de las normas para satisfacer las necesidades del partido y fortalecer al Estado).

Para cada caso, Quigley debilita la supuesta singularidad del Derecho socialista. El autor muestra, por ejemplo, que los académicos occidentales tienden a exagerar rasgos dentro del Derecho socialista y a ignorar características de los Derechos civilistas (1989: 805). Así, Quigley recuerda que la “combinación de un rol estatal mayor en los países civilistas occidentales y una reducción en la planeación estatal en los países socialistas exige que los separacionistas tracen una línea muy fina para indicar el alcance del control estatal que remueve al derecho socialista de la familia del derecho civil” (1989: 788).<sup>50</sup> Con razonamientos semejantes, Quigley desvirtúa la tesis separacionista promovida por los pensadores occidentales.

Los separacionistas socialistas, en cambio, tienden a enfatizar otros aspectos. Para empezar, ellos se pretenden distanciar no sólo del Derecho civilista sino también del *common law*, considerando que ambos son Derechos burgueses: “Su argumento es que los países socialistas tienen una base socio-económica diferente de aquella de los países capitalistas” (Quigley, 1989: 796). Este esfuerzo de distinción conceptual sólo se inició en la década de 1930, luego de haber socializado la economía, y ha girado en torno a tres objetivos principales, que Quigley resume así: “mostrar que sus sociedades se formaron sobre nuevos principios que exigían nuevas leyes, demostrar la superioridad del derecho socialista sobre el derecho capitalista, y defender el derecho socialista contra las acusaciones hechas en el mundo occidental de que no es ni siquiera derecho” (1989: 797).

Al apreciar las tesis separacionistas en conjunto, Quigley concluye que el Derecho socialista no se ha apartado lo suficiente del Derecho civilista como para considerar que constituye una familia independiente. Por ejemplo, al omitir los aspectos técnicos que unen al Derecho socialista y al Derecho civilista, los juristas han dejado a un lado “conceptos básicos del derecho,”

---

<sup>50</sup> Sobre el innegable aumento de la intervención estatal en el capitalismo desarrollado de los Estados capitalistas contemporáneos, ver, por ejemplo, Ureña (1984: 153-155). El texto de Ureña es particularmente pertinente para la temática de este artículo por su comparación económica del socialismo y el capitalismo.

como el juicio inquisitivo, la dependencia de códigos, y la división del Derecho en las categorías usuales del Derecho civilista (1989: 800). En general, dice Quigley, el “derecho socialista ha conservado las instituciones, la metodología, y la organización del derecho civilista” (1989: 803), y las diferencias existentes no bastan para “borrar la identidad básica del derecho socialista como parte de la tradición civilista” (1989: 804). Quigley concluye así:

La expresión “derecho socialista” tiene contenido. El derecho socialista incluye rasgos que lo distinguen de los sistemas jurídicos de otros países de la familia civilista. Pero estos puntos de diferencia no han sustraído al derecho socialista de la tradición del derecho civilista. Llegar a esa conclusión implica pasar por alto la conexión histórica existente entre el derecho socialista y el derecho civilista, y la importancia continua en el derecho socialista de las reglas, métodos, instituciones, y procedimientos del derecho civilista. (1989: 808).

#### 5.4. El Derecho socialista sin la Unión Soviética

Luego de la caída de la Unión Soviética, la influencia real del Derecho socialista ha desaparecido casi por completo. Esto es evidente en algunos textos de Derecho comparado: una muestra contundente se encuentra en el paso de la segunda a la tercera edición de la obra de John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*.<sup>51</sup> En la segunda edición, de 1969, Merryman identifica tres tradiciones que llama “muy influyentes”: el *common law*, el *civil law*, y el Derecho socialista (1989: 15). Casi cuarenta años después, en la tercera edición, Merryman limita la lista a dos: el *common law* y el *civil law* (Merryman y Pérez, 2007). Igual sucede con la segunda edición del texto de Glendon y otros (1999): los autores básicamente omitieron el Derecho socialista. La realidad había sido distinta en la primera edición de 1982, como lo corroboran las abundantes referencias que hace Quigley (1989) a las discusiones sobre el Derecho socialista en ese texto.<sup>52</sup> Otro libro reciente sobre las tradiciones jurídicas se titula *Comparative Legal Traditions* (Glendon et al, 2007). En sus casi mil páginas reduce el Derecho socialista a muy pocas referencias aisladas (2007: 42, 70, 379, 951), mientras la gran mayoría del libro se ocupa del *civil law* y del *common law*.

Esta caquexia del Derecho socialista, en la práctica y en la teoría, la describe bien H. Patrick Glenn al decir:

---

<sup>51</sup> El título original, en inglés, es: *The Civil Law Tradition*.

<sup>52</sup> La primera de ellas en: Quigley (1989: 783 n. 13).

Se había argumentado que el derecho socialista constituía una tradición joven o reciente en el mundo, pero el argumento sufrió un golpe terrible con la desintegración del orden jurídico de la antigua Unión Soviética. Así que la tradición del derecho socialista, en su variante soviética o europea, ha pasado a un estado de animación suspendida, y sobrevive sólo de manera parcial o atenuada en jurisdicciones gobernadas o influenciadas por el comunismo, tales como Cuba, Corea del Norte, Vietnam, o Tanzania. (Glenn, 2004: 330).

Finalmente, Ugo Mattei propone replantearse la clasificación del Derecho en familias,<sup>53</sup> representada en la taxonomía de René David. El mapa geojurídico ha cambiado, dice Mattei; la “primera diferencia, y la más obvia, es la ‘caída’ de la ideología comunista en Europa Central y Oriental, un evento que llevó a cuestionar la familia de ‘derecho socialista’” (1997: 10). El fenómeno al que se refiere Mattei condenó al Derecho socialista al profundo silencio bibliográfico que mencioné anteriormente.

## 6. Una aproximación a la influencia del Derecho socialista

La sección anterior emplea una variedad de conceptos sobre los cuales es necesario ejercer una actitud cautelosa. En esta sección resaltaré la importancia de la cautela requerida, y concluiré señalando algunas direcciones que podría seguir el estudio de la influencia del Derecho socialista.

### 6.1. Las bases esquivas de la discusión sobre la influencia jurídica

Algunos de los autores citados en la sección anterior se refieren a “tradiciones jurídicas,” a “sistemas jurídicos,” a “familias jurídicas,” y a “culturas jurídicas.” En principio, estos conceptos toleran definiciones más o menos precisas, como las que ofrece Merryman al decir que un sistema jurídico es “un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales” (1989: 15) y que una tradición jurídica es un “conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y en el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse,

---

<sup>53</sup> En cambio, Mattei aboga por una división tripartita, en (a) gobierno del derecho profesional, (b) gobierno del derecho político, y (c) gobierno del derecho tradicional (1997: 10). Lo que traduje como “gobierno” en el texto original es la frase “*rule of law*,” de tal manera que la clasificación es: *rule of professional law*, *rule of political law*, y *rule of traditional law*.

estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho” (1989: 17). Adicionalmente, las familias jurídicas son agrupaciones de sistemas jurídicos, como las que vimos en la clasificación de René David (1953).

Sin embargo, estas definiciones se tornan problemáticas si buscamos suficiente precisión como para aplicarlas a desarrollos jurídicos concretos. Un muy buen ejemplo de esta dificultad es el concepto de “culturas jurídicas.” Gibson y Caldeira comentan que “[c]on mucha frecuencia, la cultura jurídica es un término usado para explicar aquello que no puede ser explicado en ninguna otra manera; es decir, la cultura se convierte en beneficiaria del término residual en las ecuaciones explicativas” (Gibson y Caldeira, 1996: 56). Un concepto convertido en depositario de lo inexplicable y residual no es idóneo para operar como un término explicativo. A pesar de ello, las fronteras conceptuales parecerían ser lo suficientemente claras como para ameritar las discusiones interminables que revisamos en la sección anterior, sobre la inclusión o exclusión del Derecho socialista en una u otra categoría.

Una ilustración adecuada de la penumbra que existe en los bordes de estos términos es la siguiente explicación de Wieacker: “cuando hablamos de una cultura jurídica, no invocamos algo muy puro y delicado, algo, por así decirlo, que debe ser saboreado con refinación; en cambio, no tenemos en mente nada más que una manera de entender los asuntos humanos, la habilidad para tratar conceptos, y los juicios de valor fundamentales que subyacen, en un momento dado, los sistemas jurídicos históricos o los grupos de sistemas jurídicos” (1990: 4). Volvemos a una conceptualización difusa: nos hemos acercado muy poco a una solución a este dilema al decir que una “cultura jurídica” denota una “manera de entender los asuntos humanos.”

No obstante, el tratamiento tan amplio que le da Wieacker al término de “cultura jurídica” se ha convertido en una práctica común entre quienes asumen el reto de proponer una definición. Por ejemplo, Nelken dice que la “principal razón para recurrir al concepto de cultura jurídica es la forma en que nos recuerda que algunos aspectos del Derecho normalmente vienen en ‘paquetes’ de algún tipo” (2001: 25). Gibson y Caldeira, a su vez, afirman que entienden “la cultura jurídica como un *síndrome* amplio de valores” (1996: 56).

La ventaja de este tratamiento del tema es el que indica Merryman con respecto a la tradición jurídica, es decir, que “[u]bica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural” (1989: 17). Dicho de otro modo, en la medida en que recordemos que el Derecho es un fenómeno cultural, intentaremos incorporar distintos elementos de la cultura a la que pertenece el Derecho, sin aplicar

métodos reduccionistas muy usuales dentro del análisis jurídico. Como lo dice Nelken, la “idea de una cultura jurídica apunta por lo tanto hacia las diferentes maneras en las que los rasgos del Derecho a su vez se imbrican en marcos más amplios de la estructura y la cultura sociales que constituyen y revelan el lugar del Derecho en la sociedad” (2001: 25). En vista de que el concepto de cultura es complejo y difícil de definir, encontraremos obstáculos análogos al hablar de una “cultura jurídica,” pero a la vez asumiremos una perspectiva interdisciplinaria de gran utilidad.<sup>54</sup>

Destaco dos indicadores relevantes de la dirección que podría asumir el estudio de estos conceptos. Una guía la ofrece el estudio de Gibson y Caldeira (1996) sobre la cultura jurídica europea, en la que los autores se valieron de encuestas exhaustivas para intentar comprobar lo que los textos jurídicos normalmente suponen: la existencia de actitudes compartidas constitutivas de una misma cultura jurídica. De este modo el artículo se relaciona con estudios empíricos sobre la cultura que se han adelantado en otras ciencias sociales, pero que requieren mayor elaboración en el campo jurídico.<sup>55</sup> El análisis de Gibson y Caldeira es una pequeña muestra del rol que podría desempeñar la sociología jurídica en la definición de tradiciones, culturas, familias, y sistemas jurídicos.

Un segundo desarrollo interesante es el debate sobre los trasplantes jurídicos, en los cuales la sociología jurídica ha tenido una voz importante (v. Nelken y Feest [2001]). En un extremo de esta discusión está Alan Watson, con su defensa ferozmente antiteórica de la abundancia de trasplantes jurídicos en la historia; en el otro extremo está Pierre Legrand, para quien los “‘trasplantes jurídicos’ son imposibles” (2001: 57), en vista de la importancia de la cultura

---

<sup>54</sup> Un libro muy importante para la dimensión cultural del Derecho es el de Paul Kahn (2001). En una frase que ilustra su proyecto académico, Kahn dice: “Ligar el método de crítica filosófica, exponiendo las condiciones conceptuales de la práctica, con la descripción antropológica densa, esto es, investigando las instancias de la práctica en su carácter estratificado de múltiples significados yuxtapuestos, es el fin y la técnica de un estudio cultural del Estado de derecho” (2001: 53).

<sup>55</sup> Un estudio muy reconocido en la Ciencia Política (y destacado por Gibson y Caldeira en su artículo [1996: 58]) es el libro de Almond y Verba (1965). Allí los autores dicen que quieren “contribuir al desarrollo de una teoría científica de la democracia” (1965: 10), buscando poner a prueba empíricamente algunas hipótesis entonces existentes sobre la cultura requerida para que prospere la democracia en una sociedad. Almond y Verba se basaron en casi cinco mil entrevistas realizadas en cinco países distintos (1965: 40). Un estudio más reciente, que también se vale de evidencia empírica para determinar un aspecto cultural (redes sociales, capital social, y “comunidad”), es el de Putnam (2000).

en el acto de recepción.<sup>56</sup> Los argumentos presentados por ambos, y por otros teóricos que han participado en la polémica, resultarán significativos para darle forma al concepto de cultura jurídica.

## 6.2. Posibles direcciones

Hasta ahora he subrayado el valor de ampliar el enfoque tradicional sobre conceptos como “cultura jurídica” y “tradición jurídica.” Es difícil sobreestimar la importancia de este cambio de perspectiva en las discusiones sobre la influencia del Derecho. En últimas, decir que un sistema (o una tradición) ha influido sobre otro implica saber qué constituye un sistema (o una tradición), para precisar así qué era lo que existía y en qué se convirtió; sin embargo, el manejo de estos fundamentos no ha sido satisfactorio.

Además, para evaluar la influencia del Derecho socialista será necesario dar un paso hacia atrás y varios más en sentido horizontal. Con el paso hacia atrás me refiero a las ideas socialistas en general, desligadas del influjo soviético. Es esencial precisar el impacto del socialismo previo a la Unión Soviética. Un ejemplo de la necesidad de dar este paso atrás lo encontramos en esta frase de Dífernan: “El cristianismo se estremeció [con Stalin] y Juan XXIII, siguiendo a León XIII, recoge lo bueno del socialismo y lo plasma en sus Encíclicas, escritos que Rusia comenta y Praga ensalza” (1976: 46).<sup>57</sup> Aquí el autor destaca el rol de Juan XXIII (1958-1963), pero será muy significativo entender las motivaciones de León XIII (1878-1903), como también sus influencias intelectuales. Recordemos la advertencia de varios expertos sobre el Derecho socialista: conocer la tradición civil impedirá que un comparatista trate una

---

<sup>56</sup> El argumento de Legrand es esencialmente cultural (“*extra culturam nihil datur*,” dice [2001: 63]): “la forma importada de las palabras [de una regla jurídica] recibe, inevitablemente, un sentido diferente y local que la convierte *ipso facto* en una regla diferente. En la medida en que cambie la forma de entender una regla, el sentido de la regla cambia. Y, en la medida en que cambie el sentido de la regla, la regla misma cambia” (2001: 61). Cabe anotar que Watson (2001a: 101-120) se defendió de los ataques de Legrand. Otro avance a destacar en el estudio interdisciplinario de los trasplantes jurídicos es el artículo de Miller (2003); entre sus conclusiones, Miller señala que se necesitará investigación adicional que “analice la historia jurídica de los diferentes trasplantes” (2003: 883). Es decir, se requerirá aun mayor interdisciplinaria y la realización de trabajos conjuntos.

<sup>57</sup> Dífernan es consciente de la valía de asumir un marco más amplio frente al socialismo, como lo demuestra esta frase en la que enfatiza la influencia de las ideas socialistas (no soviéticas) sobre los Estados burgueses: “Los Estados burgueses [...] sufrieron los primeros latigazos doctrinales del socialismo,” pero fue sólo con el paso del tiempo que, ante el “germen doctrinal del socialismo [...], evolucionado y racionalizado,” comenzaron “a asimilarlo y a nacionalizarlo” (1976: 46). En sentido semejante, dice Häberle: “el Estado constitucional ha crecido reaccionando mediante reformas a los desafíos planteados por el socialismo. El Estado social alemán supone una temprana y respetable aportación” (1998: 94).

figura del Derecho continental como si fuera socialista. Correríamos un peligro semejante en un intento de perfilar la influencia del Derecho socialista sin tener en cuenta el pensamiento socialista distinto al soviético. En esas circunstancias, podríamos terminar catalogando cierto desarrollo como obra de la influencia del Derecho socialista, cuando en realidad resultó de una corriente socialista diferente.<sup>58</sup>

Existe un estudio mexicano cuyo método y conclusión son importantes, y que nos conduce al final de este artículo. El autor del escrito mencionado rescató textos primarios que difundieron la doctrina social católica a inicios del siglo XX en México, y comparó la difusión de esa doctrina con la de las tesis marxistas en el mismo período. Su conclusión fue que el “ambiente intelectual” de la época estaba imbuido de la doctrina social de la Iglesia, y en consecuencia la “orientación general del artículo aprobado [como el artículo 123 de la Constitución mexicana, sobre derechos laborales] es más bien de inspiración católica social que socialista” (Goddard, 1983: 444).<sup>59</sup>

El artículo de Goddard es un buen ejemplo del tipo de estudios sobre la influencia jurídica que podrían hacerse en la región. Es precisamente a esta regionalización del análisis a la que me refería cuando hablé antes sobre los pasos necesarios en sentido horizontal. Requeriremos ahondar en arqueologías

---

<sup>58</sup> Esta observación histórica de Tushnet es un llamado a ser cuidadosos en esta labor de identificar el área de influencia del socialismo: “La idea del constitucionalismo surgió durante la Ilustración, y en sus versiones iniciales sostuvo que el punto central de las constituciones consiste en limitar el poder del gobierno en función del bienestar humano. [...] Los movimientos socialistas en el siglo diecinueve ayudaron a cambiar el significado del constitucionalismo. Los socialistas afirmaron que las amenazas al bienestar humano resultan no sólo de la acción del gobierno (como lo creían los liberales) sino que también resultan de las acumulaciones de poder privado. Ellos aseveraron que el constitucionalismo en ocasiones requiere acciones tomadas por el gobierno. Ante la insistencia de los movimientos socialistas, el canciller alemán Otto von Bismarck y la Iglesia Católica iniciaron y apoyaron programas gubernamentales de bienestar social,” que al poco tiempo alcanzaron consagración constitucional como derechos de bienestar social (2003: 179).

<sup>59</sup> Antes de la conclusión citada, el autor explica que la “influencia del catolicismo social [sobre el artículo 123 de la Constitución] también puede establecerse [...], pues casi todas las fracciones del artículo 123 aprobado concuerdan con textos del catolicismo social mexicanos, editados antes de 1914, y que circularon libremente” (Goddard, 1983: 435). Goddard presenta una detallada tabla comparativa entre los distintos segmentos del artículo 123 y las doctrinas católicas expresadas en la opinión pública (1983: 435-444). El autor concluye así: “La mayor parte de las fracciones del artículo concuerdan con textos del catolicismo social mexicano, y las que no tienen un texto correspondiente no se oponen en nada a esa doctrina. Esta concordancia no significa que los constituyentes hayan tenido a la vista los textos citados cuando redactaron el proyecto del artículo, pero demuestran que las ideas y conceptos que ellos manejan es algo que, por decirlo así, ya estaba en el ambiente intelectual de su época, y esto gracias a la labor de difusión doctrinal hecha por los católicos mexicanos” (1983: 444).

de ideas que permitan deshilvanar los distintos tipos de discursos operando en una región y en una época dadas. Será indispensable escrutar el discurso jurídico,<sup>60</sup> desde luego, pero también el ambiente intelectual general,<sup>61</sup> muchas veces determinante en los debates legislativos que terminarán incorporando figuras derivadas de la influencia jurídica extranjera.

Con los comentarios de esta sección espero haber ofrecido una aproximación a estudios futuros acerca de la influencia del Derecho socialista. En el resto del artículo me preocupé por reivindicar la importancia histórica del Derecho socialista, y hacer una descripción de su fenotipo. En vista de la desaparición casi absoluta del Derecho socialista, al menos en su versión soviética, un análisis de Derecho comparado sobre este tema es, cada vez más, un estudio propio de la Historia del Derecho. Ciertamente, acercarnos al Derecho socialista nos ayudará a entender mucho mejor la historia jurídica reciente.

### Bibliografía<sup>62</sup>

- Adame Goddard, Jorge. "Influjo de la doctrina social-católica en el artículo 123 constitucional." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47 (Mayo-Agosto 1983).
- Ajani, Gianmaria. "By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe." *American Journal of Comparative Law* 43.1 (Winter 1995), pp. 93-117.
- Almond, Gabriel A. y Sydney Verba. *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*. Boston: Little, Brown and Company (1965).
- Azicri, Max. "Introducción al Derecho socialista cubano." Trad. Héctor Fix-Fierro. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 41 (Mayo-Agosto 1981), pp. 557-569.
- Barry, Donald B. y Harold J. Berman, "The Soviet Legal Profession." *Harvard Law Review* 82.1 (Nov. 1968), pp. 1-41.

---

<sup>60</sup> Un buen ejemplo de este análisis es López (2004), no obstante el carácter casi exclusivamente textual de esta obra, que la acerca a un ejercicio de teoría literaria aplicada a obras jurídicas.

<sup>61</sup> En este aspecto, Molina (1988) será un libro de referencia obligada.

<sup>62</sup> Todas las citas de textos escritos en idiomas distintos al español, y mencionados en la bibliografía en su idioma original, fueron traducciones propias.

- Bellon, Jacques. "El Derecho." En: *Los dos colosos: Enciclopedia Comparada USA-URSS* (1969). Ed. Marc Saporta y Georges Soria. Trad. no especificado. Barcelona: Librería Editorial Argos (1969).
- Berman, Harold J. "Comparative Law and Religion." En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Ed. Mathias Reiman y Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press (2006).
- Berman, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts, y Londres: Harvard University Press (1983).
- Berman, Harold J. *Law and Revolution, II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts, y Londres: Harvard University Press (2003).
- Burlatski, F. *El Estado y el comunismo*. Trad. J. García Lloret. Moscú: Editorial Progreso (fecha no especificada).
- Castán Tobeñas, José. "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental" (1956). En: José Castán Tobeñas et al. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2000).
- Chambre, Henri. *El marxismo en la Unión Soviética* (2 Ed.). Trad. Pilar de Miguel de Lucas. Madrid: Tecnos (1966).
- Craipeau, Yvan. "El movimiento obrero del siglo XX ante el problema del Estado." En: Henri Lefebvre, *Los marxistas y la noción de Estado*. Trad. no especificado. Buenos Aires: CEPE (1972).
- Dahrendorf, Ralf. *El recomienzo de la historia: De la caída del muro a la guerra de Irak* (2004). Trad. Griselda Mársico. Buenos Aires: Katz Editores (2006).
- David, René. *Tratado de derecho civil comparado: Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Trad. Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1953).
- Davies, Norman. *Europe: A History*. Nueva York: HarperPerennial (1998).
- Dífernan, Bonifacio. *Curso de introducción a la ideología y sistema jurídico soviético*. Barcelona: Universidad Santa María la Antigua - Panamá y Editorial Linosa (1976).
- Fárberov, N. y A. Kositsyn, "El Estado socialista." En: *El Estado y el Derecho soviéticos*. Trad. F. Pita. Ed. V. Chjikvadze. Moscú: Editorial Progreso (fecha no especificada).
- Fazio Vengoa, Hugo. *La Unión Soviética: De la Perestroika a la disolución*. Bogotá: Ediciones Uniandes y ECOE (1992).
- Fazio Vengoa, Hugo. *Rusia en el largo siglo XX: Entre la modernización y la globalización*. Bogotá: Universidad de los Andes (2005).
- Fergusson, David. "Eschatology." En: *The Cambridge Companion to Christian Doctrine*. Ed. Colin E. Gunton. Cambridge: Cambridge University Press (1997).

- Fetscher, Iring. "Comunismo soviético II: Desde la consolidación del Estado soviético hasta su conversión en potencia mundial." En: *El Comunismo: De Marx a Mao Tse-tung* (1969). Trad. J. Adsuar. Ed. Iring Fetscher y Günter Dill: Plaza & Janés (1974).
- Fronzizi, Silvio. "Derecho soviético." En: *Enciclopedia Jurídica Omeba* (T. 8). Buenos Aires: Driskill (1979), pp. 252-273.
- Gibson, James L. y Gregory A. Caldeira, "The Legal Cultures of Europe." *Law & Society Review* 30.1 (1996), pp. 55-85.
- Glendon, Mary Ann et al. *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (2 Ed.). St. Paul, Minn.: West Group (1999).
- Glendon, Mary Ann et al. *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law* (3 Ed.). St. Paul, Minn.: Thomson/West (2007).
- Glenn, H. Patrick. *Legal Traditions of the World* (2 Ed.). Oxford: Oxford University Press (2004).
- Gray, Whitmore. "Scholarship on Soviet Family Law in Perspective." *Columbia Law Review* 70.2 (Feb. 1970), pp. 236-252.
- Grigorián, L. y Y. Dolgopólov, *Fundamentos del derecho estatal soviético*. Trad. O. Razinkov y V. Mazurenko. Moscú: Editorial Progreso (fecha no especificada).
- Guerrero Figueroa, Guillermo. *Introducción al derecho de trabajo*. Bogotá: Temis (1980).
- Häberle, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta (1998).
- Hazard, John N. "Cleansing Soviet International Law of Anti-Marxist Theories." *The American Journal of International Law* 32.2 (Apr. 1938), pp. 244-252.
- Hazard, John N. "Reflections on Thirty-Five Years of Research in Soviet Law." *Columbia Law Review* 70.2 (Feb. 1970), pp. 188-193.
- Hazard, John N. "Socialism, Abuse of Power, and Soviet Law." *Columbia Law Review* 50.4 (Apr. 1950), pp. 448-474.
- Hazard, John H. "Socialist Law and the International Encyclopedia." *Harvard Law Review* 79.2 (Dec. 1965), pp. 278-302 (1965a).
- Hazard, John N. "The General Principles of Law." *The American Journal of International Law* 52.1 (Jan. 1958), pp. 91-96.
- Hazard, John N. "Trends in the Soviet Treatment of Crime." *American Sociological Review* 5.4 (Aug. 1940), pp. 566-576.
- Hazard, John N. "Unity and Diversity in Socialist Law." *Law and Contemporary Problems* 30.2 (Spring 1965), pp. 270-290 (1965b).
- Heller, Ágnes, y Ferenc Fehér. *El péndulo de la modernidad: Una lectura de la era moderna después de la caída del comunismo*. Trad. M. del Carmen Ruiz de Elvira. Barcelona: Ediciones Península (1994).

- Hobsbawm, Eric. *Historia del siglo XX* (1994). Trad. J. Faci, J. Ainaud, y C. Castells. Buenos Aires: Crítica (1998).
- Kahn, Paul. *El análisis cultural del derecho: Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Daniel Bonilla. Barcelona: Editorial Gedisa (2001)
- Kühn, Zdeněk. "Development of Comparative Law in Central Europe and Eastern Europe." En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Ed. Mathias Reiman y Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press (2006).
- Legrand, Pierre. "What 'Legal Transplants'?" En: *Adapting Legal Cultures*. Ed. David Nelken y Johannes Feest. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing (2001).
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis (2004).
- Lorenz, Richard. "Comunismo soviético I: Desde la prehistoria del comunismo moderno en Rusia hasta la victoria de la Revolución." En: *El Comunismo: De Marx a Mao Tse-tung* (1969). Trad. J. Adsuar. Ed. Iring Fetscher y Günter Dill: Plaza & Janés (1974).
- Lowenthal, Richard. *El mundo comunista: Una fe que se derrumba* (1963). Trad. Luis Echavarrí. Buenos Aires: Troquel (1965).
- Marcou, Lilly. *Le mouvement communiste international depuis 1945*. París: Presses Universitaires de France (1980).
- Martin, Douglas. "Harold J. Berman, 89, Who Altered Beliefs About Origins of Western Law, Dies." *New York Times* (Noviembre 18, 2007).
- Mattei, Ugo. "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems." *American Journal of Comparative Law* 45.1 (Winter 1997), pp. 5-44.
- Mearsheimer, John J. *The Tragedy of Great Power Politics*. Nueva York y Londres: W. W. Norton & Company (2001).
- Medvedev, Roy A. "El XX Congreso del Partido: antes y después." En: Zhores A. Medvedev y Roy A. Medvedev. *El Stalin desconocido* (2003). Trad. J. Alfaya y J. Alfaya McShane. Barcelona: Crítica (2005).
- Medvedev, Zhores A. y Roy A. Medvedev. *El Stalin desconocido* (2003). Trad. J. Alfaya y J. Alfaya McShane. Barcelona: Crítica (2005).
- Merryman, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica* (1969). Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica (1989).
- Merryman, John Henry y Rogelio Pérez Perdomo. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3 Ed.). Palo Alto, California: Stanford University Press (2007).
- Miller, Jonathan M. "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process."

- The American Journal of Comparative Law* 51.4 (Autumn 2003), pp. 839-885.
- Molina, Gerardo. *Las ideas socialistas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores (1988).
- Nelken, David. "Towards a Sociology of Legal Adaptation." En: *Adapting Legal Cultures*. Ed. David Nelken y Johannes Feest. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing (2001).
- Nelken, David, y Johannes Feest (Eds.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing (2001).
- Oehling Ruiz, Hermann. *La desintegración constitucional del Estado soviético*. Madrid: Tecnos (1996).
- Pizzorusso, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Trad. Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Ariel (1987).
- Poch-de-Feliu, Rafael. *La gran transición: Rusia, 1985-2002*. Barcelona: Crítica (2003).
- Putnam, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Touchstone (2000).
- Quigley, John. "Socialist Law and the Civil Law Tradition." *The American Journal of Comparative Law* 37 (1989), pp. 781-808.
- Razi, G. M. "Legal Education and the Role of the Lawyer in the Soviet Union and the Countries of Eastern Europe." *California Law Review* 48.5 (Dec. 1960), pp. 776-804.
- Rázin, V. I. *La doctrina marxista-leninista del Estado*. Trad. Teodosio Varela. Bogotá: Ediciones Suramérica (1969).
- Roberts, J. M. *The New Penguin History of the World*. Londres y Nueva York: Penguin (2004).
- Romashkin, P. (Ed.). *Fundamentos del derecho soviético*. Trad. J. Echenique. Moscú: Academia de Ciencias de la URSS (1962).
- Saporta, Marc y Georges Soria (Eds.). *Los dos colosos: Enciclopedia Comparada USA-URSS* (1969). Trad. no especificado. Barcelona: Librería Editorial Argos (1969).
- Schelsinger, Rudolf. "Diversity and Unity in the Socialist Law of Property." *Soviet Studies* 15.4 (Apr. 1964), pp. 474-485.
- Solzhenitsyn, Alexandr. *Rusia bajo los escombros* (1998). Trad. D. Zadunaisky, J. Amícola, y A. Jeckel. México: Fondo de Cultura Económica (2002).
- Sudarikov, A. *Las clases y la lucha de clases: Las revoluciones sociales*. Trad. Teodosio Varela. Bogotá: Ediciones Suramérica (1969).
- Tumánov, V. "El Derecho socialista soviético." En: *El Estado y el Derecho soviéticos*. Trad. F. Pita. Ed. V. Chjikvadze. Moscú: Editorial Progreso (fecha no especificada).

- Tushnet, Mark. "Judicial Review of Legislation." En: *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Ed. Peter Cane y Mark Tushnet. Oxford: Oxford University Press (2003).
- Ureña, Enrique M. *El mito del cristianismo social: Crítica económica de una controversia ideológica* (3 Ed.). Madrid: Unión Editorial (1984).
- Watson, Alan. *The Evolution of Law*. Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press (1985).
- Watson, Alan. *Legal History and a Common Law for Europe: Mystery, Reality, Imagination*. Stockholm: Olin Foundation for Legal History (2001a).
- Watson, Alan. *The Evolution of Western Private Law (Expanded Edition)*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press (2001b).
- Wieacker, Franz. "Foundations of European Legal Culture." Trad. Edgar Bodenheimer. *American Journal of Comparative Law* 38.1 (Winter 1990), pp. 1-29.



## **El imperio de la discrecionalidad judicial**

*Carlos Andrés Echeverry Restrepo\**

### **Resumen**

El escrito pretende exponer algunos argumentos que han atizado el debate sobre la denominada “discrecionalidad judicial”, asunto que tiene su realización más palpable en el cambio de valor de los llamados criterios auxiliares de interpretación judicial como lo son la jurisprudencia y la doctrina, en este caso un resultado de la jurisdicción constitucional. Este cambio de valor, de criterio auxiliar a principal, al mismo nivel de la ley, ha generado un torbellino de críticas y respaldos magnificados por alguna ligereza informativa de los *mass media* que aún está lejos de amainar. Empero, tales diferencias doctrinales llevan a enriquecer el cuerpo teórico de un derecho colombiano todavía en evolución.

### **Palabras claves**

Discrecionalidad judicial, jurisdicción constitucional, teoría del error, interpretación judicial, fuerza vinculante.

### **Abstract**

This article aims to show some of the arguments that have fueled the debate over “judicial discretion,” an issue that has become most evident in the changing value of so-called auxiliary criteria of judicial interpretation, like judicial opinions and legal doctrine, which in this case derive from constitutional case law. Such a change in appraisal (going from auxiliary to principal criteria, on equal footing with statutes), has produced a whirlwind of criticism and support, enhanced by some informative flippancy from mass media, which is still far from abating. Nevertheless, such doctrinal disputes help strengthen the theoretical corpus of Colombian law, still in evolution.

### **Keywords**

Judicial discretion, Constitutional courts, Theory of mistakes, Judicial interpretation, Binding force.

---

\* Profesor catedrático del Departamento de Humanidades de la Universidad Tecnológica de Pereira. Este escrito está dedicado a mi valiente y adorada madre.

## 1. Introducción

El célebre debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional que realizaron el siglo pasado en Alemania Carl Schmitt y Hans Kelsen (Bernal, 2005: 30-33) parece haber traspasado las fronteras espacio-temporales para enclavarse en una actual discusión sobre las reales manifestaciones de los temores de Schmitt en lo referente al *gobierno de los jueces* y a la *politización de la justicia*<sup>1</sup>. Estos elementos socavan —según los contradictores de una creadora jurisdicción constitucional— el ideal mismo de justicia y el cambio de concepción del Tribunal Constitucional de legislador negativo<sup>2</sup> a órgano que participa activamente “en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente” (Plazas, 2003: 9), poniendo en riesgo la división de los poderes públicos y erigiendo al mismo tiempo a esta alta corte como juez creador de derecho o legislador judicial.

La controversia sobre legitimidad y validez de esa nueva función creativa de la jurisdicción constitucional, o de los resultados de su ejercicio, presupone la adopción de dos posturas (escéptica y optimista<sup>3</sup>) frente a la posibilidad de “reconocer en su gestión un poder autónomo que, en cierta medida, subordina

---

<sup>1</sup> En 1934, Carl Schmitt, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (Über die drei arten des rechtswissenschaftlichen denkens), arremete contra la institución ideada por Kelsen para el control constitucional (Tribunal Constitucional), pues el concepto de la independencia del espacio jurídico frente a lo político contemplado por Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* (Reine Rechtslehre) no tiene razón de ser ya que, según Schmitt: “[...] los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo”. En síntesis, Schmitt señalaba que era inevitable subsumir lo jurídico en lo político, y que por tanto las decisiones de un Tribunal Constitucional estarían haciendo dos peligrosos papeles: la judicialización de la política y la politización de la justicia. Un mayor desarrollo del concepto político de lo jurídico de Schmitt puede encontrarse en: Sanromán (2004) y Bernal (2005: 30).

<sup>2</sup> Kelsen señala que el poder de creación de la ley no se presenta en el proceso de anulación de las normas (de observancia del Tribunal Constitucional). Por efecto de la función de anulación atribuyó Kelsen un carácter de legislador negativo al Tribunal Constitucional (no crea sino que anula leyes) pues “el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar [...] la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho” (Kelsen, 2001: 56-57).

<sup>3</sup> Esta categoría ha sido propuesta y desarrollada por Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*. Cabe destacar que para el desarrollo de este escrito se tomará la distinción entre “pesimistas y optimistas” o “formalistas y antiformalistas” (categorías propuestas por López Medina), pero no en un sentido peyorativo o discriminatorio, para referirse a los exponentes de dichas corrientes de la teoría del derecho.

a los demás poderes” (Plazas, 2003: 12), a través de la fuerza vinculante de su jurisprudencia y su doctrina convertidas ahora en fuente formal del derecho, a diferencia de su original carácter subsidiario o auxiliar, y complementarias del “Imperio de la Ley”.

Esta modificación en la valoración de las fuentes presenta una evidente tensión dentro de la misma Constitución. Por un lado, se encuentran los defensores de la tesis escéptica que establecen una interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política<sup>4</sup>, en el sentido de que tanto la jurisprudencia como la doctrina, en este caso la surgida de la jurisdicción constitucional, son criterios auxiliares de la actividad judicial, esto es, con un valor supletorio ya que es la ley positiva —general y abstracta— la que se configura como fuente formal e indiscutible del derecho, pues ella es la que ordena el imperio venerado. Esta concepción propone y da preeminencia al ideal de Fioravanti del *legislador virtuoso*, esa especie de poder legislativo soberano representado en este caso por el Congreso de la República, que aparte de “reencarnar de manera indolora la voluntad general”, ofrece “el máximo de certeza y garantía de los derechos” y un control efectivo de constitucionalidad sobre las leyes que él mismo expide (2001: 73-74).

Por el contrario, la tesis optimista afirma que los artículos 4 y 241 de la Constitución Política<sup>5</sup> “consideran plausible, e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia” (Bernal, 2005: 204), superando así el pensamiento conservador de “criterio auxiliar” y trascendiendo la visión general de que el Imperio de la Ley sólo hace referencia a la norma escrita, general y abstracta y no al conjunto de principios, normas o finalidades que integran sistemáticamente el ordenamiento jurídico.

Paradójicamente, la solución a esta “tensión constitucional” se desarrolla en favor de la Corte, pues la fuerza vinculante del precedente judicial es en gran medida producto de la misma jurisprudencia o de alguna sentencia que intente ofrecer fórmulas argumentativas razonables para sustentar la transformación

---

<sup>4</sup> Dicho artículo literalmente dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

<sup>5</sup> “ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones [...]”.

de la Corte y sus providencias en ley misma, ya que no existe claridad meridiana en la Constitución o en otras normas que permita delimitar su inclusión dentro del sistema de fuentes formales.

Entre los principales aportes de la Corte que sirven para reanimar la confrontación entre las tesis optimista y pesimista tenemos la Sentencia T-547/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que establece que el obviar el precedente constitucional violaría el principio de igualdad debido a que no se trataría un caso similar de la misma forma, y la Sentencia T-123/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que denomina vía de hecho a la negativa de un juez de no seguir la doctrina y jurisprudencia constitucional. Adicionalmente, dos aportes interesantes los constituyen la Sentencia C-083/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y la Sentencia C-252/01 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). La primera trata de poner en equilibrio las tesis escéptica y optimista al decir que la doctrina constitucional es integradora e interpretativa, esto es, integradora cuando llena vacíos legales aclarando el proceder —obligatorio— del operador jurídico frente a determinado caso, e interpretativa cuando la parte motiva de la sentencia llamada *obiter dicta* sirve como criterio auxiliar o pauta de orientación en casos difíciles. Entretanto, la Sentencia C-252 de 2001 reconoce que en el interior de la Corte existen dos tendencias o posturas (tradicional y reformista) que evidencian una ruptura en el devenir judicial.

No es tarea sencilla el conciliar dos tipos de interpretaciones sobre el papel que debe desempeñar la doctrina de la Corte Constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, argumentar la competencia que allí debe ejercer (si se tiene en cuenta que el desarrollo jurisprudencial ha extendido las competencias del alto tribunal), sustentar en forma razonable por qué la jurisprudencia<sup>6</sup> y la

---

<sup>6</sup> Es difícil encontrar una definición unívoca del término “jurisprudencia”. Jorge Mario Magallón nos ofrece una interesante aproximación sobre su origen e interpretación jurídica. Inicialmente se señala a la filosofía práctica aristotélica como la fuente de la jurisprudencia. Es bien sabido que los griegos tenían a la ética como punto principal del “valor de la conducta humana”, de la cual el concepto central era la virtud (*areté*), que llevaba a la perfección moral e intelectual (*logos*). Dentro de estas se encontraba la prudencia (*phrónesis*), que es la que “señala y prescribe en cada circunstancia concreta cómo debe ejercerse la acción moral que puede ser calificada de virtuosa”. Para Aristóteles el que “calcula bien lo conveniente a cierto fin” debe ser llamado una persona prudente; en consecuencia, el presupuesto esencial para la prudencia es la razón. Por otro lado, Magallón expone que Georges Kalinowski, al preguntarse sobre el significado de la *phrónesis*, respondía que no era posible definirla sintéticamente, aunque ofrecía una posibilidad de entenderla como una disposición propia de la razón para distinguir al bien del mal. Finalmente, se comenta el aporte que Tamayo y Salmorán hace al término “jurisprudencia”, el cual se aplica “al hombre sabio, que es a la vez culto y de buen juicio”. En términos generales, para este autor la *prudencia juris* se convierte en ciencia “cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega apoyada en la *Analitica posteriora* [...] [con] la *Analitica priora*, *Physica* y *Meta physica*. Consecuentemente la jurisprudencia era el oficio

doctrina constitucional<sup>7</sup> deben asimilarse como fuentes formales del derecho, o aceptar el rol de la Corte como colaborador activo en su creación. Las anteriores consideraciones justifican por sí mismas un análisis detenido del comportamiento del precedente constitucional y la manifestación de una defensa o crítica razonable de aquél, siempre y cuando se compruebe que contribuye a la evolución y pervivencia del derecho o a su estancamiento y petrificación.

## **2. Crítica a la racionalidad argumentativa de Zuluaga Gil: Todo vale**

Agotadas parecen estar las formas mediante las cuales se ha dicho incesantemente que el derecho no es una “disciplina estática” sino una “ciencia en permanente cambio, muy dinámica” (Zuluaga, 2004: 7), no obstante no estén del todo concluidas las discusiones acerca de su carácter científico o sobre la validez e infalibilidad de los fundamentos de su teoría epistemológica. Parece prudente, como ejercicio preliminar, hacer una vaga pero necesaria aproximación sobre el carácter científico del derecho, especialmente en aquel aspecto que identifica a la ciencia con el método y a éste con su posibilidad de cambio o evolución.

Esta aproximación tiene una connotación bastante riesgosa, al suponer la adopción de referentes teóricos controversiales por sus posturas críticas y demolidoras contra la aparente unidad lógica de la institucionalidad científica del derecho. Incluso, la aproximación puede ser vista como la reivindicación de la “lógica del suplemento” de Derridá<sup>8</sup>, en detrimento de las jerarquías

---

que practicaban quienes se encontraban vocacionalmente [sic] dedicados al derecho, y el conocimiento que les caracterizaba fue reconocido como *iurisprudencia*, y a quienes la diseñaban, *jurisprudentes*” (Magallón, 2004: 112-114). Para la Corte Constitucional, en Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la *iurisprudencia* contiene orientaciones y “pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos”, las cuales son entendidas como “criterio auxiliar de la actividad judicial”.

<sup>7</sup> La doctrina constitucional es definida por la Corte (Sentencia C-083 de 1995) como aquella que fija “el sentido de [...] [las normas constitucionales], su alcance y pertinencia”, la cual es elaborada por el intérprete supremo de la Constitución (Corte Constitucional). López Medina (2000: 22), al interpretar la Sentencia C-083 de 1995, cree que la doctrina constitucional se aplica en casos de vacío legislativo, y allí “no se desquicia el sistema tradicional de fuentes”, pues las sentencias no tendrían fuerza obligatoria ya que sobre el vacío operaría no un criterio auxiliar sino la Constitución misma a través de su intérprete supremo.

<sup>8</sup> Según César Rodríguez (1999: 51), la lógica del suplemento de Derridá es “la inversión de las jerarquías para mostrar la contingencia del orden establecido por éstas y la posibilidad de privilegiar el polo (suplemento) que hasta ahora ha sido subyugado”. Esta lógica del suplemento tiene como objetivo principal demostrar el “carácter relativo de todas las construcciones de la razón” para indicar el carácter parcializado (no neutro como lo exige la ciencia) de los discursos académicos y científicos dominantes.

conceptuales dominantes que anteponen en la ciencia jurídica lo objetivo a lo subjetivo, lo coherente a lo indeterminado y la estabilidad al caos. En este aparte tendrá especial relevancia la crítica de Paul Feyerabend a la epistemología y la filosofía de la ciencia, aquella visión anarquista del conocimiento que desmitifica dogmas acerca de la coherencia y certeza de las reglas científicas y provoca a los especialistas por señalarles la deshumanización de su discurso. Para relacionar la teoría de Feyerabend con el derecho, y derivar de su aplicación las primeras contribuciones racionales para sustentar la aparente indeterminación e incoherencia del mismo (necesarios para desarrollar los conceptos de vacío y penumbra legal), es relevante hacer una crítica a la concepción que sobre éstas tiene Zuluaga Gil<sup>9</sup>, así como al cuerpo argumentativo de los exponentes de las tesis pesimista y optimista<sup>10</sup>.

Para Zuluaga Gil resulta de capital importancia conocer cuál es la “coherencia motivacional en el proceso de aplicación de las normas” de los jueces y comprobar si ellos cumplen con la garantía en la observancia de algunos “supuestos fundamentales” de todo Estado de Derecho como “[...] la seguridad jurídica en la aplicación del derecho y la prevalencia del principio democrático en el proceso de creación de normas” (2004: 7). Asimismo, Zuluaga se pregunta si un juez puede “desde la soledad de su despacho, inmerso en sus propias valoraciones y catálogos axiológicos, garantizar la aplicación imparcial e igualitaria de la ley” (2004: 7), y también cuestiona si dentro de la amplia libertad de la discrecionalidad judicial, aceptada con reparos hoy día, obviamente por los defensores de la tradición francesa que escuda *L’ empire de la Loi puisque celui-ci attaque l’ ancien régime*<sup>11</sup>, se puede “asegurar la unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico” (2004: 8). Como lo reconoce el mismo autor, sus planteamientos son “demasiado conceptuales” (Zuluaga, 2004: 8) y hasta de difícil comprensión; no obstante, contienen la semilla que nutre el actual debate jurídico que erróneamente se nos ha querido presentar como una confrontación iusteórica para sustentar la pertinencia de convertir las providencias de los jueces en equivalentes de la ley, cuando realmente se trata de una discusión entre líneas que no deja ver ni sentir con plenitud la difamación o la defensa feroz de la supuesta armonía, coherencia, validez, racionalidad discursiva y rigor del derecho como ciencia<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> A mi parecer, Ricardo Zuluaga Gil es un agudo exponente de la tesis pesimista de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional.

<sup>10</sup> Sobre las tesis optimista y pesimista ver *supra*, Introducción.

<sup>11</sup> “El Imperio de la Ley porque este ataca el antiguo régimen”. Traducción del autor.

<sup>12</sup> Es en esta discusión entre líneas, en esta crítica feroz entre partidarios de la indeterminación/determinación, plenitud/lagunas del derecho, donde éste recibe verdaderamente su bautismo científico y su reconocimiento como teoría epistemológica pues, como lo propone

Expresiones como “coherencia motivacional”, “supuestos fundamentales”, “seguridad jurídica”, “prevalencia del principio”, “aplicación imparcial e igualitaria de la ley”, “unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico”, se encuentran esparcidas prolijamente en el ensayo de Zuluaga. Ellas pretenden escindir a la ciencia jurídica de la teoría del error<sup>13</sup>, mostrando al derecho como una institución cierta e infalible que sólo puede ser dinámica y estar en permanente cambio si dichas transformaciones siguen a pie juntillas los postulados de certeza e infalibilidad de una racionalidad fija, de métodos inequívocos o cláusulas pétreas y unívocas en su interpretación como el “Imperio de la Ley” o la doctrina y la jurisprudencia como “criterios auxiliares” de la actividad judicial.

Empero, para ser el derecho “una ciencia en permanente cambio” (Zuluaga, 2004: 7) no puede presentarse como una unidad coherente, estable, armónica, o con jerarquías intocables que determinan cuál debe ser el principio que prevalece o los “supuestos fundamentales” del Estado de Derecho que no pueden ser transgredidos por la lógica del error; al contrario, “toda estabilidad de este tipo indica que hemos fracasado en trascender una etapa del

---

Karl Popper, el trabajo del científico se desarrolla con la crítica y no con la observación, pues “[l]a discusión crítica y racional nos posibilita criticar nuestras hipótesis y eliminarlas como falsas sin exterminar a los descubridores o representantes de las malas hipótesis. Esta es la mayor conquista del método crítico: nos posibilita reconocer hipótesis como equivocadas y juzgarlas sin juzgar a sus portadores. El método de la discusión crítica deja morir a nuestras hipótesis por nosotros” (citado en: [Filosofia.org](http://Filosofia.org), fecha no especificada). Casi en el mismo sentido de Popper, Feyerabend sostiene que la ciencia no se rige por un método universal, que en su interior hay anarquismo y que este anarquismo teórico “promueve mejor el progreso de la ciencia y la sociedad”. Sostiene, además, que una “combinación de crítica y tolerancia de las inconsistencias y anomalías [de la ciencia], a la vez que la absoluta libertad, son los mejores ingredientes para que la ciencia sea productiva y creativa”. En: [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec\\_12.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_12.html) (contenido revisado el 12/03/06). No importa si miramos el debate desde la visión crítica de Popper o anarquista de Feyerabend, lo cierto es que la *discusión entre líneas* planteada acerca del *desprestigio y la defensa feroz de la supuesta armonía, coherencia, validez, racionalidad discursiva y rigor del derecho como ciencia*, se convierte en el principal elemento para determinar la validez del carácter científico del derecho (por la crítica y confrontación de hipótesis entre las tesis pesimista y optimista).

<sup>13</sup> Según Feyerabend (1989: 8-12), esta teoría del error es parte integral de la ciencia, pues responde a la “idiosincrasia del pensador individual, del observador individual e incluso del instrumento individual de medida”, es decir, las reglas “ciertas e infalibles” de la teoría epistemológica no son así pues “[D]espués de todo la historia de la ciencia no sólo consiste en hechos y en conclusiones extraídas de ellos. Se compone también de ideas, interpretaciones de hechos, problemas creados por un conflicto de interpretaciones, acciones de científicos, etc.”, interpretaciones que, sujetas a la idiosincrasia del investigador, pueden llegar a ser contrarias a las establecidas por los métodos ciertos e infalibles que el mismo investigador dice cumplir.

conocimiento, y que hemos fracasado en acceder a un estadio más alto de consciencia y entendimiento” (Feyerabend, 1989: 8-12). En otras palabras, el cambio, evolución y dinámica en la comprensión del derecho como ciencia requiere de una aceptación de teorías e hipótesis nuevas, de creativas argumentaciones que subviertan las jerarquías preestablecidas por el método fijo, como aquél sobre la fuerza vinculante de la doctrina constitucional, con el fin de que esas “nuevas formas de pensamiento distribuyan las materias de un modo diferente y conduzcan a una transformación incluso de las impresiones más inmediatas que recibimos del mundo” (Feyerabend, 1989: 26). La aceptación del pluralismo de novedosas teorías o hipótesis que socavan la coherencia y unidad estable de lo jurídico presenta un “resultado positivo: el de haber logrado descubrir un nuevo rasgo estable del mundo que nos rodea [en este caso, del mundo jurídico]; [estando] un paso más cerca de la verdad” (Feyerabend, 1989: 26). Lo anterior se resume en una contundente conclusión de Feyerabend:

Está claro, pues, que la idea de un método fijo, de una (teoría de la) racionalidad fija, surge de una visión del hombre y de su contorno social demasiado ingenua. A quienes consideren el rico material de que nos provee la historia y no intenten empobrecerlo para dar satisfacción a sus más bajos instintos y al deseo de seguridad intelectual que proporcionan, por ejemplo, la claridad y la precisión, a esas personas les parecerá que hay solamente *un* principio que puede ser defendido bajo cualquier circunstancia y en *todas las etapas* del desarrollo humano. Me refiero al principio *todo vale*. (1989: 20)

Las ideas de coherencia, unidad, estabilidad, seguridad jurídica y armonía se encuentran lejos de aceptar al derecho como una ciencia cambiante o dinámica (desde la propuesta teórica de Feyerabend), y parten de la creencia de ser consideradas reglas o estándares “ciertos o infalibles” que no permiten la aparición o contradicción propia del error. Por lo tanto, se obvia de esta forma que “la ciencia como realmente la encontramos en la historia es una combinación de tales reglas y del error” (Feyerabend, 1989: 8). Dicho de otro modo, la equivocación o la aceptación de “peligrosas” hipótesis, como la creación de derecho por parte de los jueces o la transformación en fuente formal de sus providencias —en específico, de la Corte Constitucional—, es lo que produce su verdadera evolución y transformación, y no la aceptación perenne de sus cláusulas fijas e invariables<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Es necesario aclarar que la teoría del error, que entra a descalificar al método, debe ser razonable y sobre todo racional, ya que exige su confrontación (dialéctica) con las teorías que les dan aparente estabilidad al método y a la ciencia misma.

No es este primer aparte una crítica a la concepción sobre la validez de la fuerza vinculante del precedente presentada por el profesor Zuluaga Gil. Este reparo va dirigido a la afirmación del citado doctrinante según la cual el derecho es una “ciencia en permanente cambio” (Zuluaga, 2004: 7). La invocación del cambio no puede estar asociada al entendimiento del derecho como una unidad coherente y armónica para la salvaguarda de la seguridad jurídica, ya que se le resta posibilidad de admitir la teoría del error necesaria para reafirmar, fortalecer o reconstruir las categorías sobre las cuales descansa la visión del derecho como una creación humana en evolución. Todo vale<sup>15</sup>, cualquier teoría por “peligrosa” que sea hasta para la misma naturaleza de la ciencia, si queremos que el derecho sea una fuerza en permanente evolución, dinámica y transformadora para la sociedad en la que se desarrolla, aplica y recrea.

### 3. El principio de justicia

La evolución del concepto de justicia ha ido de la mano con la dificultad que han tenido los juristas de llegar a un consenso sobre la significación y relación de términos como equidad, derecho, ley y moral. Cabe destacar que la justicia, como principio universal<sup>16</sup>, ha presentado diversos cambios en su aprehensión. La principal dificultad radica en que se toma como análoga al concepto de equidad; así lo hace ver Pound cuando determina: “De ella [la justicia] derivamos usos análogos tales como [...] la recta razón o la equidad [...] Por ulterior desarrollo en la analogía llegamos a la idea del mantenimiento o administración de lo que es justo” (Pound, 1965: 2).

El concepto de justicia ha estado ligado a través del tiempo con la noción de equidad, pasando desde el pensamiento de *virtud individual* de los filósofos

---

<sup>15</sup> El principio del Todo vale en la teoría de Feyerabend no debe entenderse como la aceptación incondicional de cualquier teoría o hipótesis en la ciencia. Este principio va encaminado a humanizar un discurso científico que bajo la apariencia de neutralidad y pureza metodológica intenta descalificar el cuestionamiento de cualquiera de los postulados “fundamentales” sobre los que descansa la teoría epistemológica, so pretexto de construirse a partir de métodos unívocos, universales y objetivos.

<sup>16</sup> Es necesario destacar el carácter de principio que reviste a la equidad: la universalidad en su empleo; la ponderación para determinar su aplicación en determinados casos, y el carácter no conclusivo de sus disposiciones (a diferencia de la regla), ya que requiere de un ejercicio hermenéutico riguroso, entendiendo la hermenéutica como aquella corriente que “[...] busca sólo ofrecer luz en los procesos que no son racionales o no puramente racionales, y de esa clase es el proceso de creación jurídica” (Kaufmann, 2006: 40). Para una mayor claridad sobre el carácter de los principios se recomienda el trabajo de Dworkin (1999: 72). También se puede ver una interesante síntesis de la teoría de los principios de Dworkin en el estudio de César Rodríguez sobre el debate Hart-Dworkin (2005).

griegos<sup>17</sup>, hasta desarrollos teóricos contemporáneos como el ofrecido por John Rawls, en donde la justicia ya no es entendida como una virtud individual, sino un presupuesto colectivo *sine qua non* para suscribir el contrato o acuerdo inicial entre los miembros de la sociedad original.

La dificultad propia de la evolución en la significación y *praxis* del concepto de justicia se fundamenta en el punto de vista que se asuma frente a los términos “reglas” y “principios”. Siguiendo a Dworkin, podemos tener dos perspectivas: por un lado, en la que se trata a los principios jurídicos (entre ellos la justicia) tal como se trata a las reglas, esto es, tanto los primeros como las segundas son de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, tenemos la que niega a los principios como obligatorios, “de la misma manera que lo son algunas normas” (Dworkin, 1999: 80-81). En esta visión, es latente el legado de Austin y Kelsen en lo que se refiere a la interpretación de la ley positiva como mandato conclusivo, no sujeto a aplicación de principios abstractos. Por lo tanto, en la evolución del concepto de equidad se refleja el hecho perenne de la lucha entre aquellos que promueven dos puntos de vista diferentes sobre la efectividad, validez y legitimidad de los principios en un ordenamiento jurídico, cuando se comparan y ponderan con respecto a la norma escrita, a la teoría positiva kelseniana.

La equidad, en un Estado Social de Derecho, sería la máxima mediante la cual el juez administra justicia “en forma justa”, una especie de respuesta definitiva al problema que Kaufmann ha percibido en cuanto a la integración de lo *humanum justum* con el derecho. Empero, los Estados modernos se encuentran todavía impregnados de las ideas de “abstracción, generalización, conceptualización” (Kaufmann, 2006: 243) tan características de la ley positiva, para dar un tratamiento igual a los miembros de una comunidad jurídica con el afán de impartir justicia. Esta situación lleva a señalar un acto como la creación de derecho por parte del juez, evento necesario al utilizar a la equidad como supuesto para la resolución de casos difíciles en los que no se encuentre referencia alguna a norma escrita, o cuando “se ha de hacer una excepción porque la norma establecida produce una injusticia prevista” (Rawls, 2004: 224), como un suceso que vulnera su “indefectible” sujeción al Imperio de la Ley, o al señorío del soberano austiniano.

Tenemos, entonces, que algunos ordenamientos jurídicos han encontrado dificultades para concebir que los casos peculiares y particulares deben ir más

---

<sup>17</sup> Como lo recuerda Pound (1965: 2), este pensamiento ha sido conservado hasta nuestros días por Justiniano en los *Instituta*: “Justicia es el fin constante y continuo que da a cada uno lo que le es propio”.

allá de la aplicación rígida de aquella justicia deductiva capaz de proferir fallos justos a partir de las normas legales, aun cuando éstas sean el ejemplo de la ley corrupta —en el sentido de la filosofía de Aquino— o hagan parte de un sartal de reglas que manifiesten la máxima latina de *summum jus, summa injuria*.

Nos enfrentamos al dilema del punto de vista de Dworkin. La equidad en un ordenamiento jurídico que niegue la pertinencia de los principios como normas de obligatorio cumplimiento, al igual que la regla o norma escrita, estaría supeditada a una vaga interpretación y aplicación con referencia al Imperio de la Ley, al mandato imperativo del soberano, sin ninguna oportunidad de convertirse en elemento creador de derecho.

#### 4. La tesis escéptica<sup>18</sup> y optimista según Bernal

Según Bernal (2005: 197), la tesis escéptica “descrie de la posibilidad de fundamentar en las disposiciones de nuestro derecho la idea de que la jurisprudencia pueda tener fuerza vinculante”, ya que interpreta en forma exegética lo contenido en el artículo 230<sup>19</sup> de la Constitución Política, en lo concerniente a que los jueces deben someterse únicamente al “Imperio de la Ley” y sus sentencias —especialmente las proferidas por las altas cortes— tienen una función simplemente “auxiliar” en la actividad judicial. Para la mayor parte de los defensores de la tesis escéptica, cuando la Corte Constitucional excede este orden y abreva de disposiciones no tan claras de una Carta “de textura muy abierta que abre un amplio espacio a los ejercicios hermenéuticos” (Zuluaga, 2004: 8), o exige en sus mismas sentencias una sujeción cuasi obligatoria<sup>20</sup> del contenido de sus precedentes —primordialmente la *ratio decidendi* de la sentencia—, sobrepasa sus facultades poniendo en entredicho la división de poderes públicos y aumentando la discrecionalidad judicial en detrimento de la objetividad que proporcionan los métodos clásicos de interpretación. Según los exponentes de esta tesis, la Corte Constitucional, al invertir el valor de su jurisprudencia y su doctrina, vulnera el mandato del constituyente primario consistente en que solamente el

---

<sup>18</sup> López Medina (2006) establece una clasificación de formalistas y antiformalistas que para este caso (la clasificación que expone Bernal Pulido) vendrían a ser los “integrantes” de las tesis escéptica y optimista respectivamente.

<sup>19</sup> “ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al Imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

<sup>20</sup> Se habla de “cuasi obligatoria”, pues la Corte Constitucional (Sentencia T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) ha señalado la posibilidad de que los jueces se aparten de “la línea jurisprudencial trazada por las altas Cortes [...] siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión”. Esta justificación debe hacerse a través de los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Congreso de la República tiene la facultad de expedir la fuente de derecho por excelencia aceptada por la misma Constitución: la ley.

Pero ¿qué es el Imperio de la Ley? y ¿cómo debe interpretarse el artículo 230 para desvirtuar la tesis escéptica de la limitación de la fuerza vinculante del precedente judicial?

Varias son las definiciones que sobre el imperio más ambiguo del mundo —el Imperio de la Ley— ha ofrecido la teoría del derecho. Cabe recordar, entre otras, la bella cita de Henry VI: “La ley es lo más inherente al rey, porque por la ley, él mismo y todos sus sujetos son reglados y si la ley no existiera, nulo rey y nula su inherencia será” (citado en: Dicey, 1915: 179-180)<sup>21</sup>. En esta definición se puede observar que “la ley es lo más inherente al rey”, entendiendo inherencia como la “unión de cosas inseparables por su naturaleza” (Diccionario de la Real Academia Española, en adelante DRAE). Se observa una relación tripartita indisoluble entre ley, autoridad y sociedad, en la que casi siempre se alza a la primera como el elemento indispensable y principal para su existencia. Algunas veces, el tercer elemento —la sociedad— es el considerado como realmente importante. Tocqueville definía a la soberanía popular como “Ley de leyes” y, alejándose de su característico individualismo, dio un carácter más republicano a su idea del Imperio de la Ley. La labor contra la tiranía y libertinaje de la que habla Tocqueville en muchos casos ha sido infructuosa, pues la misma ley ha sido la encargada de “proteger” estas degeneradas conductas; así nos lo hace saber Bodenheimer:

Ejemplo destacadísimo de tal ejercicio arbitrario del poder fue la famosa “purga” del 30 de junio de 1934 en la que los líderes nazis opositores fueron ejecutados sin proceso. El acto —que se reconoce no estaba justificado por el derecho escrito— fue legalizado posteriormente por medio de una ley de efecto retroactivo, firmada por el autor de las ejecuciones y dos miembros de su gabinete [...] Ley del 3 de julio de 1934. (2004: 26)

Del ejemplo de Bodenheimer podría llegar a pensarse que la ley, norma o regla no siempre se convierte en un “Imperio de la Justicia”, originando aquí la confrontación entre iusnaturalistas y positivistas acerca de la ontología y deontología en el derecho (ser y deber ser), o de lo que se considera o puede considerarse como justo. *Corruptio legis* la llamaría Tomás de Aquino o, en otras palabras, la ley corrupta que no puede considerarse como tal, debido a

---

<sup>21</sup> El original dice: “La ley est le plus haut inheritance, que le roy ad; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inheritance sera”. Traducción del autor.

que debe atender un ideal de justicia y no uno de poder. Sin embargo, este modesto escrito no pretende entrar en la discusión sobre la perfección de la norma escrita o la impureza que la recubre, o responder si la facultad de entendimiento de la superioridad de las leyes corresponde a intereses de clases dominantes por mantener su *statu quo*. Solamente nos interesa conocer que la interpretación del “Imperio de la Ley” de los defensores de la tesis escéptica corresponde a la disposición codificada proferida por el *legislador virtuoso* de Fioravanti, aquella proba institución que representa la democracia y es piedra angular de la República.

Para los escépticos, los jueces sólo deben estar limitados al Imperio de la Ley en lo atinente a la resolución de casos y al entendimiento de la jurisprudencia y la doctrina como criterios meramente supletorios, precisos de utilizar en situaciones de penumbra legal<sup>22</sup> y no de vacío legal<sup>23</sup>. Cabe aclarar que la noción de vacío difiere a la de penumbra pues el primero implica una falta “de contenido físico o mental” (DRAE), y para suplir esta ausencia de contenido se requiere de fuentes, que en este caso ya no serían subordinadas sino principales porque la ley nunca operaría en forma inicial o primaria en dicho vacío<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Un criterio auxiliar se utiliza cuando no existe claridad de resolución de un caso por medio del criterio principal (la jurisprudencia auxilia a la ley a través de la interpretación, para que ésta — la ley en sus disposiciones no explícitas— pueda irradiar la solución concreta a un conflicto dado). Se maneja cuando existen situaciones de penumbra legal.

<sup>23</sup> Nótese que se habla de vacío legal y de penumbra legal, y no de vacío jurídico o penumbra jurídica. Esta aclaración es debido a que el artículo 230 C.P. establece la sujeción de la actividad judicial al “Imperio de la Ley” (en esta interpretación es la ley escrita o codificada). Por lo tanto, en cumplimiento de esta disposición, los vacíos y las penumbras tienen un carácter legal, ya que, si se hablara de “Imperio Jurídico” (un concepto más amplio que el de la ley codificada), los vacíos y penumbras tendrían un alcance más extenso, siendo legales y jurídicos.

<sup>24</sup> La existencia de una categoría auxiliar se da por oposición a la existencia de una categoría principal. Si la categoría principal no opera en determinado caso, se puede decir que la auxiliar cambiaría su esencia a primaria o principal, pues su complemento de oposición nunca tuvo existencia. Por lo tanto, el “Imperio de la Ley”, en su interpretación literal, tendrá entonces un terreno no sujeto a su “poder imperial”, ya que el vacío, por su característica de falta de contenido físico o material, estaría apartando cualquier intención del imperio en suplir la inexistencia de su influencia; no se presentaría por lo tanto una extensión de los dominios de la ley, debido a que estos “terrenos” (los vacíos legales) gozarían de una especie de “independencia absoluta”. En este caso el criterio “auxiliar” de la jurisprudencia —por la libertad en la argumentación y subjetividad— sí podría llegar a llenar el vacío legal, convirtiéndose, en este nuevo “terreno”, en criterio principal, en fuente formal de derecho. Un ejemplo que puede clarificar un poco la noción de penumbra y vacío es el siguiente: una persona puede caminar en la oscuridad, se puede tropezar y caer, pero al tiempo podrá sortear —aunque con dificultad— los obstáculos que se le presentan para llegar al sitio a donde quiere dirigirse; para esto podrá caminar en forma lenta, utilizar un bastón para “ver” los obstáculos, etc. Por otro lado, sobre el vacío no se puede transitar; para hacerlo se tendría que ubicar una especie de

La discusión debe ir orientada a determinar si en el derecho existen vacíos o penumbras legales o normativas, antes de entrar a responder si el precedente constitucional puede o no considerarse como criterio principal en la actividad judicial. Si los exponentes de la tesis pesimista están de acuerdo con que un ordenamiento jurídico tiene al mismo tiempo penumbras y algunos vacíos, entonces estarían validando la tesis de que la jurisprudencia y la doctrina gozarían de fuerza vinculante, ya que el vacío cambia su esencia de criterio subordinado. Por el contrario, si los argumentos expuestos son suficientes para rechazar la presencia del vacío en nuestro ordenamiento jurídico, y se acepta solamente la posibilidad de penumbras legales<sup>25</sup>, entonces admitiríamos solamente su carácter auxiliar; sin embargo, esta afirmación tendrá que ser confrontada con la interpretación del artículo 4º de la Constitución Política para comprobar o rechazar la solidez teórica de los argumentos de la tesis escéptica y así descartar o aceptar cualquier consideración hacia el valor del precedente judicial. El artículo 4º de la Constitución reza así: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]”.

Del artículo citado podemos inferir que:

1. La Constitución es una norma.
2. La ley es considerada como otra norma. La conjunción disyuntiva “u”, en el contexto donde se encuentra, presenta la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: establece “equivalencia, significando ‘o sea, o lo que es lo mismo’”. En otras palabras, la frase “[...] La ley ‘u’ otra norma jurídica [...]” está indicando que la ley tiene la misma equivalencia que el concepto de norma jurídica.

---

puente que nos comunique con el sitio al que queremos llegar. De la misma forma, una penumbra u oscuridad legal puede sortearse (no sin estar exenta de dificultades) utilizando mecanismos, instrumentos, elementos del mismo derecho (v. gr. principios, reglas, métodos de interpretación de la ley) que nos permitan “caminar” por senderos oscuros; no obstante, si se presenta un vacío legal, el puente que comunicaría nuevamente las “tierras de la legalidad” sería un puente subjetivo no construido por la “objetividad” de la ley, sino por la subjetividad de la razón del juez: creación de derecho en su estado más puro.

<sup>25</sup> Penumbras en las que el Imperio de la Ley continúa siendo fuente principal, ya que en una situación oscura no se presenta falta de contenido como en un vacío, solamente se tiene ausencia de claridad, y esta iluminación es la que deben ofrecer los jueces a través de la interpretación del “espíritu” de la ley. Vemos entonces que en una situación de penumbra el “Imperio de la Ley” continúa vigente como fuente principal de derecho y la jurisprudencia seguiría siendo criterio auxiliar —por ser categoría de oposición a la fuente principal—.

3. Al ser la Constitución y la ley normas jurídicas, el constituyente se inclinó por darle mayor jerarquía a la Constitución: “Norma de normas”.
4. Al presentarse incompatibilidad entre la Constitución y la ley tendrán prevalencia las disposiciones constitucionales.

De conformidad con lo expresado en el artículo 230 de la Constitución, se considera que el “Imperio de la Ley” es más bien un “Imperio de normas”. Ahora bien, se debe sustentar la anterior afirmación en el entendido de que tanto la ley como la Constitución tienen la equivalencia de normas jurídicas, difiriendo únicamente en su nivel jerárquico. El contenido de la superioridad de la ley se circunscribe a la norma y no a la mera producción gramatical del legislador consignada en el papel, pues, al establecer el artículo 4º la prevalencia de la Carta, existe una intención clara en remitir al juez a ella, luego a la ley y por último a otras normas de menor rango. La interpretación del Imperio de la Ley, por parte de los antiformalistas, presenta una contradicción insalvable: la negación de las jerarquías normativas. Si la Constitución señala en un aparte que ella misma es “Norma de normas” y en otro dice que la fuente formal del derecho para los jueces es “El Imperio de la Ley”, éste debe ser entendido no en su forma gramatical sino como un “Imperio normativo” con sus jerarquías preestablecidas, pues si se entiende de manera exegética el enunciado se negaría el valor jerárquico de la Carta y se daría este lugar a la ley escrita, usurpando así la voluntad del constituyente en otorgar la mayor consideración a la Constitución.

Aparte de la influencia doctrinal de la tradición jurídica francesa, el desarrollo que sobre el Imperio de la Ley han tenido los exponentes de la tesis escéptica también se apoya en la forma mediante la cual se realiza la interpretación de este postulado. Si gravitamos en la jurisprudencia alemana del Tribunal Constitucional Federal, tendríamos un valioso aporte sobre cómo debe comprenderse la “voluntad del legislador”. Para el caso que nos ocupa sería de gran ayuda. Apelaríamos, de hecho, a una “receta” interpretativa que ofrece una definición más aproximada de la ambigua expresión:

Mientras que la teoría subjetiva, se basa en la voluntad histórica del “legislativo” = legislador, cuyos motivos se encuentran en el contexto histórico, la teoría “objetiva” [...] se basa en la interpretación de la Ley misma, en la voluntad del legislador objetivada en la ley [...]  
A esa finalidad de interpretación sirven la interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación

teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de la formación de la ley (interpretación histórica).<sup>26</sup>

Podemos inferir que no basta solamente con la interpretación gramatical; hay que integrar otras para redefinirla en una forma más “objetiva”: (1) la sistemática, que de acuerdo a nuestra realidad sería la interpretación bajo el entendimiento de que estamos en un Estado Constitucional en el que la norma, concepto o conflicto a interpretar debe ser relacionado con “el resto de normas de la vasta unidad constituida por el sistema jurídico” (Uprimny, 2002: 162-163), asumido en este caso como un sistema normativo en el que la Constitución tiene un valor superior. (2) La teleológica, que puede presentar las siguientes preguntas: ¿cuál era el fin que tenía la Constitución en su artículo 230 al hablar del Imperio de la Ley?, ¿acaso el fin era imponer el predominio de la ley por encima de la Constitución? (3) Los estudios preparatorios de la ley, que es la interpretación de las ideas propuestas por el legislador en la discusión sobre lo considerado como el “Imperio de la Ley”. Y, por último, (4) el histórico en la formación de la ley, donde la interpretación del concepto debe residir en un análisis histórico de la vida jurídica del país, concretamente en el tiempo del surgimiento y desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente.

Ahora bien, es necesario hacer unas aclaraciones sobre la segunda parte del artículo en cuestión, no tan citado o interpretado por los exponentes de la tesis escéptica: “[...] Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Sobre este complemento del artículo 4° de la C.P. podemos resumir lo siguiente:

1. Es un deber de los nacionales y extranjeros en Colombia el acatamiento o sometimiento de las disposiciones normativas (Constitución y ley).
2. Se deben respetar y obedecer a las autoridades.
3. En la rama judicial, por ejemplo, si se habla de obediencia<sup>27</sup> a las autoridades (judiciales), se tendrá que los jueces de menor jerarquía y otras altas cortes deben “cumplir la voluntad” de las disposiciones de la Corte Constitucional.

---

<sup>26</sup> Decisión de la Segunda Sala del 17 de mayo de 1960-2 BvL [art. 100 num. 2 LF, §§ 13 Nr. 12, 83, 84 BVerfGG] 11/59, 11/60- Sentencia tomo 11, página 26 (Scwabe, 2003: 2). La sigla BVerfGG en alemán es: Gesetz ubre das Bundesverfassungsgerichts (Ley del Tribunal Constitucional). Obsérvese el carácter de ley de esta Sentencia del Tribunal.

<sup>27</sup> Según el DRAE, obedecer es “cumplir la voluntad de quien manda”.

4. Este cumplimiento de voluntad (obedecimiento) de las disposiciones de la Corte Constitucional está enmarcado por la sujeción de los jueces de menor jerarquía y otras altas cortes, incluida la Constitucional (precedente vertical y horizontal respectivamente), a lo dispuesto en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales.

5. Si la Corte en sus providencias determina<sup>28</sup> que éstas tienen fuerza vinculante, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4º de la C.P. los operadores jurídicos judiciales deben “respetar y obedecer” lo dispuesto por la autoridad suprema de la rama jurisdiccional del país.

6. Se precisa que no es sólo un deber de los nacionales y extranjeros en Colombia “respetar y obedecer la Constitución y la ley”, sino también las disposiciones de las autoridades<sup>29</sup>.

Por otro lado, Bernal nos habla de la tesis optimista y la considera como aquella que atribuye “fuerza vinculante a la jurisprudencia en el sistema jurídico colombiano” (Bernal, 2005: 204). Lo particular de esta tesis es que sus integrantes beben de corrientes de la teoría del derecho bastante distanciadas. Por un lado tenemos a H. L. A. Hart, uno de los más influyentes exponentes de un positivismo lingüístico-sociológico, con su teoría sobre los *casos difíciles*, donde acepta de antemano que la ley escrita no contiene respuestas definitivas a todo hecho social, abriendo la posibilidad de aceptar un alto margen de discrecionalidad judicial en la resolución de los conflictos jurídicos. Kelsen, el “padre” del positivismo jurídico, en su arremetida contra los críticos de su sistema de jurisdicción constitucional (en particular su ataque contra Carl Schmitt<sup>30</sup>) asevera que el Tribunal Constitucional sí tiene la facultad de crear normas pero con un carácter individual, diferenciándose del legislador en que

---

<sup>28</sup> Se pone como ejemplo la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable los términos “solo” y “el Congreso de la República” contenidos en el artículo 48 del “proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara” o “Estatutaria de Administración de Justicia, “bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general”.

<sup>29</sup> En el análisis que hicimos a la primera parte del artículo 4º de la C. P., encontramos que las normas son los elementos principales de nuestro ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, tanto la Constitución como la ley son consideradas como normas; asimismo, se pone en el mismo artículo el término “otra norma jurídica”. Podríamos considerar entonces que, aparte de la Constitución y las leyes, los nacionales y extranjeros en Colombia también están obligados a cumplir otras “normas jurídicas” que, en este caso, serían las derivadas de las autoridades de las tres ramas del poder público. Al ser la Corte Constitucional la principal autoridad de la rama jurisdiccional colombiana, se puede afirmar que su jurisprudencia tiene carácter de norma jurídica de obligatorio cumplimiento, en caso de que la Constitución y la ley no ordenen lo contrario.

<sup>30</sup> Ver *supra*, Introducción.

las normas por él proferidas tienen un alcance general<sup>31</sup>. Este argumento permite desvirtuar la afirmación de que la jurisdicción constitucional socava la división del poder público. Por otro lado están los denominados teóricos críticos del derecho<sup>32</sup>, censores de tipo racional e irracional contra las incongruencias argumentativas de las doctrinas del constructivismo jurídico, como Duncan Kennedy. Ellos tienen una predilección especial por señalar la incoherencia e indeterminación en cada especialidad del derecho, dando lugar con ello a la posibilidad de una mayor *movilidad interpretativa* en los casos de incertidumbre legal por parte del juez.

### 5. Postscriptum a Hart y a Bernal

Hart formula importantes tesis en cuanto a la posibilidad de aceptar una mayor discrecionalidad en las decisiones de los jueces en los que ha llamado *casos difíciles*<sup>33</sup>. Señala que la decisión judicial, en algunas situaciones, no está “dictada por el derecho”, y “en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita” (Hart, 2005: 136). No obstante, Hart aclara que la facultad en la creación de derecho se encuentra sujeta a muchas restricciones y su ámbito se circunscribe a casos particulares, impidiendo de plano suplantar la labor del legislador de alcance general. La propuesta de Hart, aunque ofrece la posibilidad de creación de derecho en casos difíciles, tiene una limitante en el sentido de poder dar carácter “*erga omnes*” a las providencias judiciales, característica privativa del legislador. Para fundamentar su propuesta, Hart acude al término “facultades intersticiales”, es decir, la potestad que solamente se da en un pequeño espacio, en un reducido “vacío legal” que la providencia del juez pretende resolver.

Empero, distanciándonos de Hart, al llenar un juez el intersticio, su decisión entraría a formar parte del derecho ya determinado. La situación de vacío es resuelta por su interpretación particular sobre los hechos, y al entrar ahora, como parte del derecho (pues suplió el vacío o espacio no previsto por la norma), su decisión judicial estaría sujeta a la aplicación de los principios determinados como fundamentales en el ordenamiento jurídico, como la

---

<sup>31</sup> Una mayor claridad sobre este tema en Kelsen (2001: 52-54).

<sup>32</sup> Los seguidores de la corriente del CLS (*Critical Legal Studies*), que apareció por influencia del Realismo Jurídico.

<sup>33</sup> Para Hart (2005: 68), un caso es difícil “cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos *prima facie*, más de una solución”.

igualdad<sup>34</sup> o la supremacía constitucional. Por esta razón su creación ya no estaría restringida a situaciones particulares o individuales sino que podría tener efecto “*erga omnes*” si se apalanca en los principios del derecho coherente y determinado. Las “reglas de adjudicación”<sup>35</sup>, si se configuran en el vacío legal o en el intersticio hartiano, tendrán entonces carácter de regla primaria y no secundaria, pues la decisión judicial impondrá deberes positivos o negativos a los individuos debido a que su providencia logra “inundar” la laguna, convirtiéndose en otra norma similar a la ley.

Bernal Pulido, por el contrario, formula como crítica a la tesis optimista la inexistencia de una “única jurisdicción en donde se reconozca la superioridad jerárquica de una sola corte”, pues en Colombia existe una “pluralidad de jurisdicciones [...] sin que pueda reconocerse una jerarquía entre ellas”. Este señalamiento tiene como propósito el cuestionar la fuerza vinculante del precedente constitucional, puesto que este tribunal no tiene una clara “superioridad jerárquica” frente a otras jurisdicciones, diluyendo por lo tanto la posibilidad de dar valor especial y de obligatoria sujeción a su jurisprudencia y doctrina.

El reparo, propuesto por Bernal, a la creencia en una indeterminación de jerarquías de las jurisdicciones en el ordenamiento jurídico colombiano se sustenta en la interpretación del artículo 241 de la C.P.: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Si la Constitución es “Norma de normas” entonces la Corte Constitucional es “Tribunal de Tribunales” y en gran parte<sup>36</sup> le corresponde su salvaguarda, y la difícil tarea de hacerla valer por encima de otras normas jurídicas de menor jerarquía, incluida la ley. Por lo tanto, si la Constitución señala su superioridad normativa, se puede deducir que, implícitamente, el tribunal encargado de su

---

<sup>34</sup> La Sentencia T-547/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), de la Corte Constitucional, desarrolla el principio de igualdad como requisito *sine qua non* para dar efecto “*erga omnes*” a la jurisprudencia de la Corte.

<sup>35</sup> Las reglas de adjudicación son aquellas reglas de carácter secundario que rigen la actividad judicial. Un aspecto importante en la doctrina de Hart (1961: 99) es la distinción que hace entre reglas primarias y reglas secundarias. Un mayor desarrollo de esta teoría en el capítulo V sobre “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”, en *El concepto de derecho* de Hart.

<sup>36</sup> Se habla de “gran parte” y no de “solamente”, pues en Colombia todavía se presenta un control difuso de constitucionalidad. Aunque existen otros organismos judiciales que hacen una defensa constante de las disposiciones de la Carta, la Corte Constitucional —con la aceptación de la Tutela contra sentencias de otras altas cortes como el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia (“Choque de trenes”)— concentra el control de constitucionalidad y amplía el espectro de los términos establecidos para el control de constitucionalidad contemplados en el artículo 241 superior.

salvaguarda y de hacerla valer también estaría llamado a ser el Tribunal por excelencia en el orden jurisdiccional.

En resumen, si aceptamos el argumento expuesto anteriormente sobre la posibilidad de creación de derecho por parte del juez constitucional en los casos en que se presenten vacíos o “intersticios” legales, también admitiremos el hecho de que otras altas cortes y jueces inferiores deban someterse al “nuevo derecho” del intérprete supremo de la Constitución.

## 6. Conclusión

El debate sobre la fuerza vinculante de la doctrina y la jurisprudencia constitucional continúa y continuará vigente mientras el derecho se considere como una ciencia en permanente cambio y evolución, que admite hipótesis, teorías o hechos peligrosos para su integridad doctrinal y epistemológica, como la posibilidad de la discrecionalidad judicial o la aceptación de un efecto *erga omnes* de algunas sentencias.

Otro aspecto de trascendencia es el cambio de valor de los criterios auxiliares, si son utilizados en casos de vacíos normativos. Resulta prudente entrar a debatir si existen situaciones en las que se pueda presenciar cierto vacío normativo en un ordenamiento jurídico. Contrario a la concepción de Hart sobre la posibilidad de creación de derecho del juez, o la demostración de una eventual discrecionalidad en los que él llama casos difíciles, se puede llegar a sostener la tesis de que la teoría hartiana incurre en un error al considerar al juez como creador de derecho. El fundamento de esta atrevida afirmación radica en el hecho que el juez siempre encontrará elementos normativos que justifiquen la toma de una decisión en determinado caso, mostrando con esto que no “crea” sino que reproduce de nuevo el derecho existente, organizándolo y aclarando las zonas de penumbra.

## Bibliografía

- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica (2004).
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-547 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Edinburgh: Macmillan and Co. Limited (1915).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel (1999).
- Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Trad. Hernán Francisco. Barcelona: Editorial Ariel (1989).
- Filosofia.org. “Guillermo Héctor Rodríguez, 1910-1988.” Fecha no especificada. Consultada 11 Marzo 2006. <<http://www.filosofia.org/ave/001/a249.htm>>
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta (2001).
- Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1961).
- Hart, H.L.A. y Dworkin, Ronald. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (2005).
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2001).
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes (2000).
- López Medina, Diego Eduardo. “El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: Apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración.” En: Sanín Restrepo, Ricardo et al. *Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Legis (2006).
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2004).
- Plazas Vega, Mauricio. *Ideas Políticas y teoría del derecho*. Bogotá: Editorial Temis y Universidad del Rosario (2003).
- Pound, Roscoe. *Justicia Conforme a Derecho*. México: Editorial Letras S.A. (1965).
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica (2004).
- Rodríguez, César. *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*. En: Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial, el debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del hombre editores (1999).
- Sanromán, Diego Luis. “Carl Schmitt: La cuestión del poder.” *Nómadas* 10 (Julio-Diciembre 2004). Disponible en: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/10/dlsanroman.pdf>>. Consultada 11 Marzo 2006.
- Scwabe, Jürgen (Ed.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. Trad. Anzola Gil, Marcela. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez (2003).

- Uprimny Yepes, Rodrigo. *La práctica de la interpretación judicial*. Lugar de publicación no especificado: Consejo Superior de la Judicatura (2002).
- Zuluaga Gil, Ricardo (Ed.). *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. (2004).

## **Figli della biotecnologia: Un'analisi delle tecniche di riproduzione assistita e delle sue conseguenze nell'ordinamento italiano, brasiliano e spagnolo**

Cimon Hendrigo Burmann de Souza\*

### **Sommario**

L'articolo ha a oggetto discutere le tecniche di riproduzione assistita ed affrontare gli aspetti polemici da esse derivanti, intende discutere le conseguenze giuridiche ed etiche sorte dal problema dell'infertilità, grazie ad una analisi comparativa tra gli ordinamenti giuridici brasiliano, italiano e spagnolo mettendo in evidenza alcuni aspetti positivi e negativi presenti in queste legislazioni. I metodi più conosciuti di riproduzione assistita sono l'inseminazione artificiale (I.A), la fertilizzazione *in vitro* (F.I.V), la gestazione di sostituzione, e la donazione di ovulo. Si analizza l'ammissibilità costituzionale degli interessi di possibili utenti della riproduzione assistita ove possa perdersi di vista l'interesse della persona più importante, il figlio. Un altro aspetto di grande importanza nel contesto attuale della riproduzione assistita è la possibilità di intervenire sul patrimonio genetico degli embrioni con obiettivi eugenici. È altresì stimolante il riferimento all'inizio della vita umana, tema di analisi obbligatoria da parte di tutti coloro che si propongono di investigare le implicazioni etiche della riproduzione assistita.

### **Parole Chiavi**

Bidiritto, Tecniche di riproduzione assistita, Diritto alla procreazione, Manipolazione genetica degli embrioni, Inizio della vita umana.

### **Abstract**

The purpose of this article is to discuss the subject of assisted reproduction techniques and tackle the controversial issues arising from them. It intends to discuss the legal and ethical issues associated with the problem of infertility, through a comparative analysis of the Brazilian, Italian and Spanish legal systems, by highlighting some positive and negative aspects present in these laws. The most popular methods of assisted reproduction are artificial insemination, in vitro fertilization, gestation replacement, and ovum donation. The author analyzes the constitutionality of the interests of potential users of assisted reproduction, a process in which it is easy to lose sight of the interests of the most important person, the child. Another aspect of great importance in the current context of assisted reproduction is the ability to intervene in the genetic heritage of embryos, with eugenic objectives. It is necessary to refer to the beginning of human life, a subject of analysis required by all those who seek to investigate the ethical implications of assisted reproduction.

### **Keywords**

Life law, Techniques of artificial insemination, Right to procreation, Genetic manipulation of embryos, Start of human life.

---

\* Prof. di Diritto Civile della Facoltà di Giurisprudenza della PUC/Minas, Belo Horizonte, Brasile. A Michelle, mia moglie e mio grande amore, senza la quale niente di questo avrebbe senso.

## **1. Introduzione**

Il desiderio di procreare, di lasciare in questo mondo qualcosa della nostra esistenza che permanga, ha sempre accompagnato l'uomo. Così fin dai primordi l'uomo ha sempre avuto il desiderio di avere figli, per proiettare in essi la sua continuità genetica e culturale.

Nella Grecia antica ad esempio, l'atto di procreare era tanto importante che era legato alla dignità stessa delle persone. Il cittadino spartano era obbligato a contrarre a nozze prima del compimento dei trenta anni d'età, passando alla condizione di cittadino degno solo quando avesse avuto figli. Di conseguenza, causa di divorzio era non solo l'adulterio ma anche l'infertilità (Rafful, 2000: 1).

Allo stesso modo in Roma, una donna poteva essere ripudiata dal marito ed anche socialmente discriminata se non fosse stata in grado di avere figli. Ciò si spiega con la preoccupazione degli antichi romani di dare continuità alla loro discendenza e di non interrompere il culto dei lari.

L'infertilità era percepita come un problema esclusivamente femminile, castigo degli dei per qualche colpa commessa dalla donna, che veniva perciò considerata "non degna" di avere figli. Al contrario le donne fertili erano onorate e considerate meritorie di tutti gli omaggi perché capaci di dare continuità alla discendenza familiare. Soltanto più tardi, nel secolo XVII, con l'invenzione del microscopio fu possibile constatare che l'impossibilità di procreare poteva dipendere anche da un problema maschile, come la scarsità o l'assenza di spermatozoi (Queiros, 2000: 66).

Questo significa che fino a poco tempo fa l'uomo non conosceva il funzionamento del processo della riproduzione umana: la gravidanza era frutto dell'atto intimo della coppia e dell'intervento divino perché non se ne sapevano con certezza i fattori determinanti.

Con il passar del tempo l'uomo riuscì a spiegarsi molti fatti di natura, tra cui questo, ed a formularne leggi. Ma prima che si arrivasse a dominare le tecniche di intervento positivo sulla riproduzione umana (tecniche di concepimento), un fenomeno di enorme importanza ebbe luogo: si capì come si poteva fare per evitare figli, grazie a vari metodi contraccettivi che diedero origine ad una vera rivoluzione sessuale, con la conseguente liberalizzazione dei costumi.

È ciò che osserva José Roque Junges, il quale sintetizza molto bene la situazione sopra descritta:

Fino alla scoperta del gamete maschile (spermatozoo) e femminile (ovulo) passando attraverso gli studi di embriogenesi ed arrivando alle tecniche della fecondazione *in vitro*, l'umanità accumulò una tale quantità di conoscenze che resero possibile interventi correttivi e sostitutivi della riproduzione umana.

In tal modo l'ambito umano più avvolto nel mistero, e riservato esclusivamente a Dio, fu svelato e controllato dall'ingegno umano.

Gli sviluppi dei processi generativi e le tecniche di contraccezione, correzione e sostituzione della riproduzione naturale diedero un tale controllo alla procreazione umana che la donna può decidere se vuole o non vuole, ed in che momento generarli, la quantità di figli che desidera, e nel futuro perfino il sesso e le caratteristiche.

Questa conoscenza e queste pratiche furono collocate all'inizio al servizio del desiderio di evitare figli (tecniche contraccettive) e dopo anche a disposizione del desiderio di generarli (tecniche di procreazione assistita). (Junges, 1999: 148).

Fu in questo contesto e con l'obiettivo di risolvere il problema dell'infertilità che furono sviluppate varie tecniche di riproduzione assistita che verranno più avanti analizzate.<sup>1</sup>

Questa evoluzione provocò il sorgere di questioni quantomai controverse, come ciò che si debba considerare inizio della vita umana, il problema degli embrioni in eccedenza, la possibile disputa tra la 'madre sostituita' e la donatrice del materiale genetico (Meirelles, 2001: 393)

---

<sup>1</sup> Nonostante sia molto antico il problema della preoccupazione umana per l'infertilità, è relativamente recente l'utilizzazione di mezzi aventi l'obiettivo di interferire nel processo naturale di fecondazione. Fu solo nel 1791 che si verificò il primo caso comprovato di riproduzione assistita, frutto di una ricerca effettuata dal medico inglese John Hunter, e nel 1866 si verificò la prima inoculazione diretta di seme nell'utero, realizzata da Sims. Nonostante queste iniziative, le scoperte all'inizio non godettero di grande prestigio. Questo si spiega forse con il fatto che esistevano enormi controversie di ordine morale, religioso e scientifico a costituire ostacolo. Nel 1878 cominciò ad essere praticata anche la fecondazione *in vitro*, usando ovuli di cavie, ma senza grande esito. Due biologi, Rock e Menkin, riuscirono ad ottenere quattro embrioni normali partendo da ovuli umani posti in presenza di spermatozoi. Questa tecnica però guadagnò consistenza a partire dal 1947, quando fu possibile il congelamento dei pre-embrioni, in fase di pre-impianto. Un altro fatto importante si verificò alla fine degli anni 70, più esattamente il 20 luglio 1978, data in cui nacque Louise Joy Braw, risultato di una tecnica sperimentata dai ricercatori inglesi Patrick Steptoe e Robert Edwards. Finalmente nel 1984, in Australia, nasce Zoe Leyland, primo bebè sviluppatosi da un embrione criopreservato (tenuto congelato in laboratorio). Nello stesso anno vede la luce in Brasile il primo "bambino in provetta": una bambina di nome Ana Paula, nata a São Paulo (v. Oliveira, 2000: 11-12).

Questi problemi saranno oggetto del presente articolo, che vuole discutere le tecniche di riproduzione assistita ed affrontare gli aspetti polemici da esse derivanti. L'obiettivo è effettuare una analisi comparativa tra gli ordinamenti giuridici brasiliano, italiano e spagnolo mettendo in evidenza alcuni aspetti positivi e negativi presenti in queste legislazioni. Vogliamo così vivacizzare il dibattito e stimolare lo spirito critico su alcune delle più importanti domande che pone il secolo che si sta iniziando.

## **2. Tecniche di riproduzione assistita**

Il termine "riproduzione assistita" ha significato piuttosto ampio, essendo utilizzato per tutte le forme di interferenza nel processo naturale di fecondazione. Così l'essere seguiti da un medico, o l'assunzione di farmaci per stimolare il processo, già è sufficiente per costituirne esempio. Perciò, anche nel caso in cui non abbia luogo manipolazione dei gameti, e la fecondazione sia il risultato di un processo sessuale cosiddetto "naturale", anche così si può parlare di riproduzione umana assistita, dal momento che si sono verificate alcune interferenze mediche.

I metodi più conosciuti di riproduzione assistita sono l'inseminazione artificiale (I.A) e la fecondazione *in vitro* (F.I.V), che saranno analizzati qui appresso.

### **2.1 Inseminazione Artificiale**

L'inseminazione artificiale consiste "nell'iniettare il seme precedentemente raccolto e selezionato nella cavità uterina e nel canale cervicale, nel periodo in cui l'ovulo è maturo per la fecondazione." (Séguin, 2001: 90)

Pertanto è necessario monitorare il ciclo ovarico della donna per stabilire approssimativamente il momento in cui l'ovocito esce dalle ovaie tramite le tube di Fallopio, ossia il momento in cui si verifica l'ovulazione. Si deposita allora nel collo dell'utero una quantità di spermatozoi, che godendo di una abbreviazione di percorso avranno più possibilità di giungere fino al gamete femminile e fecondarlo. L'inseminazione artificiale può essere omologa o eterologa. Nell'omologa, denominata A.I.H (*Artificial Insemination by Husband*) si utilizza materiale genetico (seme) del proprio partner, in vita o dopo la sua morte. Nell'eterologa, conosciuta come AID (*Artificial Insemination by Donor*), il materiale utilizzato è di un terzo, normalmente un donatore sconosciuto. A questo proposito si osserva che sia in Brasile che in Spagna non esiste alcuna restrizione all'inseminazione eterologa, ovvero che è

sempre permesso utilizzare materiale genetico di una persona differente dal proprio partner. In Italia invece l'attuale legge sulla procreazione assistita (Legge n° 40 del 19 febbraio 2004) adotta una posizione molto più restrittiva, vietando esplicitamente questa modalità di intervento, comminando perfino una pena nel caso di sua adozione. È quanto mostrano gli articoli qui di seguito riportati:

Art. 4°, 3: “È vietato il ricorso a tecniche de procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.”

Art. 12, 1: “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.”

## **2.2 Fecondazione *in vitro* (F.I.V.)**

La fecondazione *in vitro* è il risultato dell'estrazione di uno o più ovociti dalle ovaie della donna, con l'intento di fecondarli in laboratorio e, dopo alcune ore o perfino dopo giorni, realizzarne il trasferimento nell'utero attraverso il collo uterino (Geber, 1998: 388).

Prima comunque la donna deve ricevere dosi di ormoni tali da indurre l'ovulazione, affinché in seguito abbia luogo la funzione follicolare. Le fasi sono: raccolta degli ovuli, preparazione dello sperma, inseminazione ed infine coltura degli embrioni, la quale potrà durare da 24 a 48 ore (Meirelles, 2001: 393-392).

Come si può facilmente capire, l'utilizzazione di queste tecniche rende possibile l'alterazione del processo naturale di gestazione, dando luogo, nei paesi che ammettono l'inseminazione artificiale eterologa, a due diversi fenomeni: la gestazione di sostituzione e la donazione di ovuli.

## **3. Gestazione di sostituzione**

Nella gestazione di sostituzione, una donna accoglie nel suo utero l'ovulo fecondato di un'altra che per un qualunque motivo non riesce a portare a termine la gravidanza.

Non c'è tuttavia uniformità tra gli autori sulla terminologia adottata per designare questa pratica. Ad esempio molti si riferiscono ad essa come maternità sostitutiva, gestazione da altro, cessione di utero e perfino “ventre in affitto”, termine quest'ultimo colloquialmente consacrato.

La collaborazione tra due donne affinché avvenga la gestazione non è comunque un fatto recente, essendo al contrario una pratica antica, alla quale è possibile trovare riferimento nei testi biblici. Inizialmente questa collaborazione si effettuava per mezzo dell'adulterio consentito: una donna che non riusciva ad avere figli permetteva che suo marito ingravidasse una donna fertile affinché dalla loro relazione nascesse un figlio che sarebbe stato allevato dalla prima.

È ciò che riferisce la Bibbia nella Genesi, capitolo 15. Secondo il testo, Sara, moglie di Abramo, non riuscendo ad avere figli spinge il marito a prendere Agar, sua serva egiziana, affinché da questa relazione generi la sua prole. Nacque così il primo figlio di Abramo, Ismaele, che fu allevato da Sara come figlio proprio e diede origine al popolo arabo.

Attualmente la gravidanza sostitutiva si avvale di moderne tecniche di fecondazione in vitro. Per mezzo di queste, l'ovulo estratto dalla donna viene fecondato generalmente con il seme del suo partner e successivamente introdotto nell'utero o tuba uterina di un'altra donna, la quale dovrà consegnare il bambino non appena nasca. Questa pratica presuppone la celebrazione di un patto come minimo tra due parti distinte - da un lato la gestante che cede l'utero e dall'altro la coppia che fornisce il materiale genetico.

Molto si è discusso in Brasile circa la validità di questo contratto. Alcuni autori sollevarono perfino la sua nullità, causa alcuni principi consacrati dall'ordinamento giuridico locale, come quello che vieta la cessione della patria potestà, o la cessione del proprio corpo. Nonostante ciò, prevale nell'ordinamento brasiliano la tesi che sostiene la validità di un simile accordo, purché si rispettino alcune condizioni. Per smentire la tesi che tale pratica attenti all'intangibilità del corpo, si cita l'articolo 199, comma 6, della costituzione brasiliana che dispone:

La legge disporrà sulle condizioni e requisiti che facilitino la rimozione di organi, tessuti e sostanze umane ai fini di trapianti, ricerca e trattamento, come pure la raccolta, trattamento e trasfusione di sangue e suoi derivati, essendo vietato qualsiasi tipo di commercializzazione degli stessi.

Ciò significa che l'indisponibilità del diritto al proprio corpo non è assoluta. Così, per analogia con il suddetto disposto costituzionale, si afferma che anche la donna potrà cedere il suo utero per la gestazione di embrioni risultanti da materiale genetico di terze persone, purché siano rispettati alcuni requisiti. È il

caso questo della gratuità del patto celebrato, il che non significa che la “madre sostituta” non possa ricevere nulla dalla coppia “ordinante”, anche perché non sarebbe ragionevole esigere che la prima si sobbarchi spese e disagi di una gravidanza intrapresa per interesse altrui. Ad esempio, spese per vestiti, medicinali, alimenti, servizi medici e ospedalieri possono e devono essere a carico della coppia donatrice del materiale genetico. Ciò che non è permesso è il pagamento di una somma “a titolo di lucro”, ossia un corrispettivo per la prestazione della gestante. Da quanto sopra esposto si evince che non è corretto il termine “ventre in affitto”, nonostante esso sia stato consacrato dall’uso.

Un altro requisito da rispettare per la validità dell’accordo è il consenso informato: vale a dire che non basta la manifestazione di volontà, anche se esente da vizio, per dar luogo ad un patto perfetto, atto a produrre i suoi effetti; è necessario che le parti coinvolte siano completamente informate di tutti i rischi e conseguenze che possono derivare dall’impiego della suddetta pratica.

Questo d’altronde è un requisito indispensabile in ogni procedimento di riproduzione assistita, in qualunque sua fase. È ciò che dispone l’articolo 6, 1 del succitato testo legale italiano:

Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

Nello stesso senso dispone l’art. 1, comma 3, della Risoluzione 1358/92 del Consiglio Federale di Medicina, organo regolatore dell’esercizio della medicina in Brasile:

Il consenso informato sarà obbligatorio ed esteso ai pazienti non fertili e donatori. Dovranno essere esposti tutti gli aspetti medici e tutte le circostanze

dell'applicazione di una R.A. così come il risultato ottenuto dalle unità di trattamento con la tecnica proposta. Le informazioni devono anche attingere a dati di carattere biologico, economico e tecnico-giuridico. Il documento di consenso informato sarà in un formulario speciale e sarà completo con l'accordo scritto dal paziente o dalla coppia sterile.

Nonostante l'osservanza di tutti i requisiti sopra descritti, può succedere che nasca un dissidio tra la madre genetica e la sostituita che si rifiuti di consegnare il bambino che ha portato nel suo grembo per circa nove mesi. Come procedere in questo caso? Quale sarà la vera madre?

Si tratta di una questione complessa, una sfida che pone in dubbio il principio *mater semper certa*, accettato sin dai tempi degli antichi romani, ma ormai relativizzato dai progressi bio-tecnologici.

In realtà la tecnica della gestazione di sostituzione sembra mettere in evidenza la paternità (termine che include la maternità) socio-affettiva, la quale deve prevalere a detrimento di quella biologica. Questo significa che vengono valorizzati molto di più l'intenzione ed i sentimenti della madre rispetto ai suoi legami biologici con il bambino.

È ciò che osserva João Baptista Villela:

È soprattutto ora che dobbiamo considerare l'importanza del così chiamato 'bambino in provetta'. Come prodezza tecnologica, il fenomeno non sarà mai più spettacolare di molti altri ai quali assistiamo ad intervalli sempre più brevi, ma come taglio profondo nella continuità sesso-riproduzione esso può significare un grande passo nel campo di nuove ed insospettate libertà. La possibilità di ottenere gratificazioni sessuali senza rischi di gravidanza e, già da ora, la possibilità inversa di promuovere la riproduzione senza attività sessuale, con la fecondazione *in vitro*, tenderanno a fare della paternità esclusivamente un atto di scelta. (Villela, 1979: 49)

Ciò significa che la vera madre in questo caso sarà la fornitrice del materiale genetico e non la donna che ha soltanto tenuto il feto nel suo utero e dato alla luce il bambino. La "madre sostituita" già sapeva, fin dal momento in cui ha accettato di sottomettersi alla tecnica riproduttiva, di non aver alcun vincolo personale o materiale con il bambino che avrebbe solo aiutato a venire al mondo.

A questo proposito dobbiamo riportare una sentenza emessa dal giudice della Seconda Sezione del Pubblico Registro di São Paulo che porta un grande contributo allo studio del tema. Vediamola dunque:

Lo sviluppo della riproduzione assistita impone che si passi ad affrontare il tema nell'ottica della così detta paternità di intenzione, frutto di un progetto pianificato per l'ottenimento di una nascita desiderata dai richiedente.

Nel caso in esame c'è stata la fecondazione dell'ovulo di ICOA con lo sperma di JCMS, impiantando poi l'ovulo nell'utero di AMAC la quale curò la gestazione senza apportare componente genetico. È la tecnica chiamata negli USA "*surrogate gestational mother*" e che in assenza di merce, in assenza dell'elemento votato al commercio carnale, lungi dall'essere disapprovata dalla legge, si configura nella cosiddetta paternità di intenzione e merita tutela giurisdizionale favorevole, nel senso che si può conferire la paternità ai richiedenti JCMS e ICOA, ricusando la presunzione di carattere eccezionale dalla dichiarazione di nato vivo.

#### **4. Donazione di ovulo**

Nella donazione di ovulo si verifica una situazione inversa a quella della gestazione sostitutiva. In quest'ultima, come si è già detto, la donna possiede cellule riproduttive, ma per qualche motivo non riesce a portare a termine la gestazione. Nell'altra al contrario la donna è in grado di portare a termine la gravidanza, ma non riesce ad ingravidare perché non possiede ovuli.

Il primo caso di donazione di ovuli di cui si ha notizia avvenne in Italia, a Milano, dove l'8 febbraio 1985 nacque Cristina Raimondi. La madre, Maria, nonostante potesse effettuare la normale gestazione di un ovulo fecondato, era sterile causa l'assenza di cellule riproduttive. La sua unica possibilità per divenire madre era ricevendo ovuli da un'altra persona. Fu quello che avvenne. Anna, sorella di Maria, fu fecondata con il seme del cognato Gianfranco. Cinque giorni dopo la fecondazione, l'embrione fu ritirato dall'utero di Anna e impiantato in quello di Maria con esito positivo. Tutto il procedimento fu sviluppato dal ginecologo Leonardo Formigli, che credeva nella possibilità di sostituire la tecnica della cessione dell'utero con quella della donazione di ovuli.

Nel caso di donazione di ovuli, se ci fosse una lite tra colei che dona e la ricettrice del materiale genetico circa la maternità del bambino così concepito, anziché seguire il ragionamento del caso anteriore (gestazione per

sostituzione) si dovrebbe applicare la regola inversa, riconoscendo la maternità alla ricevente e non alla donatrice dei gameti, posto che anche qui la maternità debba essere stabilita sulla base di un criterio socio-affettivo e non solo biologico. Questo ragionamento si applica anche quando invece di donazione di ovociti si tratti di donazione di seme, anche perché non ha senso considerare padre colui che semplicemente donò il suo sperma (caso analogo alla donazione di sangue) senza sapere se sarà utilizzato, quando o con chi.

Come si comprende, essere padre o essere madre è molto più che fornire una semplice cellula - è amare prima che il figlio sia concepito, dedicarsi in ogni momento della vita, soprattutto in quelli che richiedono maggior impegno. Proprio per questo, bene ha fatto la sopraccitata legge italiana disponendo, nel art. 9°, comma 3, che:

In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Si capisce pertanto che, nonostante la proibizione della inseminazione di tipo eterologo, il legislatore italiano si è comportato con grande realismo per il caso in questione, dichiarando l'inesistenza di qualsiasi vincolo giuridico tra il donatore del gamete ed il bimbo concepito. Questa regola d'altronde si giustifica pienamente, anche perché c'è un grandissimo numero di cittadini italiani che, fuggendo dal rigore della legge del proprio paese, realizzano il procedimento in altri stati, anche nella stessa Comunità Europea, come è il caso della Spagna che adotta posizioni molto più liberali riguardo a questa materia.

#### **4.1 Anonimato**

Per la donazione di gameti e pre-embrioni, un aspetto di fondamentale importanza è l'anonimato. È appunto ciò che dispone l'art. 4°, comma 2, della già citata Risoluzione 1358/92 del CFM, secondo cui "i donatori non devono conoscere l'identità dei riceventi e viceversa." L'obiettivo dell'anonimato è quello di impedire che la conoscenza del genitore biologico possa causare turbamenti alla famiglia e soprattutto ai figli.

Si tratta comunque di una questione tra le più complicate. Anche perché è in gioco un conflitto di interessi, da un lato il possibile interesse dei figli a conoscere il donatore del materiale genetico, dall'altro l'interesse di questi a restare nell'anonimato. Quale dei due dovrà prevalere? In alcuni paesi, come

per esempio la Svezia, è sempre possibile investigare sul donatore. Si consacra così, a detrimento dell'anonimato, il diritto del figlio a conoscere il suo genitore biologico. La maggioranza dei paesi comunque adotta la posizione inversa. È il caso del Brasile che nella suddetta Risoluzione assicura l'anonimato del donatore.

Alcuni giuristi brasiliani tuttavia hanno cominciato ad indagare, dopo l'avvento della Legge 8069/90, conosciuta come "Statuto dei Bambini e degli Adolescenti", se l'anonimato potrà sussistere anche di fronte a ciò che dispone l'artico 27.<sup>2</sup> O ancora, assicurando l'anonimato, come evitare possibili unioni incestuose che potrebbero aver luogo tra il donatore del materiale genetico ed il figlio inconsapevolmente concepito? Come si vede sono questioni piuttosto complesse.

In ogni modo, indipendentemente dal mantenimento o no dell'anonimato, non si può in questi casi parlare di effetti personali o patrimoniali tra padre biologico e figlio, il che significa che nonostante si sia conosciuto il padre biologico non si possono reclamare da lui gli alimenti. Lo stesso vale per il donatore del materiale genetico in relazione al figlio così concepito.

Perciò tutto indica che in questo caso il ragionamento deve essere identico a quello per l'adozione. Questa si caratterizza esattamente per l'estinzione del vincolo giuridico tra padri e figli biologici, a favore del nuovo vincolo con i genitori adottivi. È ciò che dispone l'articolo 41 della Legge 8069/90, la quale stabilisce appunto la rottura di qualsiasi vincolo giuridico tra il bambino o l'adolescente adottato ed i genitori biologici, i cui dati vengono conservati per valere soltanto in relazione agli impedimenti matrimoniali. Questa impostazione sembra essere perfettamente applicabile alla donazione di gameti o embrioni (Gama, 2000: 533-534).

Ma se anche così il figlio volesse conoscere il padre biologico? Come risolvere la questione? Ha diritto ad una identità genetica, pur avendo genitori socio affettivi già stabiliti? Sarà che l'anonimato implica il segreto assoluto o solo relativo, potendo essere svelato in situazioni eccezionali?

In questo problema non si deve dimenticare che, per il fatto di avere riflessi sull'interesse dei minori, non sarà legittima alcuna decisione che non si attenga al criterio ermeneutico di favorire il loro bene.

---

<sup>2</sup> Questo articolo dispone che: "Il riconoscimento dello stato di filiazione è diritto personalissimo, indisponibile ed imprescrittibile, potendo essere esercitato contro il padre o i suoi eredi, senza qualsiasi restrizione."

In Brasile molti autori, proprio basandosi sull'interesse dei minori, come dispone il già citato articolo 27 dell'ECA, sostengono il diritto del figlio di conoscere la sua identità genetica.

In ogni modo, questo diritto, una volta esercitato, non implicherebbe alcuna relazione di parentela, dalla quale potrebbero scaturire possibili effetti patrimoniali e personali, come è già stato indicato (Barboza, 2001: 361-362)

Di questo tenore è la decisione emessa dal Tribunale Superiore di Giustizia (STJ), uno degli organi superiori della magistratura brasiliana, il quale ha ammesso il riconoscimento del vincolo biologico o genetico nonostante già ci fosse un legame paterno-filiale derivante dell'adozione. Lo stesso ragionamento può essere benissimo esteso all'ipotesi di filiazioni derivanti dall'inseminazione artificiale eterologa.

Nei termini della suddetta decisione:

Ammettere il riconoscimento del vincolo biologico della paternità non significa disconoscere quanto disposto dall'articolo 48 della legge 8069/90. L'adozione sussiste inalterata. La legge determina la scomparsa del vincolo giuridico con genitori e parenti, ma evidentemente sussistono quelli naturali, da cui la riserva quanto agli impedimenti matrimoniali. Inoltre nel nostro diritto non esiste una norma proibitiva, prevalendo quanto disposto dall'art. 27 di ECA.

Pertanto si tratta di questioni delle più complesse, dato che sono in gioco due principi parimenti rilevanti.

Ma sarà vero che per ottenere il riconoscimento del legame di sangue si debba necessariamente rinunciare all'anonimato, correndo il rischio di scoraggiare, se non precludere, il ricorso ad un metodo che dà frutti tanto positivi? Io credo di no.

Non c'è dubbio che ad un bambino concepito tramite inseminazione artificiale eterologa debba essere assicurato il diritto all'informazione sulla sua origine genetica, anche perché queste conoscenze potrebbero essere essenziali per la sua salute, permettendogli di prevenire o combattere malattie che potrebbero assumere forme accentuate di gravità.

Questo però non implica la necessità di rivelare l'identità del donatore. L'obiettivo si può raggiungere anche effettuando una semplice visita alle

informazioni raccolte dalla banca del seme, la quale, oltre a stabilire criteri per la selezione dei donatori, dovrà mantenere un archivio ampio e sempre aggiornato dei loro dati. Questa impostazione, che evita inutili turbamenti alla famiglia, proteggendo la stabilità dei suoi rapporti interni e mettendo al riparo i bambini da possibili disagi, appare la più adeguata ed anche la più vantaggiosa per il bene di questi (Tepedino, 1999: 417).

Questa del resto sembra essere la posizione adottata dall'ordinamento giuridico spagnolo, il quale nell'art. 5°, comma 4, della Legge 14/2006, tratta in modo specifico il problema qui in discussione, nel senso che assicura l'anonimato salvo in situazioni eccezionali che comportino pericolo di vita.

La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros dos bancos de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos e de los pre embriones.

Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

## **5. Diritto alla procreazione**

Un altro punto da mettere in risalto riguarda il diritto alla procreazione. La questione è di estrema importanza, una volta che, riconosciuto questo diritto, dovranno essere rimossi gli ostacoli che impediscono il suo esercizio, anche nel caso che la riproduzione possa avvenire solo in forma assistita.

Non mancano autori comunque che sostengono l'esistenza della sola facoltà o libertà di avere figli, rifiutando l'esistenza di un diritto soggettivo a ciò.

Dal 1988, dopo la promulgazione dell'attuale Costituzione del Brasile, prese forza, almeno nel territorio brasiliano, la tesi a favore del diritto alla procreazione, il quale sarebbe esplicitamente riconosciuto dall'art. 226 comma 7 del testo normativo:

Fondato sui principi della dignità della persona umana e della paternità responsabile, il piano familiare è libera decisione della coppia, spettando allo stato i principi educativi e scientifici per l'esercizio di questo diritto, essendo vietata qualsiasi forma coercitiva da parte di istituzioni ufficiali o private.

Basandosi su questo principio molti giuristi arrivano ad affermare che il diritto alla procreazione non sarebbe un mero diritto soggettivo, ma un vero diritto fondamentale, costituzionalmente protetto. Stando così le cose, sarebbe vietato interporre con leggi infracostituzionali qualsiasi ostacolo al suo libero esercizio, anche nel caso esso si attui tramite tecniche di riproduzione assistita (Brauner, 2003: 51-52). Al momento questa tesi è oggetto di accesi dibattiti dottrinari, tendendo a prevalere su di essa posizioni più caute, come si vedrà più avanti.

Sempre in Brasile, nel gennaio 2006 fu approvata la legge 9.263/96 di regolamentazione del dettato costituzionale summenzionato, che accentuò i dibattiti intorno al tema. Secondo questo testo legale, la pianificazione familiare è diritto di tutti i cittadini (Art. 1°), dal che risultano effetti sull'insieme di azioni che regolano la fecondità, doendosi garantire a tutti uguali diritti di costituzione, limitazione o aumento della prole, sia per l'uomo, sia per la donna o per i coniugi (art. 2°).

A seguito di questo disposto si indaga se l'uomo o la donna, individualmente considerati, possano avvalersi della tecnica di fecondazione *in vitro* per dar origine ad una forma di monoparentalità. La questione è complessa, dato che sono in gioco gli interessi di minori, che secondo il criterio ermeneutico sintetizzato dalla formula "*The best interest of the child*" dovranno orientare qualsiasi decisione al riguardo.

Inoltre, d'accordo con l'art. 1°, comma 1, della Risoluzione 1358/92:

Le tecniche di riproduzione assistita hanno il compito di aiutare la risoluzione di problemi di infertilità umana, facilitando il processo di procreazione quando altre terapie siano state inefficaci o insufficienti per la soluzione effettiva dell'infertilità.

Così soltanto le donne non fertili potrebbero avvalersi di questa tecnica, la quale a sua volta verrebbe utilizzata solo quando tutti gli altri metodi avessero fallito nel risolvere il problema.

La questione comunque è che si discute molto tra biologi e medici circa il vero concetto di infertilità umana. Proprio per questo prevale, almeno in Brasile, la tendenza liberale di “considerare, senza restrizioni, che tutte le donne capaci possano avvalersi di queste tecniche.” (Oliveira, 2000: 43).

Analogamente, d'accordo con ciò che stabilisce la parte finale dell'art. 2° della citata legge 9263/96, sembra non ci siano dubbi che tanto l'uomo quanto la donna, considerati individualmente, possano avvalersi di tecniche per generare un figlio “solo proprio”, frutto di una “produzione indipendente”.

Da qui comunque nasce il dibattito. Sarà giusto che per rispettare gli interessi di possibili utenti della riproduzione assistita si perda di vista l'interesse della persona più importante, il figlio? Questo non sarà un atteggiamento incostituzionale? Tutto indica, almeno a grandi linee, di no; proprio perché il testo costituzionale brasiliano riconosce e protegge la famiglia monoparentale, ossia la famiglia formata da uno qualunque dei genitori e dai suoi discendenti. Perciò sarebbe illogico vietare l'impiego della riproduzione assistita per costituirla. Oltretutto, se è permessa, dallo statuto del Bambino e dell'Adolescente nel suo art. 42, l'adozione da parte di un'unica persona (maggiore di 21 anni) indipendentemente dal suo stato civile, non si vede perché vietare l'impiego di tecniche di riproduzione assistita a uomini o donne soli, almeno in Brasile.

Contro questa opinione si afferma che ci potrebbero essere “ripercussioni negative per il bambino, specialmente sul suo equilibrio psichico, causate dall'ignorare la propria paternità [...]” (Gama, 525).

La questione è senz'altro polemica e indubbiamente deve essere presa in considerazione da chi si propone di studiare il tema.

Nel tentativo di rendere compatibili le due impostazioni, si potrebbe affermare che, sebbene il diritto alla procreazione implichi libertà di costruzione familiare non solo da parte della coppia ma anche della donna sola, ciò non può essere ritenuto un diritto assoluto. Al contrario, l'art. 88 della costituzione brasiliana condiziona il suo esercizio all'osservanza di principi di grande importanza, miranti a proteggere gli interessi del minore, come è il caso del principio della dignità umana, e soprattutto quello della paternità responsabile.

Perciò, volendosi evitare possibili antinomie tra le posizioni esposte, forse sarebbe opportuno sottomettere gli interessati all'uso di questa tecnica, coppia o single, a test psicosociali, come accade per le adozioni, per verificare che posseggano i requisiti necessari. Questa esigenza è giustificata

dall'eccezionalità del procedimento e soprattutto dalla necessità di proteggere l'interesse dei minori.

Questa non è stata invece la posizione adottata dall'ordinamento giuridico italiano, il quale, nell'art. 5° della legge 40/2004, ammette l'uso di questi procedimenti tecnici soltanto a coppie di sesso diverso, sposati o conviventi, maggiorenni ed in età fertile.

## **6. Manipolazione genetica degli embrioni**

Un altro aspetto di grande importanza nel contesto attuale è la possibilità di intervenire sul patrimonio genetico degli embrioni con obiettivi eugenici, ossia per ottenere una supposta "evoluzione" razziale.

Per inciso, non è da oggi che l'eugenica costituisce uno degli obiettivi dell'uomo, il quale da molto cerca meccanismi per "migliorare la razza umana". Si tratta di una delle politiche più pericolose, soprattutto se usata da individui mentalmente squilibrati e senza scrupoli, disposti a tutto per il potere. Si pensi al vero olocausto umano causato nel periodo nazi-fascista, quando con l'obbiettivo di raggiungere la "purezza della razza" furono decimati milioni di ebrei, zingari, omosessuali.

Nel caso della riproduzione assistita, il suo carattere eccezionale ne impone la utilizzazione solo in casi di comprovata necessità. Non potrà essere utilizzata per interessi di tipo meramente personali, come ad esempio la scelta del sesso del figlio o del suo tipo fisico. È ciò che si ricava dall'art. 1°, comma 4, della citata Risoluzione 1358/92:

Le tecniche di RA non devono essere eseguite con l'intenzione di selezionare il sesso o qualsiasi altra caratteristica biologica del futuro figlio, eccetto quando si tenta di evitare malattie connesse al sesso del figlio.

Così si tenta di limitare la manipolazione genetica che potrebbe portare a conseguenze nefaste per l'uomo, implicando la sua disumanizzazione: come succede con gli animali (i bovini, ad esempio), l'embrione umano potrebbe essere liberamente acquisito e manipolato, soprattutto sul mercato nero, per ottenere le caratteristiche desiderate.

È ciò che osserva Stefano Rodotà:

Se non si crea un quadro istituzionale in grado di evitare abusi dei dati genetici, vi è la concreta possibilità di veder nascere una ‘concorrenza genetica’ e una ‘eugenetica di mercato’. I soggetti, singoli o associati, in possesso di una eccellente situazione genetica potrebbero chiedere agli assicuratori condizioni particolarmente favorevoli: una discriminazione ‘positiva’, secondo una logica opposta, ma simmetrica, rispetto a quella adoperata nei confronti dei soggetti geneticamente ‘negativi’. Questo rischio non è ipotetico. (Rodotà, 2006: 195)

A questo proposito il film “GATTACA: La Porta dell’Universo” illustra molto bene le possibili conseguenze di illimitata manipolazione genetica, mostrando le discriminazioni subite dai “figli della fede”, ossia quelli concepiti con processo naturale, in rapporto ai “figli della scienza”, concepiti con metodo assistito. Sorge una distinzione tra le persone della prima o della seconda categoria, essendo queste ultime geneticamente perfette e perciò con migliori opportunità di educazione, lavoro, ascesa sociale. Così si potrebbe parlare di una nuova forma di discriminazione, basata non più su colore, razza o condizione sociale ma sul patrimonio genetico, che diverrebbe il fattore determinante per la vita di tutti gli individui nella società.

Questa si prefigura come una delle più impegnative sfide del ventunesimo secolo, fonte di grande inquietudine per l’uomo. Fino a che punto potremo arrivare? Come rendere possibile l’impiego e l’evoluzione della tecnica genetica, ed allo stesso tempo proteggere la persona umana? Sono queste, tra le altre, domande sollevate da questo tema. Possiamo fin d’ora renderci conto che la semplice creazione di testi legali non è sufficiente a risolvere il problema, anche perché non mancano scienziati senza scrupoli, disposti a tutto per avere denaro e potere.

A questo proposito, afferma Luigi Ferrajoli che:

Dobbiamo essere consapevoli, innanzitutto, dei limiti che comunque ha il diritto in queste delicate materie. Un primo limite è quello della sua tendenziale ineffettività. L’esperienza dell’aborto dovrebbe servire d’insegnamento. Quali che siano le nostre opinioni filosofico-giuridiche e filosofico-morali, in materie come queste il diritto, soprattutto penale, è destinato ad essere ignorato e a produrre semplicemente la clandestinizzazione dei fenomeni che intende proibire o limitare. (Ferrajoli, 2002: 164)

In Brasile, l’art. 6°, III, della Legge 11.105/05 proibisce la manipolazione di cellule germinali, zigoti ed embrioni umani. A sua volta l’art. 25 considera

reato tale condotta, punendola con una pena detentiva da uno a quattro anni, oltre a multa.

Allo stesso modo l'art. 13 della legge italiana dispone che:

3) Sono, comunque, vietati:

[...]

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo.

## **7. L'inizio della vita umana**

Un altro punto importante e stimolante è quello che si riferisce all'inizio della vita umana, tema di analisi obbligatoria da parte di tutti coloro che si propongono di investigare le implicazioni etiche della riproduzione assistita.

Su questa questione possiamo citare vari punti di vista. Tra di essi, quello che conta maggiori adepti è rappresentato dalla cosiddetta teoria concezionista, tradizionalmente accettata dai giuristi, secondo cui la vita umana inizia con il concepimento, ossia con la fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo. A partire da questo momento sorgerebbe la nuova vita, con il proprio corredo genetico.

È ciò che sostiene Antonio Chaves:

È la fecondazione che stabilisce l'inizio della vita. Quando i 23 cromosomi maschili dello spermatozoo si incontrano con i 23 dell'ovulo della donna, definiscono tutti i dati genetici dell'essere umano, e qualsiasi metodo artificiale per distruggerlo pone fine alla vita.

In conformità alle direttive del consiglio d'Europa: "fin dal momento in cui lo spermatozoo feconda l'ovulo, questa piccola cellula è già una persona e pertanto intoccabile."

'Accettare la teoria che, dopo la fecondazione, comincia ad esistere un nuovo individuo, dice il genetista francese JÉRÔME LEJEUNE - non è una questione di gusto o di opinione. La natura dell'essere umano dal concepimento alla vecchiaia non è una ipotesi metafisica, bensì una evidenza sperimentale. (Chaves, 1994: 16.)

Jussara Meirelles sostiene lo stesso punto di vista ed afferma che, anche quando accada *in vitro*, il concepimento rappresenta il momento iniziale della vita umana.

La fecondazione dell'ovulo umano segna l'inizio della vita di ciascun individuo, distinto da quelli che contribuirono biologicamente alla sua formazione e dotato di un codice genetico proprio che condurrà a tutto il suo sviluppo. (Meirelles, 2000: 125)

Questa teoria è portata avanti da un gruppo chiamato scuola genetica, la quale attribuisce l'inizio della vita alla formazione del codice genetico individuale. E dato che esso è presente a partire dalla fecondazione, questo significa che fin da allora esiste un nuovo essere umano (Silver, 2001: 56).

A questa teoria si contrappone la teoria sviluppatzionista, per la quale, nonostante la fecondazione definisca il corredo genetico del nuovo essere, è necessario un certo grado di sviluppo perché si possa parlare di essere umano (Pessini, 2000: 236).

Quest'ultimo gruppo si compone di scienziati che pensano che la vita umana inizi con l'annidamento, ossia nel momento in cui l'uovo fecondato si impianta nella cavità uterina, il che avviene a circa una settimana dalla fecondazione. Anche questa teoria gode di un numero rilevante di aderenti, soprattutto nella classe medica.

Coloro che appoggiano tale teoria si basano sul fatto che l'ovulo non avrebbe nessuna possibilità di sviluppo se non fosse introdotto nella cavità uterina della donna. I concezionisti, dal lato opposto, criticano la teoria argomentando che l'annidamento non fornisce niente di nuovo alla vita, che procede comunque solo in presenza di condizioni favorevoli. La corrente sviluppatzionista si articola poi in varie sotto-teorie, tra cui quella che afferma che la vita umana inizia il 14° giorno dopo la fecondazione, quando inizia l'organizzazione, sia pure rudimentale, del sistema nervoso embrionale; fino a quel momento lo zigote può sdoppiarsi in parti identiche, dando luogo a gemelli monozigoti.

Proprio per questo la relazione della Commissione di Ricerca sulla Fecondazione Umana ed Embriologia riunitasi nel luglio 1984 in Inghilterra, stabilì che:

Gli embrioni umani (congelati o no) fecondati *in vitro* non possono essere mantenuti in vita se non vengono trasferiti in una donna entro un periodo di 14 giorni dalla fecondazione. Allo stesso modo non si

possono realizzare ricerche sugli embrioni oltre il quattordicesimo giorno della fecondazione. Si chiarisce inoltre che nel contare i giorni del citato periodo non si include il tempo per cui l'embrione sia eventualmente stato crioconservato.

Contro questa teoria si afferma che il periodo di 14 giorni è stato scelto in maniera arbitraria, rivelando una inaccettabile definizione dei valori umani, al fine di creare l'illusione di non uccidere una vita (Meirelles, 121).

Sulla stessa linea di questa teoria, esiste quella che definisce l'inizio della vita a partire dalla configurazione degli organi umani, ossia dal momento in cui il concepito raggiunge forma umana.

Altri autori sostengono che l'inizio della vita umana coincide con la formazione del sistema nervoso e la funzionalità del cervello. Questa teoria si basa sulla definizione di morte cerebrale, attualmente accolta da buona parte degli ordinamenti giuridici, consistente nell'interruzione delle funzioni dell'encefalo e non nella paralisi cardiopolmonare. Se la morte avviene quando il cervello smette di funzionare, inversamente per l'inizio della vita umana è necessaria la comparsa di manifestazioni cerebrali, sia pure in forma rudimentale. Come si vede la questione è abbastanza controversa, oltre ad essere di estrema importanza per le future tecniche derivanti dal progredire delle biotecnologie. Ad essa sono legati tutta una serie di problemi, come il destino degli embrioni eccedenti e la possibilità di realizzare clonazioni a fini terapeutici.<sup>3</sup>

Attualmente questa discussione assume una importanza ancor maggiore in funzione della possibile utilizzazione di cellule staminali, che promettono di rivoluzionare la medicina apportando nuove cure per varie malattie, come il

---

<sup>3</sup> La clonazione a fine terapeutico è quella che intende riprodurre embrioni al fine di estrarne cellule staminali. Queste cellule, non essendo ancora passate per il processo di differenziazione, potranno essere impiegate nella formazione dei più diversi tessuti ed organi. Il problema comunque, motivo di tutta la controversia, è che dopo l'estrazione delle cellule staminali gli embrioni devono essere scartati. Recentemente però si stanno sviluppando studi per produrne a partire da altre cellule umane, non embrionali. A questo proposito, il 20/11/2007 è stata pubblicata una ricerca realizzata da una equipe americana ed una giapponese che lavorando insieme sono riuscite a riprodurre cellule staminali partendo da cellule di pelle umana. Questo lavoro, ancora in fase sperimentale, è circondato da grandi attese nel mondo scientifico e religioso, dato che metterebbe fine alla discussione morale sull'utilizzazione, e conseguentemente allo scarto, di embrioni. Inoltre, per mezzo di una nuova tecnica gli scienziati promettono di risolvere una delle grandi sfide connesse al procedimento fino ad ora conosciuto, ossia il rigetto da parte dell'organismo del paziente trapiantato, derivante dall'utilizzazione di cellule embrionali provenienti da un'altra persona. Da qui nascono la meraviglia ed il fascino della nuova scoperta.

Parkinson e la leucemia. Questo aumenta innegabilmente la spinta ad approvare nuove esperienze su embrioni umani, il che necessariamente avrà ripercussioni sia sulla relativizzazione del valore, sia sull'adozione di una teoria distinta da quella concezionista per definire l'inizio della vita umana.

In realtà, comunque, ci rendiamo conto che il problema principale al quale si deve rispondere riguarda l'inizio della vita umana non di per sé stessa, ma a partire dal momento in cui essa comincia ad avere importanza dal punto di vista morale. Anche perché da tempo si mette in evidenza il fatto che tanto lo spermatozoo quanto l'ovulo già sono vita, molto prima della loro fusione; nonostante ciò, non meritano la stessa considerazione dal punto di vista morale.

È d'altronde ciò che osserva Linneu de Camargo Schützer:

La vita non comincia dalla fecondazione, dato che già l'ovulo e lo spermatozoo sono vivi. La vita è un continuare, pertanto ciò che vogliamo precisare non è il concetto di quando la vita inizi, ma da quando questa cominci ad avere significato morale. (Schützer, 2000: 307)

Stando così le cose, quando è che la vita passa ad avere valore morale? In che momento essa comincia ad avere quel valore speciale che consideriamo legato alla vita umana? Con il concepimento? Con l'annidamento? O in qualsiasi altro momento posteriore? Sarà possibile trovare le risposte?

È facile comprendere le tante difficoltà che circondano questo tema, che si presenta come il più tormentoso di questo nuovo secolo. A mio vedere qualunque risposta a questa questione sarà arbitraria, dato che non le basi scientifiche sono incerte.

Allora che fare? Dobbiamo lasciare il prodotto del concepimento, anche in fase abbastanza avanzata, senza alcuna protezione giuridica? Sarà che per l'esistenza di questi dubbi circa l'inizio della vita umana, o il momento in cui questa comincia ad avere valore, dobbiamo abbandonare l'embrione al caso? Penso di no.

Nonostante esistano dubbi riguardo l'inizio della vita, nessuno pone in discussione che sia il concepimento a determinare il corredo genetico del nuovo essere, costruendo le informazioni che andranno a comporre le cellule dell'individuo che ancora sta per giungere. È ovvio comunque che l'essere umano non si limita ad una mera informazione genetica presente in una cellula (zigote); egli è un essere più complesso, che riceve influenze dall'ambiente in

cui vive, che ama, si emoziona, piange e si rattrista. Parte di ciò che l'individuo potrà essere si trova già definita in quella minuscola sfera, la quale, proprio per questo motivo, deve ricevere la necessaria protezione dall'ordinamento giuridico. È naturale che non ci sia nessuna garanzia che l'ovulo fecondato si impianti nell'utero, come pure che possa concludere la gestazione e nascere felicemente. Questo fatto però non potrà risultare in assenza di protezione dell'embrione. Anche perché, in Brasile, soprattutto nei luoghi più poveri, gli stessi bambini non hanno nessuna garanzia di riuscire ad arrivare alla maturità, ma sono ugualmente degni di protezione e rispetto.

Stando così le cose, il dubbio circa l'inizio della vita umana deve pendere sempre a favore dell'embrione, assicurando la protezione dell'individuo in qualsiasi fase del suo sviluppo, ad iniziare dalla gestazione.

È ciò che osserva d'altronde Jussara Meirelles:

[...] se un determinato adulto viene trovato inerte nella pubblica via, non si può sapere immediatamente se sia vivo o morto. Ma nonostante non presenti segnali vitali come respirazione e polso, neppure un medico affermerà immediatamente che si tratti di un cadavere. Il normale comportamento sarà di concedergli il beneficio del dubbio, nel senso di dargli tutta l'assistenza possibile, e mediante una sequenza di atti si tenterà di riattivare le funzioni biologiche. Subito si tratterà quella persona inerte come se fosse una persona viva e non come se così non fosse.

Quando per mezzo di diversi processi di fecondazione assistita si costituisce lo zigote, anche se biologicamente esistono divergenze se sia o no una persona umana, gli si deve dare ugualmente il beneficio del dubbio e rispettarlo come persona, soprattutto sapendo che più tardi potrebbe diventare una persona umana e ancora che le persone già nate sono state tutti zigoti, all'inizio della loro evoluzione. (Meirelles, 172-173)

## **8. Embrioni eccedenti**

Tanto controverso quanto definire l'inizio della vita è decidere il destino dei cosiddetti embrioni in eccesso, intesi come quelli che, creati con finalità di procreazione, per qualche motivo non sono stati trasferiti nell'utero della donna.

Il problema si verifica per il fatto che, per la realizzazione della FIV (fecondazione *in vitro*), in qualunque delle sue modalità si deve stimolare l'ovulazione per mezzo di ormoni, estraendo il massimo di ovociti possibile e

fecondandoli in laboratorio. Ma dato però che non c'è nessuna garanzia che il pre-embrione utilizzato si fisserà nella cavità uterina, normalmente se ne introducono vari, cercando di aumentare le probabilità di esito positivo, anche per rendere la tecnica accettabile dal punto di vista economico.

Per contenere comunque l'alto rischio di gravidanze multiple, la maggioranza dei medici limita il numero dei pre-embrioni da impiantare. In Brasile ad esempio, si determinò per mezzo della citata Risoluzione n° 1358/92, nel suo art. 1°, comma 6, che il numero massimo di ovociti ed embrioni trasferire nella ricevente non deve essere superiore a quattro.

Può succedere comunque che, dopo la realizzazione della fecondazione *in vitro* ma prima dell'introduzione dei pre-embrioni nella cavità uterina della donna, si verifichi la morte o che sopravvenga una malattia grave ad uno dei coniugi. Allo stesso modo può avvenire il divorzio o la separazione dei coniugi, o anche, ipotesi più comune, che si rinunci al trattamento per motivi personali, o semplicemente per una gravidanza portata a termine con buon esito prima di esaurire il numero di pre-embrioni crioconservati. Da qui sorge un problema: cosa fare degli embrioni eccedenti? (Oliveira, 2000: 69).

In Brasile, non è stata presa alcuna posizione da parte del Consiglio Federale della Medicina (CFM), il quale nell'art. 5°, comma 2, della già citata Risoluzione 1358/92, stabilisce soltanto che:

Il numero totale dei pre-embrioni prodotti in laboratorio sarà comunicato ai pazienti, affinché si decida quanti pre-embrioni freschi saranno trasferiti nell'utero, dovendosi preservare gli eccedenti tramite crioconservazione, non potendo scartarli o distruggerli.

In ogni modo, è possibile constatare nella parte finale di questo disposto l'intenzione, indipendentemente dalla discussione circa l'inizio della vita umana, di proteggere i pre-embrioni, evitando gli scarti o la distruzione attraverso il congelamento degli eccedenti. Ma questa sarà veramente una forma di protezione? Per quanto tempo si manterranno una volta congelati? Queste sono solo alcune delle innumerevoli domande che sorgono e che comportano discussioni giuridiche ed etiche molto accese e finora senza risposta concorde.

Un'altra possibilità, eticamente più accettabile della distruzione, sarebbe la donazione degli embrioni eccedenti, equiparata dal punto di vista giuridico alla adozione di un bambino e come quella irrevocabile. Questa pratica comunque

probabilmente non permetterebbe di superare le difficoltà già esistenti per la realizzazione di adozioni, normalmente per mancanza di persone interessate.

Volendo circoscrivere il problema in questione, alcuni ordinamenti limitano il numero di pre-embrioni da prodursi. È il caso ad esempio dell'ordinamento italiano il quale riduce a tre il numero di embrioni prodotti e impiantati nell'utero in ogni procedimento.

È certo comunque che questa regola può creare problemi per gli interessati, scoraggiando il procedimento per l'elevato costo economico; ma, come già messo in risalto, se esiste un rischio per la vita umana, nonostante tutta la discussione rispetto al suo inizio, essa deve essere protetta, anche a scapito di altri valori. *In dubio pro vita*, questa è la massima che deve orientare i giuristi nella ricerca di qualsiasi soluzione relativa alla presente materia.

Oltretutto, bisogna osservare che la scienza è in continua evoluzione per quanto riguarda il dominio delle tecniche di riproduzione assistita. Ciò significa che ogni giorno che passa aumentano le possibilità di successo nella realizzazione della procreazione assistita, nonostante la diminuzione del numero di pre-embrioni prodotti.

## **9. Conclusione**

In base a quanto esposto è chiaro che il tema qui dibattuto è di grande complessità, coinvolgendo aspetti non solo giuridici, ma anche medici e religiosi. È il caso dell'inizio della vita umana, il quale resta un problema ancora senza soluzione, anche perché, come abbiamo affermato, si tratta di una questione molto più morale e religiosa che essenzialmente biologica. A questo proposito, crediamo che nel dubbio si debba sempre agire a favore della vita, dovendosi adottare la posizione più protettiva possibile verso di essa. Per questo motivo, sosteniamo che l'inizio della vita umana ha luogo con la fecondazione, ossia dal momento del congiungimento dei gameti femminile e maschile che dà origine ad una cellula che possiede un patrimonio genetico ben definito.

Come conseguenza, siamo a favore della posizione italiana la quale, come già detto, limita a tre il numero di embrioni prodotti e impiantati in ogni procedimento. Con ciò si evita il problema di nuovi embrioni eccedenti. Per quanto riguarda quelli già esistenti, permane il dubbio. Che fare di loro? Dobbiamo distruggerli o permettere che siano utilizzati per fini scientifici? Questo è senz'altro uno dei grandi dilemmi attuali. In questo senso, una possibilità che si può tentare è quella di creare, come già abbiamo affermato,

una banca per la adozione di embrioni. In ogni modo, questa iniziativa probabilmente attenuerebbe soltanto il problema stesso, dato che in questi casi il rischio di rigetto è molto alto.

Per ciò che riguarda la liceità della procreazione eterologa, si mostrano più adeguate al contesto attuale le legislazioni brasiliana e spagnola, le quali ammettono tale pratica. Come sappiamo, la monoparentalità è un fenomeno caratteristico del mondo moderno, nel quale è elevato il numero di padri e madri non sposati: proprio per questo l'ordinamento non può chiudere gli occhi su tale realtà, dovendo proteggere la famiglia, qualunque sia la sua origine, come istituzione di grande importanza per lo sviluppo della personalità umana.

Oltretutto, non possiamo affermare che il semplice fatto che un bambino sia educato da un padre o una madre soli sia fonte di disturbo per la sua formazione. Tutto dipenderà da come questa educazione sarà data. Tant'è vero che molti sono i bambini che nascono e crescono in seno ad una famiglia composta tradizionalmente, con padre e madre, e finiscono per sviluppare squilibri emotivi, frutto del loro rapporto con genitori psicologicamente instabili, senza la minima capacità di gestire la propria vita ed ancor meno quella di un nuovo essere.

Per tutto questo sosteniamo che, esattamente come avviene per l'adozione, gli interessati ad usare queste nuove tecniche, siano essi sposati, conviventi o anche scapoli e nubili, debbano sottomettersi ad esami psicosociali aventi come obiettivo il verificare se esistano le condizioni necessarie per far venire al mondo un nuovo essere, assumendosi tutte le responsabilità da ciò derivanti. Questa esigenza si giustifica con l'eccezionalità del caso e con i problemi che potrebbero sorgere dall'uso delle nuove tecniche.

Infine, la manipolazione genetica deve essere oggetto di un'attenzione speciale da parte di tutti gli ordinamenti giuridici. Come già detto, non sono pochi gli individui senza scrupoli capaci di tutto per ottenere potere e denaro. Questa attenzione non può provenire da un unico ordinamento, ma dev'essere frutto di un'intesa a livello globale, visto che nel mondo in cui viviamo possiamo facilmente spostarci in tempi brevi per fare in altri paesi quello che non possiamo fare nel nostro. Ha senso analogamente affermare che anche la creazione di nuove leggi non è sufficiente a risolvere il problema. È necessaria un'ampia ed effettiva presa di coscienza popolare, dato che esso ha a che vedere con la sopravvivenza della razza umana, il che esige la partecipazione di tutti e richiede uno stretto e responsabile controllo dell'uso dell'ingegneria genetica.

Soprattutto dobbiamo prendere coscienza del fatto che la vita umana è molto più importante della scienza e che perciò quest'ultima deve essere al servizio della vita, e sempre, se vogliamo trarne benefici effettivi.

### Bibliografia

- Barboza, Heloísa Helena. "Direito à identidade genética." In: *Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey (2001).
- Brauner, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. São Paulo: Renovar (2003).
- Chaves, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo* (2 Ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais (1994).
- Ferrajoli, Luigi. "La questione dell'embrione tra diritto e morale." In: *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche. Le questioni bioetiche davanti alle corti: le regole sono poste dal giudice*. Anno XVIII - n° 65 - 2002.
- Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. "Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional." In: *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar (2000).
- Geber, Selmo et al. "Técnicas de reprodução assistida." In: *Ginecologia*. Luiz Carlos Viana et al (coords.). Belo Horizonte: Medsi (1998).
- Junges, José Roque. *Bioética*. São Leopoldo: Unissinos, 1999, p. 148.
- Meirelles, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*.
- Meirelles, Jussara Maria Leal de. *Filhos da reprodução assistida*. In: *Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey (2001).
- Oliveira, Déborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Mandamentos (2000).
- Pessini, Léo e Christian de Paul Barchifontaine. *Problemas atuais de Bioética* (5 Ed.). São Paulo: Loyola (2000).
- Queiros, Juliane Fernandes. *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey (2000).
- Rafful, Ana Cristina. *A reprodução assistida e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis (2000).
- Rodotà, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli (2006).
- Séguin, Elida. *Biodireito* (3. Ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris (2001).
- Shützer, Linneu de Camargo von Landgraf. "Questões éticas específicas em ginecologia." In: *Tratado de Ginecologia* (3. Ed.). Coord. Hans Wolfgang Halbe. São Paulo: Roca (2000).
- Silver, Lee M. *De volta ao eden*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo (2001).
- Tepedino, Gustavo. "A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional." In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar (1999).
- Villela, João Baptista. "Desbiologização da paternidade." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* 21 (n. f.) maio de 1979.

## ***Advance Directives: Declaraciones Anticipadas de tratamiento médico o mal denominado Testamento Biológico***

*Francesco Zappalá\**

### **Resumen**

El asunto cardinal de las *Advance Directives* o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico radica en determinar la eficacia y validez de la voluntad conferida mediante el consentimiento informado suscrito en estado de capacidad, que tiene como finalidad interpretar la intención del individuo para un momento futuro en el cual estará en estado de incapacidad para tomar decisiones en cuanto a los tratamientos y disposiciones médicas. Existen lineamientos diferenciadores de las *Advance Directives* entre los sistemas *common law* y *civil law*, que deben ser identificados para comprender la legislación y la praxis jurídica que las contemplan, y para abordar un estudio comparado de este instituto en la cultura jurídica occidental. Las *Advance Directives* han sido confundidas con la acepción 'Testamento Biológico' por errada duplicación legislativa. En el imaginario colectivo las consecuencias de las *Advance Directives* coinciden con la eutanasia, sobre todo en la modalidad pasiva más que en la activa. Así, son en realidad dos conceptos diferentes, con conexiones estrechas, pero con distinta reglamentación legal, a tal punto que en Europa Continental las *Advance Directives* son admitidas y hacen parte de la realidad social, al contrario de la eutanasia, que es excluida legislativamente y que tiene amplia aceptación en el sistema del *common law*.

### **Palabras claves**

*Advance directives*, Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico, Testamento Biológico, bioderecho, autodeterminación, capacidad, voluntad, consentimiento informado, eutanasia.

### **Abstract**

The main issue of *Advance Directives* is determining the effectiveness and validity of the will conferred by the informed consent signed in capacity, which aims to interpret the intent of the patient for a future time in which he will be in a state of inability to decide on treatments and medical provisions. There are guidelines that differentiate *Advance Directives* in common law and civil law systems, which must be identified in order to understand the law and legal practices that relate to them and to address a comparative study of this institution in Western legal culture. *Advance Directives* have been confused with the living will, because of a mistaken duplication of legislation. In the collective imagination the consequences of *Advance Directives* coincide with euthanasia, especially in the passive rather than in the active mode. However, these are two different concepts, with close connections, but with different legal regulation, to such an extent that Continental Europe accepts *Advance Directives*, and they are part of society, as opposed to euthanasia, which is excluded legislatively, although it has wide acceptance in common law systems.

### **Keywords**

*Advance Directives*, Living Will, Biological Law, Self-Determination, Capacity, Will, Informed Consent, Euthanasia.

---

\* Abogado, consultor y docente. Abogado egresado de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente de Planta de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Privado Europeo de la Università degli Studi La Sapienza de Roma, Italia. Actualmente, adelanta estudios del Doctorado en Derecho de la Economía y de la Empresa del Collegio del Dottorato di Diritto Commerciale dell'Università degli Studi La Sapienza de Roma, Italia.

## 1. Noción de *Advance Directives* y antecedentes de bioderecho

Por *Advance Directives*, o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico o más sencillamente Declaraciones Anticipadas, se entiende aquella declaración o conjunto de declaraciones por medio de las cuales un individuo, dotado de plena capacidad, expresa su voluntad sobre los tratamientos médicos a los que desearía o no ser sometido en la eventualidad de una enfermedad, trauma imprevisto o advertido, vejez o simplemente incapacidad, en consecuencia de los cuales no estaría en condición de expresar su propio consentimiento informado (u oposición al mismo). Es una manifestación, por lo general escrita, realizada en presencia de testigos o notario por una persona en plenitud de sus facultades mentales, en la cual se especifican las condiciones de su tratamiento, en caso de encontrarse en imposibilidad de decidir sobre la propia salud.

El concepto *Advance Directives*, o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico, es una expresión de las preocupaciones que se producen en los países afectados por un fuerte avance de la medicina y la tecnología. Los descubrimientos en el campo de la ciencia médica en las últimas dos décadas han facilitado una mejora de la calidad de vida y un aumento de la duración de la misma. Frente a las nuevas oportunidades de intervención en los asuntos biológicos como procreación asistida, trasplantes de órganos, clonación, técnicas de alimentación artificial, etc., surge la necesidad de establecer normas de conducta, no sólo morales, éticas o religiosas, sino también jurídicas (Serrano, 2005: 243).

En la última década, las expresiones Testamento Biológico o *Advance Directives* se han tornado comunes en el lenguaje jurídico europeo, a causa de acontecimientos puntuales que han incendiado la opinión pública, dado que los juristas —y en general el mundo del derecho— han tenido que perseguir afanosamente la realidad para otorgar adecuadas respuestas jurídicas, en algunas ocasiones sin éxito, confundiéndolas con la eutanasia (Herranz, 2004). Otras han generado confusión por las expresiones acuñadas; un ejemplo sobresaliente es el equívoco término Testamento Biológico. En algunas ocasiones se han presentado esfuerzos que han convergido en proyectos legislativos, algunos fallidos, otros en estudio y los más afortunados en legislación permanente.

En bioderecho gran parte de la materia objeto de decisión exige una difícil reglamentación (Brussino, 2002: 27) de las cuestiones prácticas, de tal manera que su irreductible indeterminación (Araujo y Marías, 1981: 18-24), agravada

por el potencial manipulativo de la tecnología (Jonas, 1997: 108), obligan a prestar especial atención en el momento del juicio moral, que consiste en someter a prueba la norma mediante la ponderación de las circunstancias y de las consecuencias de la acción del individuo (Ricoeur, 1996: 298).

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, por ser inexistente una legislación relacionada con el tema, las cuestiones que gravitan alrededor de la noción de *Advance Directives*, al igual que todo tema sobre bioderecho, se han enfrentado recurriendo a principios generales y a valores reconocidos como dominantes en el ordenamiento jurídico donde sean asumidas las decisiones<sup>1</sup>.

No obstante que el cuadro de valores y de principios en el mundo occidental sea muy amplio, se pueden individuar dos concepciones de bioderecho que se contraponen: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en el cual están incluidos Canadá, el Reino Unido y los países escandinavos, es decir, la tradición cultural del *common law*, y la otra concepción es la europea, que caracteriza el cuadro cultural de Europa Continental.

El acercamiento norteamericano a este tipo de problemática se hace bajo cierto punto de vista demasiado sencillo, por cuanto prevalece un único principio: el derecho del individuo a la autodeterminación. En el sistema norteamericano las cuestiones de bioética son resueltas casi exclusivamente haciendo referencia al criterio de la libertad individual de autodeterminación, principio con fundamento constitucional enmarcado en la Cuarta Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de América, que prevé el denominado derecho a la *privacy* (Santosuosso, 1991: 67), entendido en este sistema en un sentido muy sencillo con respecto a Europa. En el sistema del *common law* el derecho a la privacidad es una libertad negativa, entendida como el derecho o facultad del individuo a no sufrir interferencias externas en las prerrogativas personales (Busnelli, 1987: 270), y en específico por parte del Estado, al igual que por parte de terceros, en los atributos concernientes a la persona y a su vida, sobre los cuales la decisión es exclusiva del interesado y su voluntad es soberana.

En el sistema europeo, a diferencia del norteamericano —en donde sencillamente domina el criterio de la autodeterminación—, el cuadro de

---

<sup>1</sup> Es menester informar al lector que la última parte del primer capítulo del presente texto está relacionada con el primer capítulo del artículo “Estatuto jurídico del concebido” del mismo autor (Zappalá, 2007: 263-280), por cuanto los temas de ambos artículos convergen en el concepto general de bioderecho, en atención a que ambos artículos realizan un estudio de derecho comparado de cada figura en el *common law* y en el *civil law*.

referencia es mucho más complejo y articulado. Las cuestiones de bioética correspondientes a la prerrogativa sobre la propia vida no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino que esta es acompañada y algunas veces subordinada a una serie de principios, entre los cuales está el de solidaridad, sobre todo el de dignidad humana, que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética.

El principio sobre el cual oscilan los dos sistemas es el de dignidad humana. Al sistema norteamericano, que se fundamenta en la libertad de autodeterminación, se contraponen el sistema europeo, que asienta en segundo plano la voluntad del individuo de autodeterminarse y considera prioritario el criterio del respeto de la dignidad humana. El entendimiento europeo de este principio parece menos claro que el norteamericano, en el cual es muy sencillo discernir la primacía de la libertad del individuo para autodeterminarse, por cuanto en las prerrogativas de bioética, incluida la propia vida, es necesario en primer lugar respetar el criterio de la dignidad humana, sin que esto signifique que sea desconocido en el sistema norteamericano. Todo lo contrario: en aquel sistema la propia dignidad es entendida en un sentido puramente subjetivo, es decir, el significado de la dignidad depende —en homenaje a la autoridad de la libertad— exclusivamente del individuo, quien decide lo que es digno o no, representándose la dignidad como un auténtico derecho, por cuanto el individuo puede llegar a considerar que es más digno morir, en lugar de permanecer en un estado de coma, de alimentación forzada o de sufrimiento sin esperanza. La dignidad de morir se convierte en un derecho en un sistema jurídico-cultural muy lineal, aunque muy discutible.

Por el contrario, en el sistema europeo la dignidad humana termina siendo un deber, una obligación del individuo y no precisamente un derecho; es orientadora de un comportamiento, que —en nombre de la misma dignidad— es impuesto al sujeto interesado, quien no puede efectuar ciertas conductas propiamente en nombre de su dignidad. En cambio, en el sistema norteamericano el individuo, siendo la dignidad un derecho, puede inclusive tener el derecho de abortar, de morir y de rechazar tratamientos médicos, si resulta más digno para éste, por cuanto nadie decide qué es digno para él. En el sistema europeo acontece lo contrario: en nombre de la dignidad no se vienen reconocidos derechos, sino que son impuestos deberes, y vale decir que en nombre de la dignidad no se puede disponer de la propia vida (Zappalá, 2007: 264-266).

Trazar la diferencia entre los dos sistemas culturales del mundo occidental en materia de bioderecho y bioética es primordial, por cuanto las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico o *Advance Directives* en Europa

Continental son institutos modulados por la experiencia norteamericana e inglesa, en donde la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales o supranacionales están dotados de estos instrumentos jurídicos.

## **2. Significado de Testamento Biológico y *Advance Directives***

Como ya fue dicho, con la expresión *Advance Directives* se denota la declaración realizada por un individuo capaz, destinada a tener efectos en el momento en que éste no se encuentre en capacidad de expresar su voluntad, sin tener la idoneidad o aptitud de confirmar, modificar o negar su previa manifestación de voluntad.

De forma errada se han identificado e incluso equiparado dos conceptos distintos: la noción de Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico y el término Testamento Biológico, que es la imprecisa traducción de la expresión inglesa *living will*. Originalmente el *living will* —cuya correcta traducción es “testimonio de vida”— se concibió en la experiencia jurídica norteamericana como aquella determinada *Advance Directive* destinada exclusivamente para aquellas situaciones que la medicina denomina terminales de la existencia humana. Dicho de otro modo, Testamento Biológico o *living will* comprende las Declaraciones Anticipadas específicamente originadas en caso de enfermedades consideradas extremas o terminales, según las cuales con certeza llevarán al fallecimiento del individuo, es decir, como *living will* se entienden las disposiciones para el fin de la vida (Bondolfi, 1994).

La denominación Testamento Biológico es censurable por cuanto el testamento en todos los ordenamientos jurídicos occidentales es un acto jurídico típico —aunque tenga varias especies (Maffía, 2005: 153)—, exige formalidades *ad solemnitatem* para su perfeccionamiento (Zannoni, 2007: 557), esencialmente tiene contenido patrimonial (Cardona, 2004: 17), presupone el fallecimiento del declarante (Lafont, 2000: 125) y anuncia la presencia de un asignatario en calidad de legatario o heredero, entre otras características (Espinel, 1984: 7). Por el contrario, las *Advance Directives* teóricamente pueden existir y tener eficacia sin necesidad de tipicidad legal, para su perfeccionamiento no requieren de formalidades excluyentes, evidentemente no asumen la finalidad de transferencia patrimonial del causante, por su naturaleza no prevén un causante y no exigen la presencia de un asignatario receptor del acto jurídico. No es admisible replicar que las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico constituyen la denominada dimensión atípica del testamento. Por lo tanto, es insostenible intentar introducir o admitir las *Advance Directives* en los ordenamientos jurídicos que no las contemplan con el ilegítimo argumento de la previsión legal de

testamento como una forma de disposición de todo o parte de los bienes de un causante para que tenga pleno efecto después del fallecimiento. Es evidentemente equivocado relacionar las *Advance Directives* con la institución del testamento, como también con el de Testamento Biológico, debido a que las primeras existen en vida de la persona incapaz para la protección y la continuación de su personalidad jurídica; en cambio, el testamento es una institución que presupone la inexistencia de personalidad jurídica (Ripert, 1987: 41).

No obstante lo anterior, por parte de algunos juristas y en algunas legislaciones no se ha encontrado mejor denominación a la de Testamento Biológico, inexactitud causada por la ausencia de legislación uniforme, acompañada por el intento de imitar y traducir las legislaciones foráneas existentes, generando problemáticas en torno a la denominación y al contenido de las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico.

### **3. Voluntad e incapacidad jurídica**

El problema más complejo, alrededor del cual gravita la naturaleza jurídica de las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico, radica en establecer el valor que tiene una voluntad exteriorizada por un sujeto capaz, pero destinada a tener efectos y eficacia cuando el sujeto no estará en posibilidad de confirmarla (Castaño, 1997: 219-221).

Por consiguiente, el asunto de las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico depende de la noción de incapacidad, siendo necesario distinguir dos escenarios fundamentalmente diferentes en los cuales un individuo puede llegar a estar en estado de incapacidad: uno accidental o hipotético, no presagiado; y otro previsto y pronosticado, en los casos de un paciente que se somete a determinados tratamientos cuya consecuencia será probablemente una incapacidad, del deterioro de una enfermedad degenerativa hacia la invalidez o incapacidad, o del paciente que conoce las altas probabilidades de hallarse en condiciones de incapacidad después de una intervención médica.

En lo relacionado con la incapacidad advertida como posible y pronosticada, se ha inciertamente considerado —en ausencia o sin necesidad de regulación legislativa— que la voluntad del individuo debe ser respetada, aseveración precaria por cuanto en el sistema cultural jurídico anglosajón del *common law* no existe duda al respecto, a diferencia del sistema continental europeo del *civil law*.

Para distinguir y descifrar las dos distintas tendencias de pensamiento entre *common law* y *civil law*, en atención a la cuestión de *Advance Directives*, es preciso mencionar dos situaciones fácticas, casi idénticas, acontecidas en los dos continentes: aunque el tema central es la eutanasia y no las *Advance Directives*, estas situaciones resultan interesantes para dilucidar las dos propensiones jurídico-sociales. Es fácil recordar el caso de Terry Squiavo (*Black Voice News Online* 07/04/2005), mujer norteamericana reducida a un estado de coma por una enfermedad terminal, a quien le fue interrumpido el tratamiento que la mantenía en vida, presumiéndose que esa era su voluntad. Esta conjetura se fundamentó en la opinión del cónyuge sobre la voluntad incógnita de la incapaz, en donde nunca existió voluntad expresa de la paciente en torno a la manifestación de interrupción de la propia vida por su incapacidad total de entender y querer (Serrano, 2006: 69), e incluso de manifestarse. Confrontando este caso con el acontecido recientemente en Italia, se deduce la dimensión de la distancia entre los dos sistemas en términos culturales: el Tribunal de Roma negó la voluntad expresa, directa, incuestionable y capaz de entender y querer del señor Piergiorgio Welfy (Tribunale di Roma Sezione i Civile, 2006), quien exhortó personalmente por la vía judicial la interrupción de su vida a causa de una grave e incurable enfermedad, alegando el derecho de autodeterminarse y de decidir sobre su propia vida.

Distinto es el asunto en el cual la incapacidad sea accidental, y el individuo *a priori* haya señalado prevenidamente su voluntad sobre los procedimientos médicos y demás condiciones durante su invalidez, en un documento denominado *Advance Directives* o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico.

#### **4. Instrumentación de las *Advance Directives***

La exteriorización de la voluntad, para la casi totalidad de la legislación y doctrina que trata el tema, debe tener la formalidad del escrito, como requisito para la validez de las *Advance Directives* o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico, que subordinan el profesional médico a la voluntad del paciente (Cotta, 1983: 22).

La sistemática del documento *Advance Directives* en los países en los cuales existe una reglamentación legal —como Francia, España y Holanda—, al igual que en los demás países que carecen de legislación específica —estos por imitación de los primeros—, contemplan tres partes, con reglamentación a contenido mínimo.

Una primera parte, obligatoria, en la cual debe ser expresado el consentimiento informado del sujeto. Es de fundamental importancia porque reposa la voluntad intrínseca del individuo, requisito de la esencia para la validez y legitimidad del instituto, que no debe reducirse a una mera lectura de un modelo preimpreso y aceptación de los procedimientos médicos y en general del tratamiento médico. Es el total e inequívoco discernimiento sobre la integridad de las modalidades y consecuencias futuras de un tratamiento médico, de sus alternativas, de las posibilidades de éxito y, en general, del universo de situaciones concomitantes con el tratamiento médico. Es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente (Vázquez, 2002: 59).

La segunda parte, denominada general —en la cual el sujeto declara sus expectativas en el tratamiento y las terapias, es decir, las modalidades de atención en la eventualidad de una hipotética incapacidad—, es la parte en la cual el individuo indica sus perspectivas. Estas pueden ser negativas pero también positivas: el paciente podría manifestar que no desea ser sometido a curaciones extremas para continuar con la existencia, pero también podría desear un enfoque positivo, según el cual solicite ser vinculado a un tratamiento extremo, incluso el más invasivo o la experimentación de nuevos fármacos o procedimientos, con el fin de mantenerse en vida. De la misma forma, en las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico pueden darse indicaciones sobre el tipo de alimentación que desea recibir, el vestuario esperado —como en el caso de pacientes seguidores de determinada religión o costumbre—, directrices sobre la donación de órganos, pautas respecto al lugar de residencia o condiciones de traslado e incluso las condiciones de una eventual sepultura.

En la última parte, las *Advance Directives* consideran el denominado mandato en previsión de la incapacidad, en virtud del cual se establece un fiduciario (Hayzus, 2004: 167). Este término es entendido en su acepción originaria de sujeto guardador de extrema confianza, garante del respeto de la voluntad del incapaz, y no como sujeto del contrato de fiducia (Lascala, 2005: 67), por la indiscutible diferencia cualitativa en cuanto a las funciones de su ejercicio y por la inexistencia de un patrimonio autónomo, sino de un patrimonio de incapaz. Por lo tanto, la figura jurídica se acerca más a la del guardador, pero su radio de acción es más amplio: busca el desarrollo integral de las disposiciones del incapaz (Becerra, 2002: 40), desbordando el tradicional y restringido concepto de tutor o curador, convirtiéndose así en continuador de la voluntad más íntima del sujeto.

El mandato en previsión de la incapacidad generalmente no es remunerado, con salvedades legislativas en donde se prevé una derogación al principio de gratuidad, advertida como peligrosa en razón de la inoportunidad de pactar compensación económica a un mandatario *sui generis*, con funciones cargadas de intimidad, confianza y pudor.

## 5. Principio del consentimiento informado

La expresión consentimiento está definida como acción de consentir, permitir, aceptar, admitir un asunto o cosa; a su vez, “informado” se dice de una persona enterada de algo que no conocía (Marmolejo, 2006: 21).

Una de las cuestiones jurídicas más trascendentales y de gran debate, aun en países fuertemente católicos como Italia y España, es aquella relacionada con el valor imputable a la voluntad de la persona que determina el tratamiento terapéutico a practicarle en el momento futuro, cuando no estará en posibilidad de entender y querer.

El consentimiento informado es una condición necesaria y de su esencia para la legalidad de todo tratamiento o intervención médica (Kfoury, 2003: 38), de modo que la relación asimétrica entre el médico y el paciente se convierte en una alianza terapéutica, que infortunadamente en algunas legislaciones ha sido objeto de distorsiones, llevando al extremo de burocratizar el acto médico (Iturmendi, 1988).

Desde el punto de vista deontológico, la conmutación de una medicina paternalista (García, 2001: 201) —en la cual el médico era un sujeto con la carga de asumir decisiones— a un nuevo modelo que asume la importancia fundamental de la protección de la libertad de autodeterminación de la persona, hace imprescindible el consentimiento del paciente a las terapias e intervenciones quirúrgicas. Es ahora impensable desarrollar diagnósticos o actividades terapéuticas sin la adquisición de un consentimiento informado. Infortunadamente la legislación se ha interesado más en los problemas meramente jurídicos que en la ordenación ético-profesional (Sanz, 2004: 44).

El deber del médico estriba en la asistencia en materia de salud, encaminada a satisfacer, en su real dimensión tutelar, el interés terapéutico o clínico del paciente, en el entendido de que el profesional desplegará lo mejor de sí, de conformidad con la *lex artis ad hoc*, es decir, con las reglas que estereotipan su nobilísimo y milenario arte (Jaramillo, 2002: 210-211).

En particular, es deber del médico —en presencia de la negativa documentada por parte de persona con capacidad de entendimiento y voluntad— desistir de la actividad diagnóstica o terapéutica. No se permite ningún tratamiento médico en contra de los deseos del individuo, salvo en el caso de menores de edad, adultos mentalmente enfermos y en general de personas incapaces, en vista de que, si el paciente no es capaz de expresar su voluntad en caso de un grave riesgo para su vida, el médico puede no tener en cuenta lo que ha expresado anteriormente. Por el contrario, si el paciente no ha expresado su voluntad o es incapaz, se considera válido el consentimiento otorgado por la persona que ejerce la patria potestad o el representante legal, su tutor o fiduciario.

La eficacia del consentimiento informado radica en que el paciente asume los riesgos en la medida en que acepta el tratamiento médico (Tamayo, 2003: 63). Todo consentimiento a un acto médico comporta en parte una aceptación de riesgos; por lo tanto, el paciente debe estar convenientemente informado sobre aquello a lo que brinda consentimiento (Le Tourneau y Cadiet, 1998: 319).

Por consiguiente, el consentimiento informado, para ser pertinente, debe ser otorgado por una persona con capacidad de entendimiento y voluntad. El tratamiento médico es subordinado al consentimiento explícito del interesado, el cual puede ser revocado y modificado en estado de capacidad, dado que, como toda declaración de voluntad, no es inmodificable.

La doctrina italiana se ha encargado de identificar los requisitos del consentimiento informado, manifestando (Bilancetti, 2003: 336) que éste debe ser personal, consciente, instruido, actual, manifiesto, libre, completo, gratuito, recepticio, requerido, específico, temporal y revocable (López, 2007: 361-364).

La exigencia de proteger el derecho a la autodeterminación de las personas cuando ha sobrevenido incapacidad se ha resuelto en los países del *common law* atribuyendo relevancia a la voluntad expresada en un momento anterior, a través de las *Advance Directives*.

Excluyendo los países orientados por el *common law* y Alemania —en donde es consensual el acto de consentimiento informado al igual que sus modificaciones—, el documento asume la formalidad de acto notarial con la presencia de dos testigos. Con la introducción del registro de las *Advance Directives*, el lugar de conservación y quien ostenta la guarda de los documentos son el notario y los familiares del paciente. En caso de personas imposibilitadas para suscribir las *Advance Directives*, el notario podrá

autorizarlas en el entendido de que sea clara e inequívoca la voluntad del sujeto.

El asentimiento de voluntad del consentimiento informado es excluido para toda persona incapaz al momento de la suscripción, en armonía con las disposiciones sobre el acto jurídico. Es necesario estar en pleno estado de capacidad de ejercicio (Becerra, 2006: 36), es decir, no pueden ser suscritas por menores de edad, interdictos por demencia o disipación y, en general, por toda persona en estado de incapacidad, aunque sea relativa, por tratarse de un acto de disposición (Messineo, 1955: 445).

La validez jurídica de las *Advance Directives* entra en duda con el supuesto de que, en estado de incapacidad del paciente, existan diferencias sobre la interpretación o integración de la manifestación de la voluntad del suscriptor sobre el consentimiento informado entre familiares, fiduciarios, médicos y, en general, entre interesados. Sea lo primero indicar que la legislación sobre el tema no es convergente, en cuanto la mayor parte de las legislaciones determinan que la divergencia debe ser resuelta por el juez de conocimiento por demanda de parte, en consideración a la necesaria verificación legal. Esta verificación es propia de la inferencia encaminada a deducir la pretérita voluntad del paciente al momento de suscribir las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico con efectos presentes al tratamiento, circunstancia que debe ser de conocimiento de un juez por su ineludible análisis jurídico. Esclarecer la manifestación de voluntad es un asunto de competencia jurídica y no médica; esta es una solución legislativa irracional desde el punto de vista fáctico, por ser anacrónico aguardar la duración de un proceso, lleno de controversia probatoria por su índole declarativa, para un asunto de inmediata y urgente decisión. En una precisa minoría de legislaciones las controversias son dirimidas de forma no jurídica, recurriendo a un comité médico integrado por el médico de cabecera y otros dos que paradójicamente se pronuncian sobre la interpretación o integración del valor jurídico de la voluntad del paciente. Esta situación es conforme a la realidad de los tiempos necesarios para la toma de decisiones, pero precaria por su validez en razón de la inseguridad que brinda una decisión jurídica en manos de profesionales de la medicina. Es axiomática la incertidumbre sobre la capacidad y pertinencia de las *Advance Directives*, y de su efectividad en torno a determinar la voluntad futura, ahora presente, surgida de una manifestación remota.

## **6. Derecho comparado de las *Advance Directives***

La discusión sobre este tema se ha intensificado en los últimos años a raíz de situaciones de hecho controversiales, obligando a algunos países europeos a

dotar su legislación con las *Advance Directives*. Los demás actualmente carecen de legislación sobre el tema, pero la discusión parlamentaria es muy intensa, porque en todos los países europeos existen proyectos de ley con principios divergentes y otras veces convergentes.

Es menester precisar que, además del inexacto término Testamento Biológico, las *Advance Directives* en Europa han sido denominadas de forma distinta, como directivas para la curación (V. Engelhardt, 2008), instrucciones preventivas (*Università di Bari*, 03/10/2002), testamento de vida (Singer, 2008), acto escrito por el cual una persona dispone de su tratamiento médico (*Senato della Repubblica*, 26/04/2006), mandato en previsión de la incapacidad (*Camera dei Deputati*, 17/02/2004) y documentos de instrucciones preventivas. Se estima la designación Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico como la más apropiada e incluyente, en armonía con la calificación que el artículo primero de la mayor parte de las legislaciones y de proyectos de ley hace del instituto.

Es indudable que se presencia la creación de un nuevo instituto jurídico, no obstante la denominación disímil. Las *Advance Directives* en su estricto sentido —ajeno a la eutanasia permitida en Estados Unidos, Gran Bretaña, Holanda, Bélgica, Dinamarca y los estados de Manitoba y Ontario de Canadá— son contempladas legislativamente o por praxis en toda Europa (*Donna Moderna* 11/05/2008).

Se procede a resaltar algunas particularidades de las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico en la realidad jurídica de los países occidentales en donde ellas se contemplan, destacando las especialidades, anomalías u originalidades que las distinguen de la generalidad.

Es posible realizar un análisis comparativo del universo de la reglamentación legal de los países europeos dotados de legislación, y de los proyectos legislativos que existen en Europa, por cuanto los segundos tienen como imitación y deseo de superación a los primeros. La garantía, precisión y amplitud del consentimiento informado constituyen, internacionalmente, el rasgo común denominador de las *Advance Directives*.

En cuanto a la terminología del concepto de consentimiento informado, en las lenguas latinas se ha preferido conservar la estructura idiomática y traducir literalmente la noción. Así, en italiano se recurre a la expresión *consenso informato*, en francés a *consentement éclairé*, en portugués y español a consentimiento informado, en alemán *Patienten-Testament* y en inglés *informed consent*. No obstante, en otras zonas del planeta, como Nueva

Zelanda, han sido usados giros literarios poco oportunos del tipo “opción informada” o “selección con información” (Cecchetto, 2002: 103-104), que desdibujan la esencia del significado de consentimiento informado.

Estados Unidos de América fue el primer país en reconocer la legitimidad y validez de las *Advance Directives*, concibiéndose desde su inicio como una declaración de plena voluntad, en la cual se otorgan instrucciones que deben ser mantenidas en la hipótesis de que, por causa de una grave enfermedad, el sujeto declarante no esté en condiciones de expresar su voluntad acerca de cuál tratamiento soportar. En la juridicidad norteamericana nace el concepto original *living will*, traducido erróneamente como Testamento Biológico. Realmente la interpretación correcta es “testimonio de vida” (Smorto, 2007: 144), que encaja en el contexto más amplio de las *Advance Directives*, como el conjunto de declaraciones destinadas a la atención médica que indican los tratamientos o intervenciones sobre los cuales se brinda la aprobación o el rechazo, en consideración a la posibilidad de tomar decisiones sobre la propia salud.

El 4 de abril de 1997, en Oviedo, se aprobó la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, en la cual se establecieron normas de principio para la protección de la persona en todas sus condiciones existenciales. El artículo 9 afirma que la voluntad expresada por el paciente, precedentemente al momento del tratamiento en caso de incapacidad, debe ser tenida en cuenta (Sánchez, 2001: 150). La Convención fue ratificada por la casi totalidad de los organismos europeos de representación popular.

En Gran Bretaña y en los países escandinavos no existe disposición legal, pero existe la reglamentación proveniente de pronunciamientos judiciales inconfundibles del sistema del *common law* (Amato, 2007).

En Europa las *Advance Directives* tienen reglamentación legal en Dinamarca, Bélgica, Holanda, Francia y España. En Gran Bretaña está ausente la legislación sobre el tema, pero las *Advance Directives* son práctica común desde hace más de una década: allí la asociación de médicos, recomendando su uso, ha preparado el texto del *Mental Incapacity Act*, en donde se documentan las *Advance Directives* (*Università di Bari*, 13/11/2002). Evidentemente, en Europa Continental las legislaciones son recientes, siendo por lo tanto imposible confirmar sus bondades por ausencia de estadísticas, a diferencia del mundo del *common law*, donde las discusiones sobre el *living will*, el derecho a la buena muerte y las *Advance Directives* son habituales y de conocimiento jurídico desde los años setenta del siglo veinte.

En Francia se dispone, sin ser obligatoria su suscripción, la necesidad de validar cada tres años las *Advance Directives* asentadas, concluyendo que, si la incapacidad se verifica después de tres años de su redacción y suscripción (ABC 14/04/2005), el médico debería no considerarla por invalidez. Lo anterior es una paradoja o error de técnica legislativa representada en que la inutilidad de las *Advance Directives* generada por el transcurso de tiempo — tres años— es ociosa y desorientadora. Es así por la sencilla razón de que, no obstante ser inválida la declaración de voluntad, seguramente en ausencia de *Advance Directives* confirmatorias de aquella considerada inválida o caduca el médico estará interesado en considerar las *Advance Directives* inválidas, si es necesario conocer la voluntad del paciente en caso de incapacidad, por ser la única existente. La legislación francesa indica que la modificación parcial de una Declaración Anticipada es entendida como confirmación de la originaria, iniciando, desde la modificación, el término de tres años.

En España, la Conferencia Episcopal propuso en 1989 una forma de *Advance Directives* o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico. Actualmente la ley española sobre documentos de instrucciones preventivas contempla también disposiciones sobre el destino del propio cuerpo, órganos y sepultura frontalmente antieutanásicas (CEE, 1993). En el país ibérico, otro frente de actuación para atacar la denominada medicina industrializada ha sido la insistencia en la nueva medicina a través de cuidados paliativos (SECP, 2002: 37).

No obstante la ausencia de regulación legal, en Alemania está reconocido el acto de disponibilidad del sujeto que la doctrina alemana denominaba testamento del paciente, término modificado por las razones expuestas, en vista de la confusión que genera la noción de testamento. Es importante comentar que en Alemania no es requerida la forma escrita; puede ser oral (NE 2005). Así se equilibra la extrema consensualidad aventurada y contingente para un acto de infinita disposición y que requiere de absoluta precisión en lo correspondiente al consentimiento informado, con la obligatoria presencia de testigos.

La aplicación de las *Advance Directives* en Italia, cuyo parlamento actualmente discute ocho distintos proyectos de ley sobre el tema, es *de facto*, en consideración a que gran parte de las *Aziende Sanitarie Locali* desde hace más de cinco años somete a los pacientes a la redacción de estos documentos, sin valor vinculante por ausencia de legislación, pero innegablemente poseen un valor orientador (SICP, 2007). Como consecuencia, los lugares de conservación y quienes ostentan la guarda de los documentos *Advance Directives*, son las instituciones médicas estatales, por cuanto en los países que

no tienen reglamentación legal no existe el registro de las *Advance Directives*, ni formalidad alguna para su perfeccionamiento, convirtiéndose la historia clínica en el lugar en donde se conservan los documentos contentivos del consentimiento informado.

En la totalidad de las legislaciones y proyectos de ley, la declaración de voluntad de las *Advance Directives* es facultativa, a excepción del proyecto de ley italiano número 687 de 2006, el cual dispone la obligatoriedad para todo ciudadano de suscribir las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico (*Avvocati Gorizia* 08/032008). El augurio que el proyecto de ley sea fallido es fundamentado en la opinión de que es impensable la coerción en contra de la voluntad de suscripción.

En la mayor parte de Europa el guardador de la voluntad del paciente se denomina administrador de sostenimiento. En esta expresión, la voz “sostenimiento” es entendida como sustento y mantenimiento del consentimiento informado, que tiene la finalidad de continuar y hacer respetar las disposiciones del sujeto durante su incapacidad. La excepción es el proyecto de ley italiano 433 de 2006, que reglamenta la eventualidad de su existencia. El nombramiento se considera necesario en el resto de Europa (*Senato della Repubblica*, 19/05/2006).

El mismo proyecto de ley italiano 433 de 2006 concibe una imperfecta excepción al principio de capacidad de ejercicio para acudir a las *Advance Directives*, anunciando la obligatoriedad de escuchar el parecer de los menores adultos e interdictos en los casos en que tratamientos médicos sobre ellos conllevan serios riesgos para su salud o que puedan tener graves efectos de invalidez (*Senato della Repubblica*, 19/05/2006).

En Holanda, a diferencia de todos los demás países de Europa Continental, la ley de control de interrupción de la vida por solicitud y asistencia al suicidio reconoce explícitamente la validez de una declaración escrita en la cual el paciente pone de manifiesto su intención de recurrir a la eutanasia (*Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*). Se determina el significado de asistencia al suicidio como las específicas directivas mediante las cuales el médico debe asistir al paciente con enfermedad en fase terminal, situación que el médico debe confirmar, indagando si la voluntad del paciente es espontánea o inducida, siendo su obligación ilustrar al paciente sobre los tratamientos y las alternativas. Le es prohibido contraindicar al igual que aconsejar la asistencia al suicidio, mientras que es su compromiso aclarar el escenario médico del paciente. En Holanda existe una clara relación entre *Advance Directives* y asistencia al suicidio o eutanasia activa, por cuanto los documentos de

*Advance Directives* incluyen instrucciones de asistencia al suicidio, lo cual significa que realmente son *living wills*.

La frecuente confusión entre *Advance Directives* o Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico y eutanasia pasiva, prohibida en gran parte de Europa con puntuales excepciones, ha sido causa de dificultades morales y sociales para la promulgación de la normatividad sobre el tema. Ha sido así a pesar de ser inobjetable la tajante exclusión de la autorización de la eutanasia en las *Advance Directives*. La introducción de éstas ha sido y será difícil por el límite tan sutil con la eutanasia, lo que ha generado rechazo social alimentado por las correctas creencias religiosas y humanas. La demostración de lo anterior es la actual discusión de proyectos de ley desde hace años en todos los países europeos sobre las *Advance Directives*, trascendiendo a ley solo en cuatro países, sobre todo por estar involucrados temas de índole constitucional, además de clínicos, éticos y sociales. En consecuencia, las comisiones parlamentarias llamadas a la aprobación son varias, entorpeciendo y, en algunos casos, aboliendo la posibilidad de reglamentación legal.

## **7. Eutanasia**

Aparentemente no existe diferencia entre el derecho a rechazar el tratamiento médico, conducta propia en las *Advance Directives*, y la eutanasia. Los dos conceptos de hecho a menudo generan confusión. Es menester recalcar que el concepto de *Advance Directives* excluye y no prevé la eutanasia activa, a excepción de Holanda, Gran Bretaña, los países escandinavos y Estados Unidos, en donde a tal propósito se conciben las específicas *Advance Directives* denominadas *living will*. Sin embargo, las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico podrían llevar a la denominada eutanasia pasiva, porque las *Advance Directives* prevén la interrupción de los tratamientos o la limitación del suministro de fármacos o sustancias que podrían aliviar el dolor. En algunos casos esta interrupción podría acelerar u ocasionar el proceso de la muerte biológica en la fase terminal de la vida, considerándose una forma de eutanasia.

La eutanasia activa consiste en causar la muerte de un individuo mediante conductas activas, mientras que la eutanasia pasiva consiste en provocar la muerte mediante la omisión de prácticas terapéuticas que podrían mantener en vida al sujeto (Rodríguez-Arias, 2005: 69). En ambos casos el sujeto activo de la acción de generar la muerte es un profesional de la salud que, mediante su conducta activa o pasiva, satisface la voluntad del paciente; de este modo el profesional de la salud se convierte en un agente de la intervención al final de la vida (Serrano, 2001: 69).

En los países que permiten la eutanasia o muerte digna, el legislador resuelve despenalizar el denominado homicidio por piedad, que es aquel que se realiza para poner fin a intensos sufrimientos (Bacon, 1977), provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable (Yepes, 2004: 28); la eutanasia impone una derogación legislativa a la tipificación penal del homicidio por piedad.

Es por lo tanto inconcebible y es un absurdo jurídico que desconoce el principio de legalidad —entre otros principios de orden constitucional— aprobar por vía jurisprudencial la eutanasia en los países que no prevén la eutanasia, es decir, que tipifican penalmente el homicidio por piedad, como Colombia. Así lo hizo la Corte Constitucional en 1997, de forma autárquica de todo el ordenamiento jurídico colombiano y en obtuso sesgo alimentado por las erróneas tendencias políticas de las cuales la dignidad de la Corte Constitucional y de sus integrantes debe permanecer ajena. La Corte manifestó y determinó que un Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir; por consiguiente, expone la Corte Constitucional, que si un enfermo terminal considera que su vida debe concluir, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir —a través de la prohibición o de la sanción— que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. La justificación del magistrado ponente, cuando excusa su decisión, se centra en explicar que se persigue el libre desarrollo de la personalidad, en el marco de una sociedad pluralista (*Revista Médico-Legal*, 2005). Lo anterior no solamente atenta contra el principio de división del poder público, infringiendo los valores democráticos por irrespetar abiertamente la voluntad soberana del legislador —representante legítimo de la voluntad ordenadora de los asociados—, sino que atropella toda noción y significación que mundialmente se conoce sobre el tema de la eutanasia y la despenalización del delito de homicidio por piedad.<sup>2</sup> La doctrina extranjera ha señalado la decisión de la Sentencia C-239 de 1997 como extremadamente controversial (Uprimny, 2007: 55), por la simple razón de que debe estar dispuesta una derogación al homicidio por piedad, la cual en un verdadero Estado de Derecho y de equilibrio constitucional debe estar determinada no por la dictadura u oligarquía de la nobleza de las altas cortes, sino por la representación popular personificada en el legislador, que —independientemente de su indolencia e incompetencia— es el llamado, dentro de un marco democrático y respetuoso de los límites constitucionales, a suprimir un hecho punible.

---

<sup>2</sup> Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *Washington vs. Glucksberg*, 521 US 702 (1997).

Ambas conductas, eutanasia activa y pasiva, no obstante ser realizadas en cumplimiento de la voluntad del paciente terminal para concluir sin sufrimiento y con dignidad la propia vida, no encuentran una disciplina específica en los ordenamientos que no prevén los *living wills*, es decir, la tradición jurídica del *civil law*. Por lo tanto, a excepción de Estados Unidos, Gran Bretaña, Holanda y algunos países escandinavos —en donde existe la reglamentación legal de la eutanasia—, no es permitido, y de hecho es absolutamente prohibido con la tipificación en modalidad de conducta activa o pasiva, la eutanasia en cualquiera de sus modalidades. En consideración a lo anterior, las *Advance Directives* son, a diferencia de los *living wills*, excluyentes de la eutanasia. Esta divergencia no es entendida en el colectivo social que equivocadamente imagina las *Advance Directives* como la forma de reconocimiento y legalidad de la eutanasia; nada más falso. Este es un error de apreciación que continúa generando el repudio legislativo de las Declaraciones Anticipadas de Tratamiento Médico.

## 8. Crítica de las *Advance Directives*

Existen dos posiciones jurídicas disímiles, como ya se ha señalado. Quienes admiten la validez de las *Advance Directives* sostienen que los ordenamientos jurídicos y la mayor parte de las constituciones políticas les atribuyen eficacia en razón al principio de autodeterminación. Este principio incluye la libertad y la autonomía en los tratamientos médicos, por cuanto si el individuo determina someterse a determinados procedimientos médicos esa voluntad debe ser respetada, sin importar que el sujeto al momento del procedimiento o tratamiento no pueda confirmar la voluntad emitida antes de la incapacidad sobreviviente. Para los detractores del valor jurídico de las *Advance Directives*, la imposibilidad de confirmar, modificar o negar la voluntad previamente expresada es significación de negación de la misma voluntad, por cuanto no puede considerarse válida si es expresada por un sujeto plenamente capaz y sano cuando, en un futuro, no será capaz, no estará sano, no tendrá idoneidad psicofísica de concebir, razonar, manifestarse, tener conciencia del tratamiento médico. La razón es que es perfectamente posible que un sujeto, en plena capacidad, pueda manifestar que en la eventualidad futura de determinada o indeterminada enfermedad que en la actualidad se considera incurable, su decisión será extinguir su existencia o no querer estar sometido a tratamientos extremos; en cambio, cuando se encuentra en la situación de enfermedad incapacitante, podría decidir lo contrario a lo anticipadamente señalado en las *Advance Directives*, es decir, podría desear obtener cualquier tratamiento médico que tenga como finalidad un alivio médico, una esperanza de sobrevivir frente a una enfermedad que probablemente al momento de la

incapacidad —a diferencia de cuando suscribió las *Advance Directives*— es curable o es determinada de forma distinta a como se consideraba en el momento de la manifestación. También es posible que en las *Advance Directives* se plasme de forma indeterminada la enfermedad o la misma tenga unas consecuencias distintas, en atención a los inconmensurables adelantos científicos, así como frente a los inexplicables errores médico-científicos. Todo esto se presenta bajo una óptica no jurídica, sino psicológica, acerca de las variaciones momentáneas en los estados de ánimo y de estabilidad sentimental que sufre el ser humano.

La situación se explica con un ejemplo: una mujer que en el momento de suscribir las *Advance Directives* sea plenamente capaz podría, al momento de futura incapacidad o invalidez, ser madre de un infante, floreciendo indudablemente en ella la fuerza sobrehumana de desear sobrevivir a la niñez, adolescencia, felicidad y demás sentimientos típicos de la relación madre e hijo. Igual podría decirse de una abuela o de compañeros sentimentales y, en general, de toda relación interpersonal. El acontecimiento en el que el sujeto se encuentre fuertemente mediatizado, probablemente deprimido, sometido a tensiones, impide definir en sentido estricto su acto como libre (Keown, 2002).

Respetando el entendimiento sobre la situación personal o genérica del mismo sujeto —como puede ser respirar, caminar, alimentarse, ser independiente en sus necesidades—, la crítica persistente en la doctrina internacional ha expresado su perplejidad en torno al escenario del real, efectivo, incondicional, profundo y libre conocimiento de las condiciones médicas por parte de un sujeto ajeno a la profesión galena, es decir, un sujeto que no entiende de medicina y no es idóneo para decidir sobre futuros, desconocidos e indocumentados tratamientos médicos.

Un estudio de la *University of Carolina, Irvine* ha revelado que una tercera parte de las personas que suscriben *living wills*, es decir, declaraciones dirigidas a la eutanasia, las modifica dentro del año siguiente a la suscripción, y tres cuartas partes de éstas cambia totalmente su percepción y voluntad frente a los tratamientos médicos sin que se percaten de ello. En vista de que el estudio ha demostrado que, técnicamente —desde el punto de vista médico—, su voluntad había cambiado, pero los pacientes estaban seguros que se trataba de la misma voluntad, se puso en evidencia la imposibilidad y desconfianza de usar las *Advance Directives* para interpretar la real, profunda y clara voluntad de los pacientes, en cuanto a los tratamientos médicos que quieren que les sean o no practicados en el momento de un futuro y posible estado de incapacidad (ANSA 27/04/2008).

La más significativa crítica y objeción a la validez y eficacia del consentimiento otorgado por un sujeto en estado de capacidad para tener efectos durante su futura y eventual incapacidad radica en que es imposible estimarse válido el consentimiento informado, a la luz de una experiencia que no es actual sino futura. El consentimiento informado se fundamenta, en consideración a su esencia, en un conocimiento detallado y preciso por parte del paciente, formado gracias a la información brindada por el profesional de la salud: la información del médico debe ser detallada y precisa en referencia al contexto histórico médico-científico de una determinada sintomatología. Surge inmediatamente la duda sobre cómo puede otorgarse un consentimiento informado sobre una eventual y futura patología, consecuencia de una enfermedad, sobre la cual no se tiene la posibilidad de escoger entre los varios tratamientos médicos, precisamente porque es futura o porque no se conocen los adelantos de la ciencia médica. Es materialmente imposible considerar válido un consentimiento otorgado en relación a una patología que afectará el individuo cuando no podrá escoger, por estar en incapacidad, y de la cual expresa su voluntad en estado de capacidad cuando aún no existe la patología o enfermedad. Es indudable que el consentimiento es válido cuando se expresa la propia voluntad sobre síntomas actuales, pero no es tan convincente la conclusión cuando los síntomas son futuros y el individuo será incapaz.

Suponer válido el consentimiento informado de las *Advance Directives* significa considerar legítima una voluntad hipotética, fundamentada en suposiciones, cuyo contrario es una voluntad real.

Desde el punto de vista de los intereses jurídicos del profesional de la medicina se presentan dificultades en lo correspondiente a la protección de la actuación médica, por cuanto la responsabilidad médica podría ser censurable en vista de la imposibilidad del médico de explicar una situación futura de la cual no puede dar detalles, ni ser exhaustivo, debido a que no le es posible pronosticar los adelantos de la ciencia médica, ni de diagnosticar la real y verdadera sintomatología del paciente. Así se abre una fisura para que la actuación del médico sea considerada reprochable, con consecuente responsabilidad médica, porque no suministró una explicación para que el paciente se formara una idea sobre su situación futura de incapacidad, o porque en estado de incapacidad no dio cumplimiento a la supuesta voluntad del sujeto.

## Bibliografía

- ABC. "Francia Aprueba una Ley que Permite «Dejar Morir», Sin Legalizar la Eutanasia." 14 Abril 2008. Consultada 7 Mayo 2008. <<http://www.condignidad.org/Francia-ley-dejar-morir.html>>.
- Amato, Salvatore. "Il Diritto di Non Esistere". *Università di Catania*. 2007. Consultada 30 Abril 2008. Disponible en: <[http://www.lex.unict.it/didattica/materiale07/biogiuridica/slide/10-Eutanasia\\_problemi\\_generali.ppt#327,26,Living will](http://www.lex.unict.it/didattica/materiale07/biogiuridica/slide/10-Eutanasia_problemi_generali.ppt#327,26,Living will)>.
- ANSA. "Testamento Biológico. Cambio Idea." 27 Abril 2008. Consultada 28 Abril 2008. <[http://www.ansa.it/site/notizie/awnplus/cultura/news/2008-04-27\\_127208266.html](http://www.ansa.it/site/notizie/awnplus/cultura/news/2008-04-27_127208266.html)>.
- Aristóteles. *Ética a Nicomano*. Trad. María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1981).
- Avvocati Gorizia. "Il Testamento Biologico". 8 Marzo 2008. Consultada 29 Abril 2008. Disponible en: <<http://www.avvocatigorizia.it/public/comunicazioni/IL%20TESTAMENTO%20BIOLOGICO.doc>>.
- Bacon, F. *History of Life and Death: With Observations Natural and Experimental for the Prolonging of Life*. Ayerco (1977).
- Becerra Toro, Rodrigo. *Teoría general del acto jurídico*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali (2006).
- Becerra Toro, Rodrigo. *Tratado de los tutores y curadores*. Cali: Universidad de San Buenaventura Cali (2002).
- Bilancetti, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico* (5 Ed.). Padova: Cedam (2003).
- Black Voice News Online. "Terry Schiavo's Death Is a Lesson and Warning." 7 Abril 2005. Consultada 30 Abril 2008. <[http://www.blackvoicenews.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=38050](http://www.blackvoicenews.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=38050)>.
- Bondolfi. *Dizionario de bioetica Leone e Privitera*. Bologna: Edizioni Dehoniane (1994).
- Brussino, Silvia Liliana. "Bioética, Deliberación y Juicio Razonable". En: *Bioética y Bioderecho*. Ed. Luis Guillermo Blanco. Buenos Aires: Editorial Universidad (2002).
- Busnelli. "Il Diritto e le Nuove Frontiere della Vita Umana". En: *Iustitia*. (1987)
- Camera dei Diputati. "Proposta di Legge. Norme a tutela della dignita` e delle volonta` del morente". 17 Febrero 2004. Consultada 30 Abril 2008. Disponible en: <[http://www.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0059420.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0059420.pdf)>.
- Cardona Hernández, Guillermo. *Tratado de sucesiones*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley (2004).
- Castaño de Restrepo, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá D.C.: Temis (1997).
- Cecchetto, Sergio. "Consentimiento Informato". En: *Bioética y Bioderecho*. Ed. Luis Guillermo Blanco. Buenos Aires: Editorial Universidad (2002).

- CEE Conferencia Episcopal Española. *La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humanan y actitud de los católicos* (1993).
- Cotta, S. *Aborto ed eutanasia: un confronto. Rivista di Filosofia* (1983).
- Donna Moderna. “Dove È Riconosciuto IL Testamento Biologico.” Consultada 11 Mayo 2008.  
<<http://www.donnamoderna.com/salute/articolo/idA040001015526.art>>.
- Espinel Blanco, Víctor. *Derecho sucesoral*. Bogotá D.C.: Temis (1984).
- García Garnica, María del Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial*. Barcelona: Elcano (2006).
- Hayzuz, Jorge Roberto. *Fideicomiso*. (2. Ed.) Buenos Aires: Astrea (2004).
- Herranz, G. “Las Instrucciones previas”. En: *La implantación de los derechos del paciente*. Ed. Pilar Leon Sanz. Pamplona: Eunsa (2004).
- Iturmendi Morales, J. “En Torno a la Deontología”. En: *anuario jurídico y económico escurialense*. San Lorenzo del Escorial, XXXI (1998).
- Jaramillo, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana (2002).
- Jonas, Hans. *Técnica, medicina y ética*. Barcelona: Paidós (1997).
- Keown, J. *Euthanasia, Ethics and Public policy: An Argument against Legalization*. Cambridge: Cambridge University Press (2002).
- Kfoury Neto, Miguel. “Responsabilidade Civil do Médico”. En: *Revista dos Tribunais* 38. Sao Paulo (2003).
- Lafont Planeta, Pedro. *Derecho de sucesiones tomo I*. (6. Ed.) Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional (2000).
- Lascala, Jorge Hugo. *Práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea (2005).
- Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz (1998).
- Lopez Mesa, Marcelo. *Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Legis Argentina (2007).
- Maffía, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. (5. Ed.) Buenos Aires: LexisNexis (2005).
- Marmolejo Giraldo, Carlos Alberto. *Consentimiento informado en el procedimiento médico y/o quirúrgico*. Bogotá D.C.: Kimpes (2006).
- Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial (T. IV)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile (1955).
- Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. “Euthanasia: The Netherlands’ New Rules”. Consultada 26 marzo 2008. Disponible en: <<http://bestel.postbus51.nl/content/pdf/16BR2002G009.pdf>>.
- NE Nationaler Ethikrat. “Patientenverfügung”. Berlin (2005)
- Revista Médico-Legal*. “La corte despenalizó la eutanasia activa, pero bajo condiciones muy precisas.” Año XI No. 2 Número 28 (2005).
- Ricoeur, Paúl. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI (1996).
- Ripert, Georges y Boilanger, Jean. *Tratado de derecho civil sucesiones primera parte tomo X*. Buenos Aires: La Ley (1987).
- Rodríguez-Arias Vailhen, David. *Una muerte razonable. Testamento vital y Eutanasia*. Bilbao: Desclée De Brouwer (2005).
- Sánchez Carazo, C. “El convenio de Oviedo”. *Revista Pediatría de Atención Primaria Volumen III. Número 9*. 147-159 (2001).

- Santosousso. "Il Paziente non Cosciente e le Decisioni sulle Cure: il Criterio della Volontà dopo il Caso Cruzan Nota alla Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti 25 Giugno 1990 Cruzan Vs. Director Missouri Department Of Health". En: *Foro IV*. 66-72 (1991).
- Sanz, Julian. "Los Principios Generales de la Ley 41/2002". En: *La implantación de los derechos del paciente*. 43-78. Pamplona: Eunsa (2004).
- SECP Sociedad Española de Cuidados Paliativos. "Declaración sobre la Eutanasia". En: *Medicina paliativa 9* (2002).
- Senato della Repubblica. "Disegno di Legge. Disposizioni in Materia di Consenso Informato e di Dichiarazioni Anticipate di Trattamento Sanitario". 26 Abril 2006. Consultada 29 Abril 2008. Disponible en: <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00208453.pdf>>.
- Senato della Repubblica. "Legislatura 15º - Disegno di legge numero 433". 19 mayo 2006. Consultada 29 Abril 2008. Disponible en: <[http://portale.fnomceo.it/Jcmsfnomceo/cmsfile/attach\\_3123.pdf](http://portale.fnomceo.it/Jcmsfnomceo/cmsfile/attach_3123.pdf)>.
- Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. "Ley 41/2002 y las Voluntades Anticipadas". En: *Cuad. Bioét.* 69-76 (2006).
- Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Eutanasia y vida dependiente*. (2. Ed.) Madrid: Eiusna (2001).
- Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Retos jurídicos de la bioética*. Madrid: Eiusna (2005).
- SICP Societa' Italiana per le Cure Palliative. *Testamento biologico: terapisti del dolore, approvare legge*. Perugia: Societa' Italiana per le Cure Palliative (2007)
- Singer, Peter A. "Living Will". *University of Toronto Joint Centre for Bioethics*. 4 mayo 2008. Disponible en: <[http://www.utoronto.ca/jcb/outreach/documents/JCB\\_Living\\_Will.pdf](http://www.utoronto.ca/jcb/outreach/documents/JCB_Living_Will.pdf)>.
- Smorto, Guido. "Note comparatistiche sull'eutanasia". En: *Diritto e questioni Pubbliche n.7*. 143-179. Palermo: Dipartimento di Studi su Politica Diritto e Società Università degli Studi di Palermo (2007).
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké (2003).
- Tribunale di Roma Sezione i Civile. *Ordinanza udienza del procedimento cautelare numero N.R.G. 78596/2006. 12 dicembre 2006* (2006)
- Università di Bari. "I Casi di Eutanasia Ormai Sono Troppi Subito una Legge". 3 Octubre 2002. Consultada 25 marzo 2008. <<http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/031002.htm>>.
- Università di Bari. "Nei Paesi Anglosassoni lo Chiamano". 13 Noviembre 2002. Consultada 25 marzo 2008. <<http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/021113.htm>>.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. "Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks". Trad. Barney Whiteoak. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* 6. 53-69. Sao Paulo (2007).
- V. Engelhardt, Dietrich. "informare il malato circa la natura della malattia – chiarimenti al capezzale, tra informazioni diagnostiche e verità". *Rete Civica dell'Alto Adige*. Consultada 7 Abril 2008. Disponible en: <<http://www.provinz.bz.it/gesundheitswesen/downloads/bioetica/capitolli/2.pdf>>.

- Vázquez Ferreyra. *Daños y perjuicio en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Hamurabi (2002).
- Yepes Restrepo, Sergio. *La responsabilidad civil médica* (6 Ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké (2004).
- Zannoni, Eduardo. *Manual de derecho de las sucesiones*. (5. Ed.) Buenos Aires: Astrea (2007).
- Zappalá, Francesco. “Estatuto Jurídico del Concebido”. En: *Criterio Jurídico* 7, pp. 263-280. Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali (2007).

## **De la imprenta**

En esta sección, *Criterio Jurídico* reproduce un texto que el equipo editorial ha considerado de especial interés, y que la revista imprime con el fin de darle difusión y acercarlo a la comunidad académica.

En esta edición, incluimos un texto del filósofo español Gabriel Bello Reguera, publicado en su libro *Postcolonialismo, emigración y alteridad* (Editorial Comares, 2007). El enfoque de este autor constituye una contribución fresca a un tema tan importante para el derecho contemporáneo como es el de los Derechos Humanos.

La política de los derechos humanos y los derechos de los otros  
*Gabriel Bello Reguera*



**La política de los derechos humanos y los derechos de los otros**<sup>\*</sup>  
Gabriel Bello Reguera<sup>\*\*</sup>

**Ética contra la ética**

El título de este epígrafe tiene que ver con declaraciones de Levinas como la que hace en el Prefacio a *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, donde puede leerse que no hay urgencia en apelar a la ética para elaborar un “nuevo código en el que se inscribirían las estructuras y las reglas de buena conducta de las personas, del dominio público y de la paz entre las naciones”. Lo que, en cambio, pretende Levinas es “contemplar la ética en relación con la racionalidad inherente al ser, que es primordial en la tradición filosófica de Occidente”, porque “la ética puede incluso ... acceder a otro proyecto de inteligibilidad y a otra forma de amar la sabiduría...”<sup>1</sup> De estas declaraciones se sigue que Levinas considera la ética de la que él habla, una forma de inteligibilidad exterior a la tradición filosófica de occidente surgida de la racionalidad inherente al ser; exterior también, por tanto, a la ética surgida de esa racionalidad. Una ética frente a la ética.

J. Derrida se ha referido a esta ética que Levinas levanta frente a la ética tradicional en términos lúcidos. Por un lado, reconoce que se trata de una ética sin ley ni concepto, que sólo guarda su “pureza no violenta” antes de ser determinada en conceptos y leyes; Levinas no quiere proporcionarnos leyes o reglas morales, no quiere proponer una moral sino “la esencia de la relación ética en general”. Por otro lado juzga, por su parte, que tampoco se trata de una “teoría” de la ética sino de una “ética de la ética”, en cuyo caso – concluye críticamente Derrida – el asunto es grave. Esta ética no puede dejar de proponer una moral y de determinar normas sin negarse a sí misma (como ética); además ¿cómo no ver en ella una ley de leyes, una especie de concepto infinito escondido en la protesta contra el concepto? Derrida plantea dos acusaciones graves a la ética de Levinas, una práctica y otra teórica. La primera, que se trata de una ética sin la proyección práctica que ha constituido

---

<sup>\*</sup> Este artículo constituye el capítulo 5º (pp. 145-172) del libro del autor *Postcolonialismo, emigración y alteridad*, publicado por la Editorial Comares de Granada (España) en 2007. Esta reproducción cuenta con las autorizaciones del autor y de la Editorial. Se ha respetado la forma de citación y el texto original en forma íntegra (salvo minúsculos ajustes tipográficos y de diagramación).

<sup>\*\*</sup> Profesor del Departamento de Historia y Filosofía de la Ciencia, la Educación y el Lenguaje de la Universidad de La Laguna.

<sup>1</sup> E. Levinas, *Entre nous. Essais sur le penser-a-l'autre*, París, Grasset, 1991 (vers. cast. Valencia, Pretextos, 1993, p. 9).

la razón de ser de la ética desde su fundación misma. Podría salvarse, acaso, como teoría pura, pero ni eso. La ética de Levinas pretende ser una protesta contra la teoría abstracta y universal sobre la realidad (ontología) porque esta ejerce violencia contra los casos individuales o singulares, sobre todo si estos casos son seres humanos individuales. Si es así, razona Derrida ¿cómo se puede ir contra el concepto si no es desde un metaconcepto y, por tanto, sin incurrir en contradicción?

Esta tenaza que Derrida aprieta sobre la ética de Levinas no tendría escapatoria si no fuera porque, como el primero reconoce, el discurso del segundo no se mueve enteramente en la tradición teórica en el sentido fuerte, lógico, argumentativo y veritativo, de la tradición filosófica que viene de los griegos, sino también en la tradición judía desde la que Levinas pretende situarse fuera de la primera y sus compromisos críticos. Derrida termina este ensayo denso, apasionado, y atento aunque crítico - en el que parece inclinarse más del lado de la ontología greco-heideggeriana que de la ética levinasiana - con interrogantes sobre si la identidad del nosotros al que pertenecemos es griega o judía, para acabar apuntando hacia una mezcla de las dos, greco-judaica, ni sólo griega ni sólo judía<sup>2</sup>. Termina, pues, reuniendo en esta identidad mestiza el valor de las otras dos, ambas, de ahí la ambivalencia, la figura moral que desafía la lógica de la disyunción excluyente (“o x o y pero no ambos”), matriz del binarismo axiológico que está en el fondo de la ontología griega (“ser/no-ser”, “identidad/diferencia, bondad/maldad, etc.). Como es bien sabido, una de las especialidades de Derrida es, precisamente, la deconstrucción de ese binarismo onto-axio-lógico, con el que parece comenzar haciéndose fuerte frente a un Levinas que, según sus propias pretensiones, se sitúa desde el principio fuera de él. Al emplazar la ética en la categoría de alteridad y en la relación correspondiente, la sitúa fuera de la jurisdicción onto-lógica de la categoría de identidad y su principio, que son los criterios que usa Derrida para acusarle inicialmente de contradicción. Pero ya hemos visto cómo el propio Derrida acaba convirtiéndose en cómplice de Levinas al deconstruir el sistema binario cuya lógica identitaria es la que permite construir el concepto mismo de contradicción. Ya veremos en otra parte del presente ensayo qué rumbo toma la actitud de Derrida ante Levinas y su obra. El resultado final parece ser un tanto extraño, pero situado claramente: una ética situada más allá de la jurisdicción de la “teoría” fundacional de la filosofía griega como metafísica u ontología.

Este es, me parece, el trasfondo que tiene en cuenta S. Connor cuando se refiere a una “ética sin ethos” o, acaso más provocativamente, a una “ética

---

<sup>2</sup> O. c., pp. 209-210.

contra la ética”, expresión que asocia, para volverla inteligible, a la deconstrucción de J. Derrida, y ésta al proyecto nietzscheano de situar la ética “más allá del bien y del mal”, es decir, más allá de la ética cristiana y burguesa, con la intención de subvertirla y de liberar un caudal desconocido de energía moral reprimida por códigos, sistemas, legislaciones, imperativos, máximas, etc. Sin embargo, S. Connor enseguida trata de poner las cosas en su sitio al añadir que lo que haya o pueda haber de problemas éticos y evaluativos en la deconstrucción derridiana, deriva del tipo de “apropiación” que Derrida hace de la obra de Levinas. Una “apropiación” que pone al descubierto la paradoja de derivar un valor positivo y real, con proyección práctica efectiva, de un sistema filosófico que “aparentemente se resiste a tal positivización como cuestión de principio”<sup>3</sup>.

¿Cuál puede ser, entonces, este principio? No, desde luego, el principio de identidad ni el principio de no-contradicción, sino el principio de *no-apropiación* que, como la fórmula negativa explícita, es el opuesto binario del principio de *apropiación*. Este principio es, según los análisis de Levinas, la matriz genética y estructural de la filosofía occidental como ontología, de su elaboración del conocimiento como un acto de apropiación de un objeto por un sujeto, en el que, además, el primero actúa como dominante o apropiador y el segundo como dominado o apropiado. La apropiación y el dominio del otro constituyen la matriz de la ontología griega y de su renacimiento heideggeriano. Algunas de las expresiones de Levinas son: “la posesión afirma lo Otro, pero en el seno de la negación de su independencia. “Yo pienso” se convierte en un “yo puedo”, en una apropiación de lo que es, en una explotación de la realidad... la posesión es la forma por excelencia bajo la que el otro llega a ser el Mismo llegando a ser mío... La ontología heideggeriana permanece en la obediencia a lo anónimo y lleva, fatalmente, a la otra potencia, a la dominación imperialista, a la tiranía”. El efecto final es que en la perspectiva ontológica el objeto pasa a formar parte de las propiedades (cognitivas) del sujeto: ideas, sensaciones, conocimientos, contenidos de conciencia, etc. El principio de apropiación (y dominio) es el que rige el conocimiento del ser u ontología, y el conocimiento o autoconocimiento del yo, del otro y de las relaciones entre ambos. La ontología en tanto que “fundamento”, así como todo lo fundado en y por ella (la lógica, la epistemología, la antropología, la ética y la política) nace ya marcada por el principio de apropiación y dominio. Por todo ello Levinas concluye que “es necesario invertir los términos”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> S. Connor, *Theory and Cultural Value*, Oxford, Basil Blackwell, 1992, pp. 190-195.

<sup>4</sup> E. Levinas, *Totalidad e infinito*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 71 y 69-70.

El principio de *no-apropiación*, en cambio, se sitúa en la exterioridad de la lógica de la apropiación y el dominio, y la forma negativa que he utilizado se puede sustituir por una positiva como principio de *donación*. Y en la medida en que su significado es negado por el de la apropiación, esta puede ser vista como la negación de aquella: como el principio de no-donación. Pero no estoy especialmente interesado en someter los términos donación y apropiación a la lógica del binarismo axiológico, sino en señalar que la ética de Levinas apunta hacia el horizonte de la donación en la medida en que se aleja del horizonte de la apropiación, y que uno de sus cómplices más explícitos es, precisamente, Derrida que ha escrito diversos textos sobre el *don* y el *dar*, y ha terminado por sugerir una ética de la hospitalidad, netamente diferenciada de las éticas de la inhospitalidad como pueda ser la que surge en torno al individualismo posesivo. En el que se pueden incluir las posesiones morales del yo: los méritos y los deméritos o deudas, la carencia de propiedades morales, y las relaciones sociales que instaura: de exclusión, dominio, etc.

Ni una ni otro – ni la posesión ni el dominio - son estructuras originarias del ser o de la realidad en sí, incluido el ser del yo y el ser del otro, supuestamente anteriores al lenguaje. No son articulaciones de la realidad en el sentido ontológico del término, el del ser anterior y exterior al hombre y su sociedad. Al contrario, el ser y la realidad ontológicas son elaborados en relación mimética con la humanidad, es decir, con las relaciones que los hombres establecen y mantienen entre sí. De ahí la ambigüedad del concepto mismo de ser, que es presentado por la filosofía inicial de forma ambivalente. Por un lado como principio (*arjé*) primario u originario y único (*monos*) que se impone al pensamiento desde antes y desde fuera de él según la ley de la verdad. Por otro, en cambio, este “imponerse” del ser es un concepto político, la relación de poder y dominio una matriz humana y social anterior y exterior a la elaboración filosófica del concepto de ser, que mimetiza la relación política típica de la sociedad en que surge la filosofía: de dominio y posesión del otro, esclavista y *mon-árquica*. Además, el ser también es presentado como la *propiedad* del pensamiento pues su capacidad cognitiva consiste en apropiarse de *lo* otro. Esta apropiación es vista por Levinas como la reducción de *lo* otro a lo Mismo (o *del* otro al mismo: a la mismidad del apropiador). La filosofía originaria o fundacional no solo mimetiza la política del dominio sino también la economía de la apropiación.

Como ilustración de lo que se viene argumentando léase el siguiente texto de Heidegger:

La mutua *pertenencia* de hombre y ser a modo de provocación alternante, nos muestra sorprendentemente cerca, que de la misma manera que el hombre es

*dado en propiedad* al ser, el ser, por su parte, ha sido *atribuido en propiedad* al hombre. En la com-posición reina un extraño modo de *atribuir propiedad*. De lo que se trata es de experimentar sencillamente este juego de *propiciación* en el que el hombre y el ser se *traspropian* recíprocamente, esto es, en aquello que nombramos *Ereignis*<sup>5</sup>.

Esta palabra, *ereignis*, pertenece, en la obra de Heidegger, a las palabras que Rorty considera mágicas (o místicas), que no significan nada en especial pero parece que lo significan todo si son entendidas “correctamente”. ¿Qué significa aquí “correctamente”? Cuando uno recurre a los heideggerianos lo que se encuentra es que estos, en vez de traducirlas y exponerlas, lo que hacen es transcribirlas en el original, como si traducirlas fuera traicionarlas, traicionar su significado originario, el discurrir de las aguas cristalinas del ser por la fuente de la terminología alemana (o griega: traducible al intraducible alemán<sup>6</sup>) lo cual convierte al idiolecto de Heidegger en el idioma filosófico originario: en el “espejo del ser”. La cuestión es, sin embargo, que el “reconocimiento de intraducibilidad” constituye un ejemplo vivo de reconocimiento del modelo de apropiación y dominio; apropiación de todo el significado del ser por parte no de un idioma determinado cuanto de una jerga aunque esta sea filosófica; y dominio sobre todo lector a quien se le asegura que la jerga es intraducible lo cual es una forma de remitir a la autoridad última de su creador. ¿No será, este recurso a palabras mágicas, esta mística idioléctica, un modo de mistificar sobre lo que realmente importa: que el juego de “traspropiciación” entre hombre y ser significa algo en la medida en que sea referido al principio de propiedad y sus materializaciones socio-políticas y socio-económicas, incluidas la esclavitud antigua, la rapiña colonialista y la rapiña global, neocolonialista, y, si no, lo único que significa es voluntad de mistificación sobre todo esto? Si fuera así, se dejaría entrever que la ontología y su retórica del ser, en lugar de esclarecer o mostrar (*alethein*) lo que hace es oscurecer las estructuras sociales y políticas de la realidad humana transfiriéndolas al misterio sólo apto para iniciados, es decir, para los profesionales de la mistificación.

En este sentido sería imprescindible recuperar de forma sistemática los apuntes derridianos sobre la apropiación, por ejemplo los que deja sueltos a propósito de las relaciones entre los sexos desde una perspectiva nietzscheana sobre el trasfondo de Heidegger y la ontología de la apropiación. Hay un momento en

---

<sup>5</sup> M. Heidegger, *Identidad y diferencia*, edic. bilingüe, Barcelona, Anthropos, 1988, p. 85. Todos los subrayados son míos (G.B.) salvo el último y el primero.

<sup>6</sup> Los traductores de la obra referida en la nota anterior transcriben sin traducir las palabras *Ereignis* y *Austrag* aclarando en nota (p. 59): “dejamos estas palabras sin traducir como cierto reconocimiento de su intraducibilidad...”.

que Derrida se refiere a cómo Nietzsche relaciona todo el problema de la “guerra entre los sexos” con lo que se podría llamar el “proceso de *apropiación*” (apropiación, expropiación, toma de posesión, don e intercambio, dominio, servidumbre, etc.); o cuando se refiere a la apropiación como una operación sexual más poderosa que la pregunta *ti estí* (“qué es”), en torno a la cual se organiza la ontología; o a que el proceso de apropiación organiza la totalidad del lenguaje y del intercambio simbólico en general, comprendidos todos los enunciados *ontológicos*, o a que la pregunta por el sentido o por la verdad no es posible sin la pregunta por lo propio, el intercambio, el dar-tomar, etc. pues se encuentra inscrita en ello<sup>7</sup>.

¿Cabén sugerencias más significativas sobre la apropiación y la incorporación que la ontología lleva a cabo del lenguaje y de la lógica social y política de la apropiación (y de su violencia implícita)?

### **Metafísica, violencia y ética**

En resumidas cuentas (i) la apropiación y el dominio son las categorías que articulan o constituyen la significación ontológica y filosófica en general, pero (ii) la filosofía las ha presentado no como relaciones sociales, de los hombres entre sí, sino como relaciones ontológicas de propiedad y dominio entre una entidad metafísica o mítica, la Naturaleza o el Ser, y la humanidad y los individuos que la encarnan; (iii) de este modo, la apropiación y el dominio, dos formas de relación social particulares, históricas y contingentes, quedan investidas, gracias al prestigio religioso-teológico del mito, transferido al pensamiento metafísico u ontológico, como modelos o paradigmas intemporales, universales y necesarios de toda relación social posible; (iv) estos modelos o paradigmas poseen la condición de lo que tiene *autoridad* o poder *legítimo*, en sí o por sí, por lo cual pueden autorizar o legitimar las relaciones sociales de apropiación y dominio..

#### *Apropiación, ética y ontología*

En las proposiciones anteriores queda expuesta la función histórico-política de la filosofía primera, la metafísica u ontología: “ontologizar” o “naturalizar” las relaciones de apropiación y dominio, haciéndolas pasar por inherentes a una supuesta “realidad en sí misma”, anterior, exterior y superior a las relaciones sociales efectivas; no como inherentes a estas relaciones sociales. La tarea de la tradición metafísica y ontológica es una combinación de disimulación y simulación: disimular que la apropiación y dominio son relaciones sociales e

---

<sup>7</sup> J. Derrida, *Espolones (los estilos de Nietzsche)*, Valencia, Pretextos, 1981, pp. 72-74.

históricas a todos los efectos, y simular que son relaciones ontológicas, originales de un ámbito prehumano o suprahumano, metafísico. De este modo, la metafísica ocupa el mismo estatus cultural el mito o la teología. Este juego de simulación y disimulación es la especialidad de la ontología en la que los conceptos de “ser” y de “realidad” constituyen las piezas centrales. No debiera perderse de vista que “ser” y “realidad” son efectos de lenguaje y no otra cosa; su significado es pragmático, está en sus efectos políticos y no en sus “referentes” anteriores o exteriores.

Desde este punto de vista podrá comprenderse la insistencia de Levinas en que ni la ontología ni el ser son lo fundamental o “el fundamento”, sino que antes de ambos están las relaciones sociales cuya significación es ética o ético-política: la negación y sometimiento del en las relaciones de apropiación y dominio de unos por otros o, en el otro extremo, la afirmación del otro en la relación de responsabilidad él. En la prioridad de la ética sobre la ontología y de la justicia sobre la verdad<sup>8</sup>.

La diferencia entre el principio de apropiación y el de no-apropiación (de donación y de no-donación) es el punto de máxima divergencia entre Heidegger y su ontología, construida sobre la relación metafísica o mítica, de ascendencia griega, entre el hombre y el Ser, y Levinas y su ética de raíz judía elaborada sobre la relación entre el hombre y el otro hombre<sup>9</sup>. Toda la significación ética que según Levinas se origina en la relación del hombre con el hombre, la proyecta Heidegger, mitológicamente, en la relación entre el hombre y el Ser: como ontología. La ontología – comprensión del ente en el horizonte del ser: en relación de dependencia/propiedad respecto de él - asume esta relación con el otro, bajo la matriz de la apropiación y el dominio políticos, por lo cual no es fundamental, como pretende su autor, sino derivada de esas dos figuras políticas y de la ética implícita en ambas. Y no me refiero sólo a la ética del individualismo posesivo (sobre la que volveré), que también, sino a la ética de la diferencia negativa: la devaluación, la inferiorización y negación del otro, de su sometimiento a un ser “superior” no sólo en poder sino también en valor, cuya identidad positiva convierte la diferencia y la alteridad del otro en negativas. En este sentido la ética del sometimiento y la desvalorización del otro es prioritaria (o simultánea) a la política de la apropiación y del dominio, como esta lo es a la ontología (de la misma marca).

El empeño de Levinas consiste en desmontar discursivamente esta ética de la

---

<sup>8</sup> Levinas, o. c. pp. 104-112.

<sup>9</sup> En este punto conviene recordar el trabajo de Levinas, “¿Es fundamental la ontología?”, en. *Entre nous...*, cit.

valoración negativa o de(s)preciativa del otro, de su diferencia y su alteridad, y de sustituirla por una ética de la responsabilidad, la acogida y la hospitalidad para con el otro, que constituye el punto de partida y de referencia de todo su discurso. Lo que ocurre es que esta ética es una “ética sin *ethos*”, sin una comunidad y una tradición de costumbres y hábitos que le proporcione espesor social, histórico y cultural, como ocurre con la ética de la apropiación. Al fin y al cabo no se ha realizado nunca en la historia. ¿Una ética utópica? Quizá. En cualquier caso, esta ética viene a inscribirse, precisamente, en la exterioridad del espacio delimitado por el principio de apropiación y su proyección filosófica y cultural, y en relación radicalmente crítica, deconstructiva, con ese principio y su proyección mimética, incluida la ética en su sentido tradicional o usual, construida sobre la base ontológica o metafísica (tanto monta) del principio de apropiación. El paradigma es, aquí, la ética del individualismo posesivo que cristaliza con la época moderna. No sólo en Hobbes y su prole, donde la posesividad es la raíz de la agresividad como lucha por el poder como poder de acumular valor, económico y simbólico (gloria, honor o prestigio: *imagen*), sino en Kant y la suya, donde la ética se articula en torno a la libertad y la autonomía entendidas como autoposesión. La autoposesión es éticamente deseable frente a la heteroposesión de la esclavitud, pero sigue “sometida” a la lógica de la posesión y la apropiación.

Por eso no puedo estar de acuerdo con Vattimo cuando, haciéndose fuerte en la tradición metafísica que va de los griegos a Heidegger, cuestiona la exterioridad de la ética de Levinas y su posición crítica frente a ella. La argumentación de Vattimo puede reducirse – injustamente, como siempre que se reduce - a algunas ideas centrales: (i) la metafísica como ciencia del ser en cuanto ser y la metafísica como teología o ciencia del Ente que realiza en sí el ser como acto puro, es una de las tesis más arraigadas del pensamiento occidental; (ii) dada la generalidad universal de la metafísica, cualquier cosa, incluido el Otro de Levinas, se encuentra en relación de pertenencia y sometimiento respecto de ella que, por su parte, ejerce una relación de propiedad y dominio; esta es una relación de violencia, sí, pero aún es peor la violencia de lo que queda fuera de la disciplina del concepto; (iii) el Otro de Levinas es, dentro de la tradición judía, como el Señor de la Biblia, luego es imposible que pueda soslayar la violencia del señor sobre sus siervos<sup>10</sup>. Vattimo se reconoce deudor de la crítica de Derrida, en su ensayo de 1964 a la ética de Levinas a la complicidad constitutiva de la metafísica con la violencia. Ahora bien, como la argumentación de Derrida es prolija, minuciosa y compleja, es imposible de todo punto una reconstrucción siquiera mínima para

---

<sup>10</sup> G. Vattimo, “Metafísica, violencia, secularización”, en G. Vattimo, comp., *La secularización de la filosofía*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 78-81.

utilizarla en la discusión con Vattimo, pero aun así cabe decir algunas cosas.

En primer lugar, y un tanto marginalmente, la asimilación de Vattimo entre ética y teología y entre la teología greco-cristiana y la teología judía es poco cuidadosa con el texto de Levinas que ha sido inequívoco al respecto. Lo ha sido, en primer lugar, respecto a la prioridad de la ética sobre la teología, cuando se refiere al “primado de lo ético”, de la “relación de hombre a hombre” como “una estructura irreductible en la que se apoyan todas las demás”; a que la metafísica se desenvuelve en relaciones éticas, y a que “sin su significación sacada de la ética, los conceptos teológicos siguen siendo cuadros vacíos y formales”<sup>11</sup>. Esta visión de las relaciones entre ética y teología cuestiona radicalmente la tesis de la dependencia de la ética respecto de la onto-teología greco-cristiana que defiende Vattimo. Levinas ha sido inequívoco, en segundo lugar, sobre las relaciones entre el otro ético y el Otro teológico, el Señor de la Biblia al que se refiere Vattimo. Es textualmente verdad que Levinas se refiere al otro ético como quien entabla una relación señorío y altura con el yo, al que “invierte” en su libertad y al que “impone” una relación de responsabilidad<sup>12</sup>. Pero no lo es menos que este señorío no es la transfiguración teológica del señorío político, sino su contrafigura ética. El señor de que habla Levinas es el encarnado en el otro ético, definido por la desnudez y miseria desde la que se aparece como rostro: como la vulnerabilidad misma. Levinas, fiel a su estilo, usa aquí una terminología convencional pero con un significado no convencional. El señor no es aquí quien tiene el poder político, transfigurado por la metafísica en el poder ontológico del Ser, y por la teología en el poder del Señor Supremo. El Otro es (a pesar de la mayúscula) quien desde la suprema impotencia política, que Levinas expresa como desnudez y miseria del rostro, lo único que tiene es el poder ético de interpelar al yo (el mismo yo de siempre: el prepotente) pidiéndole justicia<sup>13</sup>. Esta interpelación desde la vulnerabilidad es todo el recurso de “poder” de que dispone el otro, lo único que le proporciona una dimensión de “altura” ética sobre un interlocutor, el yo, que tiene sobre él todo el poder, incluido el de matarle. Pero que, una vez interpelado, también tiene la libertad de darle una respuesta acorde con la interpelación.

Frente a la argumentación de Vattimo vuelvo a los términos en que se sustenta este ensayo. La ontología mimetiza la violencia de los principios de

---

<sup>11</sup> E. Levinas, *Totalidad e infinito*, p. 102.

<sup>12</sup> E. Levinas, o. c., p. 124. Aquí Levinas escribe cosas como “El interlocutor no es un Tu, es un Usted: Se revela en su señorío. La exterioridad coincide, pues, con un señorío. Mi libertad es así juzgada por un Señor que puede investirla...”.

<sup>13</sup> E. Levinas, o. c., pp. 228 y ss., donde expone su visión de la simetría de lo interpersonal.

apropiación y dominio; estos principios no son estructuras universales del “ser” sino la matriz de las relaciones sociales, éticas y políticas, de las que la ontología emerge como mimesis simbólica; la ética y la política son anteriores y exteriores al espacio ontológico y no al revés. Me remito a ello y a cómo la prioridad de la ontología, en lugar de esclarecer el significado de la realidad (de las relaciones sociales) lo que hace es ocultarla y encubirla: sustituyendo el origen social y político de la apropiación y el dominio por un origen mítico – el mito de los orígenes - que, como todo mito, lo que hace es “naturalizar” u “ontologizar” lo mitificado. Esta mitificación es un aspecto más de la política de la apropiación y el dominio, y de su violencia implícita. Por lo demás, me parece que la apropiación, el dominio y la violencia constituyen la tríada axiomática a la que Vattimo, influido por el primer Derrida, somete las relaciones entre Heidegger y Levinas.

### *Hacia una ética de la donación*

Ya he dicho, en segundo lugar, que Vattimo se atiene, según confesión propia, al ensayo de Derrida de 1964, lo cual tiene algunos inconvenientes. Para empezar, la posición de Derrida ante Levinas no quedó configurada para siempre por ese ensayo sobre las relaciones entre ética, metafísica y violencia – entre Levinas y Heidegger - sino que habría de ser modificada por otros tres ensayos más en ocasiones diversas. En 1980, en una colección de “textos para Levinas”, en homenaje a su destinatario; en 1995 a raíz del discurso pronunciado en el entierro de Levinas, y un año después, en diciembre de 1996, en un homenaje póstumo<sup>14</sup>. Vattimo no tiene en cuenta ninguno de estos ensayos. Los dos últimos porque aún no habían sido escritos cuando él publica el suyo (1992), y el primero, el de 1980, no sé por qué; quizá porque, de haberlo tenido en cuenta, su visión de Levinas desde la óptica heideggeriana debería haber sido revisada radicalmente siguiendo el ejemplo del propio Derrida. Lo raro es que Vattimo se remita a Derrida en 1992, pero al de 1964, más lejano, desinteresándose del de 1980, más cercano, en el que ya se había producido un cambio de “lógica” en su aproximación a Levinas.

¿A qué “lógica” me refiero? A la de la apropiación y el dominio, matriz de la metafísica y la ontología que llega hasta Heidegger, y a la de la no-apropiación (del don, de la generosidad, y de la responsabilidad) que articula la ética de

---

<sup>14</sup> Me refiero a: J. Derrida, “En ce moment même dans cette ouvrage me voici”, en *Textes por Emmanuel Levinas*, ed., F. Laruelle, París, Jean Miychell Place, 1980 (vers. cast. como “En este momento mismo, en este trabajo heme aquí”, en Jaques Derrida, *¿Cómo no hablar? Y otros textos*, Suplementos Anthropos, N° 13, 1989, y J. Derrida, “Adios” (1995) y “Palabra de acogida” (1996), ambos en J. Derrida, *Adieu a Emmanuel Levinas*, París, Galilee, 1997 (vers. cast., Madrid, Trotta, 1998).

Levinas. En rigor, más que de dos lógicas se trata de dos éticas, pero cada una de ellas puede ser tomada como una forma sistemática de articular el discurso y el pensamiento, como una axiomática, de ahí el considerarlas como dos lógicas. El ensayo de Derrida de 1964 está escrito desde la primera, y reconstruye el pensamiento de Levinas, que pretende desmarcarse de ella, en relación de dependencia respecto al dominio de la tradición ontológica en la que se inscribe la obra de Heidegger. Este es el meollo del argumento que Vattimo retoma: mostrar la pertenencia del texto de Levinas a la tradición ontológica, pese a sus pretensiones en contrario, con lo cual deja en el aire el mensaje que el dominio filosófico de esa tradición es un destino inexorable. Sin embargo, en sus tres últimos ensayos sobre Levinas, Derrida abandona esta lógica y pone en juego la segunda, es decir, la ética de la no-apropiación, la donación o generosidad, y la responsabilidad. Ya no, ahora, para reconstruir de otro modo las de Levinas con la tradición ontológica y con Heidegger, sino para dar cuenta de su propia posición (la de Derrida) en relación con Levinas y su obra. Este es el núcleo de la cuestión y del cuestionamiento radical del ensayo de 1964 en el que se apoya Vattimo. En un ejercicio ejemplar de reconocimiento, gratitud y generosidad, Derrida construye una relación con Levinas y su obra aplicando, autorreflexivamente, la ética que esa misma obra *significa* y, al significarla, la *da* u ofrece a los otros, sus lectores, incluido el mismo Derrida. Significar es siempre hacer algo *para otro*. De ahí la gratitud y el reconocimiento de Derrida.

Como ha señalado agudamente S. Critchley, Derrida adopta una actitud intencionadamente paradójica que es la que, seguramente, explica la extraña dificultad del texto. Según Critchley, Derrida trata de agradecer a Levinas el *don* que, con su obra, ha hecho a sus lectores, entre los que se incluye. El punto está en que, al *dar* su obra, Levinas pone en práctica una ética de la obra y el obrar que es una ética del don, según la cual la obra va del Mismo (autor) hacia el Otro (lector) sin que nada retorne al Mismo. Esto significa, a juicio de Critchley, que la obra no queda circunscrita, en este caso, por el nombre propio y la firma de Emmanuel Levinas como propietario o signatario de ella. En qué medida se da esta ética del don en el caso de Levinas y no en el de otros autores es un asunto que Critchley no aclara y en el que yo tampoco voy a entrar. Ahora bien, una vez situados en esta lógica del don y la no-apropiación, ¿cómo son fieles a ella los lectores que tratan de agradecer este *don* a Levinas? Derrida, al menos, parece tener claro que no se trata de “devolver” a Levinas, en agradecimiento, su propio trabajo en este homenaje, obra por obra, lo cual sería hacer que la de Levinas, destinada al Otro, acabara retornando a él mismo en el trabajo de Derrida, traicionando, de este modo, a quien quiere honrar con su agradecimiento.

La única forma de agradecer sin traicionar es destinando “este trabajo, en este momento mismo” no a Levinas, por y para quien surge, en cuyo caso no habríamos salido del círculo de la reciprocidad simétrica, sino al Otro. Al Otro innominado con lo cual, adicionalmente, Derrida está ilustrando sobre la figura del Otro levinasiano. No hace falta esforzarse especialmente para caer en la cuenta de que el otro no es un Tú, que Derrida tendría muy a mano en Levinas, sino un “él”. El otro está vinculado a la dimensión de “eleidad” (la condición de “él”, del francés *ileité*, del pronombre personal de tercera persona, *il*) que es la que disloca la simetría temporal entre el yo y el tú<sup>15</sup>. No se puede negar que la lectura que Critchley hace del ensayo de Derrida de 1980 es arriesgada, sobre todo en su propuesta de desvincular la obra del nombre y la firma “propios” y de la correspondiente lógica de la apropiación, desplazándola hacia la ética del don<sup>16</sup> y de la responsabilidad para con el otro. Sobre todo cuando los “derechos de autor”, vinculados a la firma de la obra con el nombre propio, constituyen una de los capítulos más rentables de la lógica y la ética de la apropiación que constituye la matriz más “sagrada” de la sociedad a la que pertenecemos, hasta estar protegidos por la ley. Pero no cabe duda de que, esta interpretación es coherente con la teoría de las dos “lógicas” (o “éticas”) que constituyen el axioma argumental de este ensayo. Y, sobre todo, es coherente con el axioma filosófico que Levinas repite en diversos momentos de su obra, que *la relación entre hombre y hombre* – y las relaciones entre autor y lector lo son – es una relación de significación, enseñanza y justicia, y constituye una estructura irreductible a todas las demás. En particular – escribe Levinas en un paréntesis – a todas las que, de una manera original, parecen ponernos en contacto con lo sublime impersonal, estético u ontológico”<sup>17</sup>.

En el segundo y el tercer ensayos, por su parte, Derrida dice adiós a Levinas mediante el apunte de una ética de la generosidad y de la hospitalidad situadas, igualmente, en las antípodas de la lógica de la apropiación y del individualismo posesivo y, sobre todo, muy oportuna a la hora de ofrecer una posibilidad de tomar distancia ética de la tendencia predominante en los tiempos que corren, en los que se está añadiendo una nueva forma de exclusión del otro al inventario ya conocido de segregación, discriminación y

---

<sup>15</sup> Me refiero al ensayo “*Cloutural Readings I: ‘Bois’ - Derrida’s Final Word on Levinas*”, recogido como cap 3 de S. Critchley, *The Ethics of Deconstruction. Derrida and Levinas*, Oxford, Basil Blackwell, 1992.

<sup>16</sup> La “ética del don” puede rastrearse, como mínimo, a partir de uno de los capítulos del pequeño ensayo *Espolones (los estilos de Nietzsche)*, Valencia, Pretextos, 1981. Con posterioridad habrían de venir *Donner le temps. I. La fause monnaie*, París, Galilée, 1991 (vers. cast., *Dar (el) tiempo. I La moneda falsa*, Barcelona, Anthropos, 1995), y *Donner la mort*, París, Galilée, 1999 (vers. cast. *Dar la muerte*, Barcelona, Paidós, 2000).

<sup>17</sup> E. Levinas, o. c., p. 102.

genocidio: la *expulsión* de inmigrantes, previo su etiquetado como *ilegales*.

### **Los derechos humanos y los derechos de los otros**

Debería ir quedando clara una cosa. Que la ética de la Levinas, pese a no pretender producir reglas de conducta, máximas, imperativos y leyes de uso común y cotidiano, no por ello deja de tomar partido. Por eso no se pueden olvidar o echar en saco roto textos, pasajes y contextos en los que Levinas toma explícitamente partido ni cómo el partido que toma informa o inspira toda su producción discursiva. Me refiero al hecho metódico de elaborar un discurso que le permite – y nos permite - situarse más allá del principio de apropiación y su función paradigmática en relación con la tradición filosófica y cultural occidental, incluidas sus consecuencias políticas y militares: la guerra de apropiación contra el otro cuyo efecto es su exclusión del conjunto de los sujetos agentes de la acción de apropiarse y, desde luego, del conjunto de quienes se benefician de lo apropiado/expropiado.

#### *Apropiación, violencia y derecho*

La relación de *propiedad* es, en sí misma, una forma de exclusión jurídica del otro de la relación que vincula a un yo con “sus” propiedades (económicas, psicológicas o morales); y si esta relación es legal, excluir de ella al otro, así sea por la violencia, parece igualmente legal. La *apropiación* puede no serlo, y cuando no lo es, su violencia es ilegítima: basta fijarse en la apropiación contemporánea del petróleo y otras materias primas, y en quién o quienes son los apropiadores y quienes los expropiados. Hasta tal punto llega la violencia de la apropiación/expropiación, que alcanza a la producción del derecho que la legitima a ella y a la exclusión o expropiación violenta del otro. El ejemplo más contundente es el derecho internacional producido en el contexto de la apropiación de Oriente Próximo, de su territorio y de sus recursos petrolíferos, por parte del imperialismo europeo entre las dos Guerras Mundiales, del imperialismo sionista desde 1948 de cuya matriz colonialista hablan abiertamente los historiadores<sup>18</sup>, y del neoimperialismo norteamericano contemporáneo. El acto violento de apropiación global, colonialista y neocolonialista, crea el derecho internacional que lo legitima. El economista norteamericano J. Rifkin expresaba, al comienzo de la guerra de Irak, la sospecha de que quiénes la habían decidido tuvieran la intención de apropiarse de las reservas de petróleo de Irak a favor de las grandes corporaciones norteamericanas, y se sorprendía de que la motivación “petrolífera” de la

---

<sup>18</sup> A. Segura, *Más allá del Islam. Política y conflictos actuales en el mundo musulmán*, Madrid, Alianza, 2001, pp. 235-236 y 257 y ss.

guerra fuera tan clara en Europa y tan oscura en Norteamérica. Y un año después el politólogo y eurodiputado argelino-francés S. Nair dedicó un artículo a la “apropiación de Irak” por parte de un conglomerado empresarial norteamericano<sup>19</sup>.

Quizá sea esta combinación de apropiación y guerra la que explique que Levinas, al comienzo de *Totalidad e Infinito*, la primera de sus dos obras mayores, deje bien clara la significación de la ética – la que él se dispone a construir – en relación con la guerra. No es usual, en la historia de la filosofía, que un clásico comience aclarando, en el Prefacio, que el problema fundamental de la ética es la guerra y la violencia, y que lo relevante es saber si la moral es una farsa (Nietzsche y Marx) o bien un ejercicio de lucidez: la que consiste en entrever la posibilidad permanente de la guerra<sup>20</sup>. Ni en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, ni en la *Ética* de Spinoza, ni en la *Crítica de la razón práctica* de Kant, ni en *La genealogía de la moral y Más allá del bien y del mal* de Nietzsche, ni en *Utilitarismo* de Mill, ni en *El existencialismo es un humanismo* de Sartre (por ceñirme a las más significativas) se encuentra algo similar. Ni en la ética del discurso, en el sentido amplio del término: de Apel y Habermas o Rorty y Taylor. En este contexto es inexcusable recordar que antes de comenzar su segunda gran obra, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, Levinas reserve una página para dedicar el libro a la memoria de los seis millones de víctimas del Holocausto en particular y a los millones y millones de víctimas del “mismo odio del otro hombre”, del antisemitismo en general.

Aunque Levinas está incurriendo en el etnocentrismo judío, con todo lo que eso comporta en la historia de ese pueblo “elegido”, que ha acabado por elegir un estado sionista, su dedicatoria puede llevarnos más allá de su génesis etnojudía: al racismo anterior y exterior al nazismo y a sus efectos políticos sistemáticos. El antisemitismo es tan viejo o más que el cristianismo y el racismo no se limita al antisemitismo, sino que con la modernidad colonizadora se hace extensivo a otros “otros” como los negros, los árabes y los indios (por nombrar sólo a los más conocidos). El racismo que tiene por objeto otras razas, etnias y culturas distintas de la judía, es susceptible de un uso sistemático como justificación de la apropiación del territorio y de los recursos económicos de los otros mediante su exclusión violenta, de la que el genocidio, siendo la peor de todas sus formas, no es la única. También están la segregación, la discriminación y el *apartheid* raciales, heredados de la larga

---

<sup>19</sup> J. Rifkin “¿Tiene Bush planes secretos con relación a Irak?”, *El País*, 28-10-2002. S. Nair, “La privatización de Irak”, *El País*, 31-07-2003.

<sup>20</sup> E. Levinas, o.c. p. 47.

tradición colonizadora (cuyo último episodio es la colonización israelí del territorio palestino), y la expulsión de emigrantes indocumentados o *ilegales* puesta en circulación por la Unión Europea en esta época postcolonialista.

Levinas no hace explícita la conexión sistemática entre el principio de apropiación y la guerra, ni de ambos con el racismo al que apenas presta atención formal, limitándose a tocarlo lateralmente en su ensayo sobre la filosofía del hitlerismo<sup>21</sup>. Sin embargo, estas conexiones están implícitas en su obra. Como lo están en su temprana lectura a cargo de E. Dussel, quien se “apropia” de ella (sin las cautelas de Derrida sobre cómo no leer a Levinas desde la lógica de la apropiación) para aplicarla a la situación latinoamericana, de dependencia y sometimiento a las potencias colonizadoras o neocolonizadoras del Norte, movidas por la lógica de la apropiación que convierte al otro, el indio colonizado, en pobre o empobrecido que es preciso liberar. En este escenario lo que Dussel “toma” de Levinas es inspiración y materiales para su propia ética de liberación desde la cual la ética de la alteridad de Levinas le parece excesivamente abstracta y alejada de cualquier política. Levinas es suficientemente concreto cuando se refiere a que el otro se hace presente en la miseria del rostro del extranjero, la viuda y el huérfano<sup>22</sup> y todo el amplio espectro que simbolizan. Pero Dussel, otra vez a diferencia de Derrida, está interesado en un territorio filosófico de su propiedad inalienable e intransferible, la filosofía de la liberación, como para prestar atención a detalles que podrían plantear problemas fronterizos y conflictos de titularidad sobre el capital simbólico que proporciona aparecer como abogado filosófico de las víctimas. A las que, es preciso reconocerlo, ha introducido de forma sistemática en su reflexión filosófica última<sup>23</sup>. Más tarde, hará extensiva la condición del pobre, oprimido y colonizado latinoamericano a todos los que, de un modo u otro, en una u otra parte del mundo, comparten esa misma situación que podemos caracterizar como “condición Sur”. En este sentido hay que reconocer que Dussel es pionero en esta ética global aún en ciernes.

### *Ambigüedad ética de los derechos humanos*

A ella está dedicado el resto de este ensayo, y nada mejor que los derechos

---

<sup>21</sup> “Reflections on the Philosophy of Hitlerism”, *Critical Inquiry*, 17 (Otoño 1990), cuya versión original francesa apareció en 1934 en la Revista *Esprit*. Una exposición crítica de este ensayo puede verse en R.J.S. Manning, “Serious Ideas rooted in Blood: Emmanuel Levinas’s analysis of the Philosophy of Hitlerism”, en A. Mitchman y A. Rosemberg, eds., *Postmodernism an the Holocaust*, Amsterdam y Atlanta, Ed. Rodopi, 1998.

<sup>22</sup> *Totalidad e infinito*, p. 101.

<sup>23</sup> E. Dussel, *La ética de la liberación en la era de la globalización y la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998.

humanos para explorar esa condición. Por un lado, los derechos humanos constituyen, hoy, la condensación de lo mejor de la ética proporcionada por la tradición filosófica occidental, articulada en torno a la categoría de subjetividad individual y su valoración moral. Surge, así, la subjetividad *digna*, como núcleo de una constelación de valores asociados como la inviolabilidad y la libertad, cuya dimensión ética y política, axiológica y normativa, es fecunda en la generación de otros valores como la igualdad y la justicia. Además esta constelación axiológica goza de una aceptación casi global, como reconocía el Presidente de Irán Mohamed Hatamí: “Los derechos humanos son uno de los mayores logros del mundo actual... creo que existen unos principios y unas normas que son aceptables en todas partes”<sup>24</sup>. Por otro lado, en cambio, el núcleo antropológico de esa constelación de valores, el sujeto de los derechos humanos, la subjetividad individual digna, inviolable, libre e igual es deudora de una antropología configurada según la matriz cultural de la apropiación y la posesividad, expresada en una de sus más prestigiosas denominaciones de origen: el *individualismo posesivo*.

Nos encontramos ante una paradoja que afecta a la raíz filosófico-antropológica de los derechos humanos ¿No constituyen uno de los productos más granados de la cultura moral inspirada en el principio de apropiación? Parece que no hay duda. Pero la performación radical y efectiva de este principio en su forma negativa, la exclusión del otro, ¿no tiene lugar bajo la modalidad de la violencia y la guerra? Y si, como también parece, la respuesta es afirmativa, ¿no quedan los derechos humanos en una situación altamente paradójica o, más propiamente, ambigua, por no decir contradictoria? Se presentan, por su cara iluminada/iluminista, como el mejor remedio contra la violencia y la guerra al mismo tiempo que, por su cara oscura, como una de las expresiones culturales cuya sofisticación moral no la libra de unas raíces culturales que se nutren de la violencia y de la guerra. Esta hipótesis es coherente con dos tesis levinasianas de fondo: (i) la racionalidad que articula la filosofía y la cultura occidentales está vertebrada, ella misma, en *todas* sus expresiones o derivaciones, como puedan ser los derechos humanos, por la violencia; (ii) la violencia que vertebra la racionalidad occidental surge de la matriz del principio de apropiación una de cuyas expresiones más sofisticadas es el individualismo posesivo, con su contraparte negativa: el principio de exclusión y expropiación del otro.

Una manera de desactivar esta paradoja estructural podría ser la distinción entre la teoría y la práctica de los derechos humanos, entre su construcción teórica o filosófica (su “fundamentación”), y su aplicación política. La

---

<sup>24</sup> Entrevista con la periodista Ángeles Espinosa *El País*, 31-10-2002, p. 5.

distinción, en suma, entre la ética y la política de los derechos humanos. De este modo, aunque la *política* de los derechos humanos, su aplicación, esté, efectivamente, mediatizada por el principio de apropiación y se enfangue en el chapapote globalizado de la apropiación violenta, bélica, del petróleo iraquí o caucásico, según diversas instancias, principios y sujetos de la “racionalidad occidental”, aún así, digo, parece que los derechos humanos siempre podrían ser salvados tirando de ellos por los pelos teóricos de su *ética* en vistas a una aplicación diferente en un futuro hipotético. Que siempre va quedando para después.

Esto es, a grandes rasgos, lo que sugiere otra parte de la respuesta de Mohamed Hatamí a la periodista española. El Presidente iraní hace dos puntualizaciones relacionadas, efectivamente, con la distinción teoría/práctica, pero con algún matiz diferente de cómo solemos manejar la distinción por estos pagos. La primera se refiere a la situación real y efectiva del *respeto* a los derechos humanos en el interior de ciertas fronteras estatales islámicas (como Arabia Saudí, aunque él no hace alusiones concretas). Pero, sobre todo, a la situación efectivamente real del *respeto* a los derechos humanos en el espacio interestatal global, donde se inscribe la doble moral occidental en función de intereses económicos en general y petrolíferos en particular. Por ejemplo se exigieron por la violencia a Milosevic y a Saddam Hussein, pero no se exigen a Israel ni a Rusia, que los están violando, violentamente, en sus relaciones con los palestinos y los chechenos respectivamente. ¿Qué decir, desde fuera de la cultura que generó y administra los derechos humanos – por ejemplo la del Presidente Hatamí - del hecho de que tales derechos se asocien con tanta facilidad a la violencia, sea la que castiga, en posición de juez severo, su violación, sea la que los viola sistemáticamente con la complicidad del mismo juez ahora no tan severo? Como mínimo, que los derechos humanos no constituyen el criterio normativo final de esa misma cultura: antes y por encima de los derechos humanos está el principio de apropiación. Y es esa duplicidad de criterios, la retórica de los derechos humanos y el principio de apropiación, el que explica la voluble severidad del juez occidental.

En su segunda puntualización el Presidente Hatamí va más lejos al precisar que su propio pueblo tiene, por razones históricas y culturales, convicciones religiosas que forman parte del valor de la independencia política (autonomía) en la que está empeñado Irán; que, por lo tanto, la evaluación de los derechos humanos allí debe tener en cuenta no sólo el núcleo axiológico o ético de los derechos en sí mismos, tal como está formulado en función del individualismo posesivo (ético), sino también el núcleo axiológico o ético de la identidad iraní, y respetar el ritmo de su propia autotransformación, cuyos resultados finales no van a coincidir, lo más seguro, con los que constituyen la

experiencia occidental de génesis y desarrollo de los derechos humanos. Por eso Hatamí comienza poniendo en primer plano el diálogo intercultural como un valor resistente frente a la guerra de civilizaciones aireada desde ciertos medios occidentales, acaso como discurso de legitimación de guerras futuras. Y contra la que, por último, también previene el Presidente Iraní alertando sobre los evidentes peligros de llevar otra vez la guerra a una parte del planeta donde se concentran las mayores reservas de petróleo del mundo. Sólo que, visto el asunto desde la lógica del principio de apropiación y su vigencia cultural, político-militar, en la época colonial y en la postcolonial ¿cómo sería posible no llevar la guerra, precisamente, a donde se concentran el más desmesurado objeto del deseo de apropiación? ¿No llevó ese deseo al propio Irán a la guerra con Irak durante los ocho años que median entre 1980 y 1988, y a la Coalición Occidental, liderada por el jefe de un clan de petroleros, a la Guerra del Golfo al comienzo de la década de 1990?

En el horizonte abierto por los interrogantes anteriores cabe otro más radical aún: ¿pueden, los derechos humanos, liberarse de la tenaza del principio de apropiación y posesividad y su performación violenta? No me refiero únicamente a sus prácticas o políticas más o menos desafortunadas, sino a su teoría misma y su núcleo filosófico: la antropología del individualismo posesivo. La última parte de la respuesta de Hatamí nos aproxima al debate, que ya está en curso como efecto de la ola multiculturalista, sobre la “superación” del paradigma de la justicia distributiva – corrección de la apropiación exacerbada - por el paradigma del reconocimiento, o bien sobre la complementariedad de ambos ampliando el concepto economicista de justicia para hacer sitio a la justicia cultural o “identitaria”. No voy a detenerme aquí en estos problemas sino que los utilizaré para dar un giro en mi argumentación. El reconocimiento es, siempre, reconocimiento del *otro*; luego su implicación en la problemática de los derechos humanos es, en fin de cuentas, la implicación de la *alteridad* en ellos, si bien hasta ahora esta implicación no ha sido “reconocida”.

#### *Los derechos de los otros*

¿Qué relación hay o puede haber, entonces, entre los derechos humanos, configurados según la matriz cultural del individualismo posesivo, y la categoría de alteridad, que representa, precisamente, al otro excluido del título de una propiedad, por ejemplo de un derecho, y de su uso y disfrute? Abordaré la cuestión volviendo a la distinción entre dos éticas mencionada al comienzo, la ética de la apropiación y la ética de la donación, la inspirada en el principio de apropiación y exclusión y la inspirada en el principio de no-apropiación e inclusión del otro. ¿Cómo se relacionan los derechos humanos con estas dos

éticas? ¿Podría tener sentido, quizá, completar el título del epígrafe inicial mediante la expresión “ética contra la ética de los derechos humanos”? La radicalidad de esta pregunta está en que la expresión “contra” no apunta a la política de los derechos humanos, su aplicación, sino a su ética lo cual sólo puede tener lugar desde *otra* ética.

Este es el problema que introduce Levinas al preguntarse si los derechos “del hombre” no corren el peligro de ser desmentidos en su núcleo ético – la individualidad singular autopositiva y libre: personal - por los derechos “de los otros”<sup>25</sup>. ¿Giran, entonces, unos y otros, en dos órbitas éticas diferentes? Parece que sí. Volveré a repetirlo. Se trata de la ética del individualismo posesivo y la de la ética de la alteridad y su derivación hacia una ética de la donación y la hospitalidad, cuya relación es indudablemente agonística. Aunque no es muy explícito al respecto, Levinas sospecha del individualismo que constituye la base teórica de los derechos humanos, por su egoísmo naturalista/psicologista, y por su irrelevancia lógico-idealista. El egoísmo – uno de los componentes esenciales del individualismo posesivo - compromete la buena voluntad que desde Kant se presupone en la significación moral de los derechos; y el idealismo, al reducir al individuo humano, que oficia de sujeto de tales derechos, a un caso al lado de otros en el espacio lógico de un concepto abstracto, el de humanidad, implica un *déficit de diferencia* que compromete la singularidad e individuación del sujeto en las relaciones morales.

Estas dos dificultades del individualismo son radicalizadas por P. Taguieff. Sostiene, por un lado, que “el hombre” o “la humanidad” no constituyen, en tanto que abstractos (lógico-idealistas) un sujeto de derechos solvente, hasta el punto de que considera la expresión “derechos humanos” mal formada. Por otro lado, argumenta que el individualismo subjetivista ético, que constituye en buena parte la noción de sujeto de derechos, está demasiado próximo del individualismo hedonista, egoísta y competitivo, como para evitar a poner el énfasis sobre la relación de propiedad o posesión de tales derechos en competencia con los de otros. Esta cercanía entre los derechos humanos y el principio de propiedad tiene otra derivación. Constituye el trasfondo de quienes llaman la atención sobre la relación entre, por un lado, los estados más ricos y poderosos y menor cantidad de violaciones de los derechos humanos (o menos obvias) y, por el otro, los estados más pobres y débiles y violaciones de los derechos humanos más numerosas y brutales. Dicho de otro modo: la cercanía entre los derechos humanos y la apropiación económico, y la

---

<sup>25</sup> E. Levinas, “Les droits humains et les droits d’Autrui”, en *Hors Sujet*, Fata Morgana, 1987, p. 183.

distancia entre ellos y la desposesión y la exclusión<sup>26</sup>. Como si los derechos humanos formaran parte de las propiedades (culturales) de los ricos, de las que estarían expropiados o desposeídos los pobres.

¿Cómo salva Levinas las dos dificultades que él mismo suscita sobre el sujeto de los derechos humanos, que sirven a Taguieff para radicalizar su posición? Construyendo la diferencia de un individuo singular en términos estrictamente éticos y no en los ontológicos o culturales al uso. En lugar de un yo sustancial atomista, cuya singularidad se expresa culturalmente en la forma de un ego que mantiene una relación de autoposesión consigo mismo y de exclusión del otro, sugiere un yo constituido por su *no indiferencia* ante el otro o, lo que es igual, por su responsabilidad para con él que, como saben los levinasianos, es ilimitada e intransferible. Nadie puede responder por el otro en mi lugar, nadie puede sustituir al yo en su responsabilidad para con el otro: he aquí el principio de individuación de la ética de la alteridad. Esta condición originariamente ética del yo salva de un plumazo las dos carencias que Levinas achaca a la antropología moral de los derechos humanos: el *déficit* de egoísmo posesivo y autoposesivo y el *déficit* de diferencia, es decir, de significación ética. Levinas termina este ciclo de reflexiones añadiendo que la no-indiferencia ante el otro, descentra o descoloca al yo de su *sí mismo*, de su autoafirmación y de su egoísmo, de la obsesión por perseverar en “su” ser (propio), abriendo la posibilidad de responder al otro y salir en defensa de sus derechos (los del otro: de su diferencia)<sup>27</sup>. Ahora bien, ¿de donde viene esta no-indiferencia? Del *rostro* del otro, cuya sola presencia provoca o interpela al yo pidiéndole justicia y colocándole, en ese acto, en situación de responder, de forma tal que el yo no la puede eludir más que recurriendo a la violencia como único modo de quitarse de en medio esa molestia (ética). La otra alternativa es la acogida hospitalaria hasta el punto de comprometer la identidad del propio yo (o del nosotros) en cuya lógica está, precisamente, la delimitación de un espacio identitario del que el otro queda excluido; exclusión lógico-simbólica que a veces se materializa en violencia abierta o encubierta. La libertad nace, precisamente, como elección ineludible entre ambas posibilidades. Y en ese acto se constituye el sujeto moral como sujeto de la responsabilidad y de la no-indiferencia para con el otro.

Por todo este cúmulo de razones (y otras en las que no puedo entrar aquí) Taguieff acaba proponiendo una *descentración* radical del punto de vista posesivo de “mis” derechos o “nuestros” derechos y su sustitución por la perspectiva de los derechos de “los otros”. Estos y su contenido ético estarían

---

<sup>26</sup> E. Wallerstein, *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, Icaria, 1997, pp. 60-61.

<sup>27</sup> Levinas, o.c., p. 186.

mejor servidos, lingüísticamente, por la expresión *deberes para con todos los hombres*. Ahora bien, la descentración mencionada no podría producirse sin una cierta ascesis dada, por un lado, la presión ambiental del lenguaje de la propiedad y la posesividad y, por el otro, la difusión del culto a los derechos humanos que implica textos sagrados y la correspondiente industria editorial, misterios (filosóficos), clérigos (académicos y políticos) capillas, celebraciones solemnes, apologistas profesionales e inquisidores. En suma, la institución de una comunidad de fieles que excomulga a los infieles<sup>28</sup>.

### **Violencia jurídico-política: una bebé nigeriana ilegal**

Un caso inmejorable para contrastar lo que precede es la aparición de una bebé nigeriana de seis meses en brazos de su madre, y ambas en una patera que arribó a la playa de Los Castillejos, en Barbate (Cádiz), exhaustas hasta el punto de que a la madre no le quedaban fuerzas – ni recursos - para auxiliar a su hija, ni a la hija para seguir viviendo. El “caso” fue publicado por los medios de comunicación, TV incluida, y no parece muy diferente de tantos otros. ¿Qué me llamó la atención en éste? Indudablemente la presencia de una bebé como protagonista, pero también su desenlace. Según la versión de prensa que he manejado<sup>29</sup> una mujer andaluza, madre de otro bebé, dio de mamar a la niña nigeriana lo cual salvó la situación inmediata. La niña “parecía otra persona ... alegre y curiosa de las novedades que la rodeaban”. Después, la nodriza ocasional - y narradora de lo sucedido - se ofreció a quedarse con la niña hasta que su madre se recuperara pero, como transcribe entre comillas el reportero, “nos dijeron que eso era imposible”. El reportaje termina narrando que más tarde “el bebé fue conducido a las dependencias policiales donde se iniciaron los trámites de repatriación... María Isabel se interesó por el futuro del bebé pero la policía no le informó”.

Lo que llama la atención es cómo en este caso están presentes las dos posibilidades abiertas por la aparición del otro - “otra” en este caso - que ejemplifica la situación original de la ética levinasiana. Por un lado, la ética de la no-indiferencia ante el otro, de la responsabilidad y de la hospitalidad a cargo de la nodriza; por otro la ética de un “nosotros” posesivo, cuya identidad abre un espacio de *posesividad* del que el otro queda excluido, y de cuya exclusión se ocupan las leyes de extranjería que prescriben y legitiman la acción policial con la bebé nigeriana, su madre y sus “compañeros de viaje”. Por eso en este caso también llama la atención otra cosa: la discreta presencia

---

<sup>28</sup> P. Taguieff, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1988, pp. 477-478 y 468-472.

<sup>29</sup> *El País*, 4-09-2002, incluye un pequeño reportaje bajo el título “Solidaridad maternal”.

de la violencia en una acción policial “correcta” desde el punto de vista legal. Y no me refiero sólo a la presencia de la policía como tal, el brazo coactivo de la Ley, sino también a su discurso de la “imposibilidad” de que la nodriza se quedara por más tiempo con la bebé), y a su silencio – oficial, desde luego - sobre el destino su destino futuro. Este silencio ¿no condensa la violencia más espesa y pesada de todo este asunto? ¿No es como si la no-indiferencia para con el otro, al tornarse en indiferencia, ni siquiera en tolerancia, se esfumara, es decir, se convirtiera en humo, en humo ético?

El caso de la bebé nigeriana es ilustrativo por partida doble. Primero, como ya he apuntado, constituye una escena ejemplar de la ética de la alteridad de Levinas en su relación agónica con la ética del individualismo posesivo. Por eso, en segundo lugar, también es una escena ejemplar de la violencia disimulada o enmascarada, implícita, que, según algún intérprete, constituye el objeto de la denuncia insobornable en que consiste la ética levinasiana de la alteridad. La violencia

“que acosa a la conciencia occidental, que horada solapadamente nuestra razón y nuestra historia, y que configura con sus valores y sus normas nuestro querer y nuestro saber...”<sup>30</sup>.

La violencia, por tanto, disimulada en la ética de la posesividad y su lógica excluyente, implícita por tanto, en el individualismo posesivo y las categorías filosóficas y éticas que inspira. Entre ellas la de derechos humanos o derechos del hombre, cuyo núcleo de referencia, ético y teórico a la vez, descriptivo y normativo, el sujeto de tales derechos, es el mismo sujeto del individualismo posesivo. Lo cual explica, por otro lado, la relación agonística que Levinas establece entre la “mismidad” de ese sujeto (auto)posesivo y su correspondiente ética, y la alteridad del “otro”, en torno a la que él, Levinas, construye una ética alternativa.

El término “agonístico”, del griego *agon*, se refiere sólo a la agonía de la muerte en la medida en que esta es una “lucha”. ¿Qué lucha en este caso? No hay una respuesta fácil ni única. Derrida fue de los primeros en hablar, a propósito de la ética de Levinas, de “violencia metafísica”. Más tarde, S. Critchley aborda la ética de la alteridad a partir de la palabra *trauma* que toma del mismo Levinas, para reconstruirla en términos psicoanalíticos<sup>31</sup>. Levinas, por su parte, había recurrido a toda una batería de metáforas de diversa procedencia: carnales, psico-somáticas, político-militares, jurídicas y

---

<sup>30</sup> E. Levinas *Difficile liberté*, París, Albin Mitchel, 1963, solapa.

<sup>31</sup> S. Critchley, “The original Traumatism. Levinas and Psychoanalysis”, en *Ibid.*, *Ethics, Politics, Subjectivity*, Londres, Verso, 1999.

semióticas como herida, trauma, obsesión, rehén, sustitución, acusación, persecución, etc.<sup>32</sup> ¿Cuál es el referente exterior y anterior de las metáforas levinasianas y de las de sus lectores Derrida y Critchley? ¿Es posible alcanzarlo fuera del entramado metafórico y tropológico, en su literalidad, o bien, por el contrario, únicamente se puede hablar de *ello* y de sus metáforas mediante más metáforas? Al menos las de Levinas y Critchley parecen referirse, por un lado y en primera instancia, al *efecto ético* que produce en el yo la irrupción del rostro del otro y su interpelación inexorable: “no me mates, no me dejes morir, te pido justicia, etc.” Este *efecto* tiene continuidad en la responsabilidad inapelable que engendra en el yo que, de este modo, nace como sujeto ético libre de elegir la respuesta: o bien de acogida y hospitalidad, o bien de rechazo y violencia, la violencia con la que el yo rechaza o excluye al otro del espacio de su comodidad identitaria, haciéndose fuerte en ella. Esta es la explicación que dio A. Finkielkraut de la violencia nazi con los judíos: quitarse de encima el peso de tener que hacerse responsables de ellos. Y esa es la explicación que se podría dar de por qué la Unión Europea expulsa hoy a quienes previamente *etiqueta* como *ilegales* mediante un sofisticado mecanismo jurídico<sup>33</sup>.

Pero eso no agota la cuestión. La irrupción del otro en el espacio identitario del yo (o de nosotros) no sólo es una molestia ética que puede convertirse en insufrible hasta la agresividad y la violencia, sino un cuerpo extraño, una impureza o mancha sobre la inmaculada pureza de la identidad propia, cuyo ensuciado o impurificación la sumerge en el caos identitario: ontológico. Entonces, el único remedio es una operación de *limpieza*. Pues bien, esta operación es plenamente visible en los casos de limpieza étnico-nacionalista al estilo de los serbios con los bosnios y, en menor medida, con los croatas (y viceversa) en las guerras balcánicas de 1990; o en el caso de los nazis con los judíos cincuenta años antes; o en el de los nacionalistas vascos con los vascos no nacionalistas; pero no lo es en el caso mucho más extenso, y potencialmente más masivo, de la expulsión de emigrantes del territorio de la UE, uno de cuyos casos ejemplares fue la expulsión de la bebé nigeriana y su madre. Me estoy refiriendo, obviamente, a la limpieza jurídica y política, cultural y económica de la identidad europea a cargo de sus aparatos policiales, amparados y legitimados por legislaciones de extranjería, que son las que clasifican a los emigrantes en *legales* e *ilegales*. En los textos jurídicos,

---

<sup>32</sup> E. Levinas, *De otro modo que ser...*, pp. 59-60 y 166 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Las observaciones de J. De Lucas en su trabajo “Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración”, y las de M. Casal y R. Mestre, en su ensayo “Migraciones femeninas”, recogidos ambos en J. De Lucas y F. Torres, eds., *Inmigrantes. ¿Cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talassa, 2002, respectivamente en las pp. 30 y ss. y 121.

no aparece tipificada como una operación de “limpieza étnico-cultural”, pero no faltan otro tipo de textos en los que, indirectamente, se hace mención explícita de ella. Por ejemplo las declaraciones de un Alcalde de Melilla con ocasión de la expulsión de 108 emigrantes ilegales, sedados y maniatados. Aprovechando este hecho, el Alcalde exigía más inversiones a cambio del “trabajo sucio” que su municipio se veía obligado a hacer al estar situado en la frontera entre dos mundos<sup>34</sup>. O el texto en el que G. Sartori construye a los emigrantes islámicos como *inintegrables* en el espacio de la identidad pluralista europea, para recomendar que sean excluidos como inmigrantes en su territorio. Si se los admite dentro de las fronteras europeas acabarán por ensuciar o impurificar su identidad cultural y por desplazarla del pluralismo democrático al monolitismo fundamentalista<sup>35</sup>.

## Conclusión

Ya se sabe que la palabra de Sartori y los suyos frente a la emigración árabe-islámica no es la última ni la única aunque sí poderosa. Tiene detrás el peso de la tradición filosófica y política clásicas que constituye nuestra identidad cultural desde hace milenios: la ética de la apropiación y la exclusión como matriz identitaria y cultural, construida y reconstruida una y otra vez como ética del individualismo posesivo. Frente a esta ética parecen estar surgiendo, hoy, gérmenes de una ética de la no-apropiación y la inclusión, una ética del don y el dar, que en este ensayo he vinculado con la obra filosófica de Levinas y Derrida. A pie de obra esta ética se manifiesta hoy de dos formas. Como ética de la solidaridad humanitaria fuera de las fronteras europeas y, dentro, como ética de la hospitalidad que inspira algunas actitudes igualmente humanitarias con los emigrantes y, sobre todo, en algunos aspectos de las políticas de extranjería como la inclusión de los inmigrantes *legales* como ciudadanos de derecho, aunque no de “pleno” derecho.

Esta circunstancia impide clasificar a las políticas de extranjería de la UE como políticas de exclusión pura y simple como el *apartheid* sudafricano o la “concentración” nazi. Pero no se puede ignorar que la inclusión de legales en la UE tiene una cara oscura que la asemeja más de lo deseable o esos dos agujeros negros éticos y políticos. Me refiero a la exclusión de *ilegales* y al proceso mismo de ilegalización. Este abarca dos actos de exclusión

---

<sup>34</sup> Cfr. G. Bello, “Emigración y neorracismo. El otro como símbolo del mal”. *Laguna* (Revista de filosofía), N° VII (2000), pp. 269-270.

<sup>35</sup> G. Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001. Cfr. Los comentarios críticos de A. Dorronsoro, “La construcción del inintegrable cultural”, en J. De Lucas y F. Torres, eds., o.c.

indisociables: la exclusión inicial del propio espacio identitario-existencial con la que se inicia el viaje migratorio, y la exclusión final con la que termina la mayoría de las veces, algunas para recomenzar una y otra vez como el Sísifo del mito. En ambos casos la exclusión corre a cargo del principio de apropiación y su lógica violenta. La primera en su puesta en escena global a cargo de la apropiación multinacional, cuyo efecto es la movilización y la etnización de una multitud de trabajadores disponibles para cualquier parte. La segunda por su puesta en la escena nacional, fronteriza, a cargo de los diversos estados “receptores” que, en defensa del principio de “propiedad” sobre su territorio y las mercancías almacenadas en él (desde las económicas a las culturales e identitarias), convierten la inmensa mayoría de los viajes migratorios en viajes a ninguna parte.

En este contexto, la ética de la apropiación aparece como causa y razón de la violencia y de la guerra, tanto local como global. Causa porque motiva la exclusión violenta del otro. Razón porque constituye la matriz cultural de la ética que la justifica.



## Reseñas

D. Bonilla y M. A. Iturralde (Eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional* (2005)

*Luis Freddyur Tovar*

M. Hardt y A. Negri, *Imperio* (2001)

*Alejandro Carvajal*

Germán Ayala Osorio et al, *De la democracia radical al unanimismo ideológico* (2006)

*Luis Freddyur Tovar*

Seis libros que enseñan el derecho romano desde la práctica

*Federico Escobar Córdoba*



**Bonilla, Daniel y Manuel A. Iturralde** (Eds.). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes (2005), 421 pp.

Desde 1996, en la Universidad de Los Andes —y en el interior de su Facultad de Derecho— funciona un grupo de investigación y de estudio denominado *Observatorio de Justicia Constitucional*, el cual ha publicado varios textos de gran importancia, no solo para la academia, sino para la literatura jurídico-constitucional colombiana.

En el año de 2005 este centro andino de conocimiento nos sorprendió con la edición de un texto altamente sugestivo, provocador y no menos sesudo, denominado *Hacia un nuevo derecho constitucional*, materializado en las sentencias de la Corte Constitucional, el cual tiene por objeto evidenciar —a partir del análisis de fallos de constitucionalidad y de revisión de tutelas— un nuevo enfoque sobre el Derecho Constitucional en Colombia, lo cual implica una nueva visión sobre el modo de ver el fenómeno jurídico, toda vez que las sociedades actuales, y Colombia no es la excepción, han vivido un proceso paulatino de constitucionalización del Derecho.

Empero, el estudio no es una reflexión filosófica sobre el Derecho, en sentido estricto, sino el análisis crítico-práctico en torno al producto jurisprudencial del quehacer de un operador altamente calificado, como es la Corte Constitucional. Lo anterior no le resta importancia ni trascendencia alguna al texto; es decir, la crítica anterior no es un defecto del mismo, sino que es el resultado de la formación profesional de los autores de cada uno de los acápite en que se divide la obra, pues la mayoría de ellos tienen una sólida formación profesional en la llamada Escuela Realista del Derecho norteamericana.

Ahora bien, para la contemporaneidad jurídico-política, el Derecho se origina en un crucial momento específico del pasado de una comunidad, cuando sus miembros acuerdan los principios y valores guía de convivencia y la estructura básica de sus instituciones.

De esta afirmación fenoménica, surgen, al menos, tres interpretaciones diferentes, todas ellas producto de visiones racionales, evolutivas y optimistas del Derecho: la primera, la de la Dogmática Jurídica Positivista Analítica de hoy, que considera que el Derecho, a partir de este origen, se desarrolla de manera dinámica, lineal y continua con el único objetivo de materializar esos principios y valores asumidos por la colectividad.

La segunda, la de la Escuela de los Estudios Legales Críticos y la del Deconstructivismo, para quienes el origen del Derecho es ese crucial instante, contingente y discontinuo, producto dialéctico de la tensión —contradictoria y a veces irreconciliable— de los principios y valores políticos de una sociedad; por tanto, el Derecho no es un producto que se desarrolla de manera racional-participativa y progresiva en el tiempo. Para esta interpretación, el Derecho carece de una historia coherente con su origen y su fin; por tanto, la historia del Derecho es el resultado azaroso de diversas narrativas<sup>1</sup> y racionalidades, reflejo fiel de las múltiples aspiraciones políticas de quienes tienen el poder para definir la afirmación y consolidación de los valores sociales en conflicto.

La tercera interpretación es la de la Escuela Constructivista o Discursiva del Derecho, para quienes tal fenómeno es el producto dialéctico y participativo, racional y razonable de la sociedad; por ello, su desarrollo no es lineal ni circular, sino un ejercicio complejo, dinámico, permanente, flexible y abierto que requiere de adaptaciones contextuales a las exigencias de hoy, en procura de los ideales consagrados en el acto fundacional. Es, siguiendo una figura geométrica, una espiral flexible.

Ahora bien, el fenómeno jurídico-político implica, teóricamente, que la voluntad del pueblo —expresada originalmente y por generaciones pasadas en el acto fundador de la organización, y dinamizada diariamente por otras generaciones en el presente histórico— es la que decide el rumbo que debe tomar la historia futura que narra el Derecho; por tanto, en la práctica, son el legislador y los administradores públicos, como delegatarios políticos del soberano fundador, los directos responsables de materializar la voz ciudadana, de continuar con la historia para acercar a la sociedad al fin proyectado desde el origen del Derecho.

En tal sentido los jueces, como autoridades públicas, juegan un papel preponderante. Hoy ya no es posible concebir el rol de los jueces reducido a ser simples aplicadores de la normatividad, a ser la *boca de la ley*. Hoy, más que nunca, los jueces, con sus decisiones, deben reconstruir el pasado desde el presente para que la normativa del Derecho siga siendo racional, continua y progresiva. Por ello, cada decisión judicial debe ser una reinterpretación del pasado para que éste se ajuste a las necesidades y prioridades de la narración del presente; es decir, el juez debe ajustar el pasado al presente y no al contrario; en este sentido, el precedente judicial es un mecanismo ideal para mantener la coherencia del Derecho, al tiempo que propicia su dinamismo.

---

<sup>1</sup> En el sentido de José Calvo en su texto *Derecho y narración*.

Consecuente con lo anterior, los editores expresan:

Los tribunales constitucionales viven hoy de manera particularmente intensa el conflicto generado por la tensión entre el deber de contribuir a mantener la supuesta linealidad, coherencia y secuencialidad del ordenamiento legal, los retos que diariamente les impone la práctica jurídica y los conceptos alternativos que existen sobre la historia del Derecho. En tanto que estos tribunales son los intérpretes máximos y últimos de la Constitución, la narración o las narraciones que ellos desarrollan sobre la Carta Política definirán en gran parte los contenidos del proyecto político defendido por la comunidad política a la que pertenecen así como los medios legítimos para su materialización. (2005: 9)

A partir de la anterior perspectiva, el texto comentado es altamente provechoso, porque enraíza su estudio sobre el trabajo de la guardiana de la Constitución Política colombiana, desde diferentes enfoques: críticos, analíticos, optimistas y pesimistas. Esta es la mayor riqueza del estudio publicado.

Para los estudiosos andinos es motivo de reflexión el que la Corte Constitucional colombiana haya proferido, en el corto tiempo de 9 años (1992-2000), 6.455 sentencias de revisión de acciones de tutela y 2.989 sentencias de inconstitucionalidad; y que, sólo en el año de 2002, decidiera 784 revisiones de tutela y 341 sentencias de inconstitucionalidad. Para el Observatorio, este dato adquiere mayor preponderancia, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha decidido entre 80 y 100 casos anuales desde los años noventa y la Corte Suprema de Justicia canadiense, en promedio, 100 casos en la última década (2005: 1).

Aunque pareciera que tales datos afirmaran que la Corte Constitucional colombiana es altamente eficiente, los mismos son un llamado de alerta y preocupación que deja un ingrato sabor de escepticismo, por cuanto la cantidad y variedad afectan el contenido, sensatez, medida, razonabilidad y profundidad de las sentencias. En efecto, los temas estudiados van desde las necesidades más sentidas y apremiantes de la ciudadanía —como protección a la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, la manutención, la seguridad social, el buen nombre y la intimidad— hasta tratar tópicos de gran actualidad, como la eutanasia, el aborto, el homosexualismo, la jurisdicción especial indígena, la justicia penal militar, el hábeas data, la posibilidad de revisar las razones políticas para decretar los estados de excepción y la revisión de

constitucionalidad de las reformas a la Carta, tanto por vicios de forma como por el contenido (2005: 1).

Con los anteriores supuestos fácticos, el Observatorio andino estudia lo que han denominado tres líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional: la relación entre Derecho y tiempo; el Derecho como instrumento de marginación, y la relación entre procedimiento y justicia en la jurisdicción constitucional.

Metodológicamente, el texto desarrolla estas tres líneas en grupos integrados por tres investigadores, tocando cada uno aspectos de los tópicos reseñados, reflexionando sobre sendas sentencias de la Corte Constitucional.

Al decir de los editores:

El reto de enfrentar con herramientas teóricas y prácticas sólidas los nuevos problemas que hoy consideramos clásicos, no se le presenta sólo a la Corte Constitucional, como guardiana e intérprete autorizada de una Constitución joven, sino también a la academia que debe actualizar sus análisis conceptuales para responder a las necesidades y exigencias del nuevo contexto constitucional en el que Colombia se encuentra inmersa desde 1991. (2005: 3)

Veamos, entonces, cada uno de los tres apartes en que se divide el libro.

## **1. Derecho y tiempo**

Con relación a este aspecto, los autores toman las sentencias más llamativas en las cuales la Corte Constitucional, de una u otra forma, ha tocado el tema. Básicamente son sentencias de constitucionalidad, por el efecto de las mismas: *ex nunc* (para el futuro) o *ex tunc*, es decir, retroactivas al momento de la aparición del acto jurídico estudiado y decidido por el tribunal constitucional.

El tiempo es la categoría en que se desarrolla la vida de la persona y de los pueblos, y esto es la historia. Por tanto, el Derecho, como producto de la sociedad, tiene su propia historia y debe contarla; es decir, el Derecho, entendido como un conjunto de normas, instituciones, personas, prácticas y creencias, es una narración histórica que se manifiesta y desarrolla en el tiempo que vive una sociedad concreta.

Desde esta perspectiva, tanto el tiempo como la vida misma de la comunidad, y, por tanto, el Derecho, no son lineales o estáticos, sino dinámicos. Con esta

afirmación me separo rotundamente del concepto del tiempo en el positivismo jurídico, que sí lo considera lineal y con una finalidad. No obstante lo anterior, el tiempo del Derecho y su historia —y esto lo comparto con el positivismo jurídico— es totalmente opuesto al tiempo eterno en el que se desarrollan las leyes divinas y el determinismo de las leyes de la naturaleza.

Por lo anterior, y esta es una alternativa, el tiempo es creador del Derecho. En efecto, el Derecho tiene un compromiso con el pasado, en la medida en que su origen lo comparte con el momento histórico de la creación de la organización política: el Estado de Derecho. El acto de fundación de una comunidad política tiene como producto la expedición de su Constitución Política, génesis de la convivencia, que consagra todo el conjunto axiológico-normativo de su futuro y, por tanto, la estructura histórica de la comunidad; las instituciones en torno a las cuales se desarrollará la esfera pública; los objetivos a perseguir, y las fuentes legítimas para la creación de las normas jurídicas.

Presente y futuro del Derecho, entonces, están íntimamente ligados a la organización estatal y determinados por su pasado; éste determina los objetivos que el Derecho debe proteger y define las fuentes legítimas para su contextualización a través de normas de inferior jerarquía, labor del legislador. Así entonces, el Derecho se convierte en el instrumento social fundamental que propicia la continuidad entre el pasado compartido por unas generaciones y el futuro que la organización política pretende alcanzar para las nuevas generaciones.

La garantía de la seguridad jurídica —principio fundador del Estado de Derecho— no es el respeto de decisiones del pasado, sino la posibilidad de integrar los principios y valores de convivencia social con el futuro incierto, a través de un concepto de justicia igual —no hegemónica ni homogeneizante— para todos.

Corolario de lo anterior, y esta es otra visión, es que el Derecho tiene efectos sobre el tiempo, por la vigencia de las leyes, en la medida en que, por regla general, estas se expiden para el futuro y, por ende, ellas regularán el porvenir, por cuanto tienen vocación de permanencia, lo que permite visualizar una continuidad en el desarrollo; por esto es tan grave la derogatoria, anulación o inexequibilidad de las mismas.

No obstante las apreciaciones anteriores, el fenómeno jurídico como dinámica social no transcurre serenamente en el tiempo, sino que, por el contrario, y en virtud de su evolución, el Derecho también crea el tiempo; así mismo, lo cualifica, lo categoriza y produce expectativas sobre lo que cabe esperar de él

dentro del espacio temporal que ha generado; el ejemplo de creación de tiempo por el Derecho lo constituyen los llamados *estados de excepción*, en los cuales el constituyente ha permitido que el gobernante introduzca, previos requisitos especiales, unas condiciones sui géneris que rompen el tiempo en que vive la comunidad, para hacerla padecer un tiempo especial.

Así entonces, en el primer bloque de la obra, se publican los trabajos que analizan este aspecto, siendo el primero el del profesor andino Henrik López Sterup, intitulado “En torno a los efectos de las sentencias de inexecutable: Reflexiones sobre el efecto de reincorporación de normas derogadas como consecuencia de una sentencia de inexecutable”. Su estudio es altamente provechoso, porque no solo nos hace un recorrido histórico y evolutivo del control de constitucionalidad de las leyes, sino porque nos desnuda los vaivenes de nuestras cortes sobre el tema. No obstante, el autor sostiene que el trabajo de la Corte Constitucional en la reincorporación normativa es de gran importancia para el desarrollo del Derecho, por cuanto es menester solventar el vacío que deja la norma inexecutable.

El estudio del profesor Manuel A. Iturralde, “Estado de derecho vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia”, es una invitación sugerente a mirar las dos posiciones enfrentadas sobre el tema: el Gobierno defendiendo la excepcionalidad y la temporalidad para gobernar y salir al paso de la estructural violencia colombiana (seguridad), y la Corte Constitucional apostándole decididamente a la prevalencia del Estado de Derecho (eficacia del conjunto axiológico-normativo), en una interpretación lineal de la historia del Derecho.

La historia colombiana es rica en ejemplos de uso de la excepcionalidad, hasta el punto de que vivimos un largo periodo (1948-1990) en el cual la anormalidad se volvió normal y la normalidad anormal; es decir, con el abuso del ejercicio de la figura constitucional de la excepcionalidad, lo efímero se tornó permanente y lo permanente fugaz.

Finalmente, el texto de la profesora Helena Alviar García, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, nos plantea, en torno a sentencias sobre el presupuesto nacional, cómo la Corte Constitucional también le apuesta al Estado Social de Derecho sobre el economicismo tecnocrático que, en aras de solventar las finanzas públicas, ahoga el desarrollo y las mejores condiciones de la sociedad.

Alviar García sostiene que el Derecho debe tender a la transformación de la sociedad y, cuando ella esté madura, a crear los marcos del cambio social. Así mismo, Derecho y la aspiración al cambio implican: asimilar qué concepto de desarrollo se busca; qué se prioriza, si seguridad y orden o justicia material, y, finalmente, solucionar la disyuntiva entre copiar caminos para el progreso o generar espacios propios para llegar al mismo.

## **2. El derecho como instrumento de marginación**

La humanidad se desarrolló, de un lado, en torno al dilema surgido entre los conceptos de libertad e igualdad y, de otro lado, en la práctica, en la asunción de los mismos como postulado político, lo que generó en los albores del siglo XX la polarización de los Estados entre liberales y comunitaristas y, en la segunda mitad del mismo, la consolidación de tal disyuntiva con la llamada *Guerra Fría*.

Con el derrumbe del Muro de Berlín y la culminación de la Guerra Fría, pareciera que este antagonismo ha perdido notoriedad; sin embargo, dicha afirmación no es del todo cierta, por cuanto la dialéctica tensión que genera el binomio libertad/igualdad transitó de la filosofía a la política, y hoy, de ésta a la economía. En efecto, en la actualidad los Estados se encuentran divididos entre ricos y pobres, y en el trasfondo lo que existe es la vigencia de un modelo económico que privilegia la libertad a costa de la igualdad, o que sacrifica la libertad en aras de la igualdad.

El Observatorio de Justicia Constitucional andino estudia este binomio, pero desde lo político con importantes connotaciones en lo jurídico, para analizar su realidad en Colombia. En efecto, los estudiosos del Observatorio, fieles al postulado político liberal de las democracias modernas —que promulga la igualdad ante la ley para todos los ciudadanos—, asumen que el mismo es un deber político del Estado y que, por tanto, es su obligación propender hacia el trato con igual consideración y respeto a todos sus asociados.

Por lo anterior, cuando se usa el Derecho de manera formal y aviesa, ajustado a la ley, corrientemente se generan consecuencias negativas de largo plazo para los grupos sociales que se convierten en su objetivo, y para la comunidad política como un todo; es decir, cuando el Derecho se transforma en instrumento de discriminación, la consecuencia directa es producir una subclase de ciudadanos integrada por todos aquellos a los cuales el Derecho impide participar total o parcialmente en la construcción de las instituciones básicas de la sociedad.

El texto constitucional colombiano de 1991 definió a Colombia como una sociedad pluriétnica y multicultural, y pregona el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas y culturales. Empero, la realidad nos dice otra cosa muy diferente: que la discriminación no ha cesado y, por el contrario, con el remedio se ha incrementado la misma, hasta el punto de generar rechazo, ya no desconocimiento e indiferencia. Frente a este problema, la Corte Constitucional también ha producido grandes sentencias, con las que pretende solucionar la práctica discriminatoria nacional, aspecto que es el motivo de estudio de los investigadores del Observatorio a quienes se les publica su producto académico.

La profesora Julieta Lemaitre, a propósito del tema de los derechos de los homosexuales, titula su estudio “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”, en donde nos muestra que el trabajo judicial de esta corporación ha discurrido entre posiciones de vanguardia, progresistas, que pretenden eliminar las discriminaciones entre homosexuales y heterosexuales de la vida diaria colombiana, y otra línea altamente conservadora, que califica negativamente la homosexualidad y avala políticas y prácticas discriminatorias. No podemos olvidar que Colombia es un Estado altamente influenciado por la religión católica y, en aspectos como la familia y el matrimonio, la discusión es confesional y dogmática católica, y, por ende, en este aspecto se rechaza todo aquello que no comulgue con este credo.

El segundo estudio es el del profesor Daniel Bonilla, quien titula su publicación “El principio de unidad política y el autogobierno de las minorías culturales”. En este texto, el profesor Bonilla analiza el principio de unidad política y el de autogobierno de los indígenas, realidades constitucionales de la Colombia de 1991 y posteriores. Concluye el togado en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha debatido en tres grandes interpretaciones: una que niega rotundamente el autogobierno; otra que lo reconoce restringidamente, porque subordina su ejercicio a otros principios constitucionales, y, la tercera, que protege los derechos de autogobierno, pero con carácter paternalista, no como consecuencia directa del mandato constitucional que vislumbraría un Estado federal o autonómico real.

El profesor Libardo José Ariza, en el último estudio de este bloque, con su trabajo “La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”, critica la posición de la Corte Constitucional sobre el tema de los derechos de los reclusos de las cárceles colombianas, por cuanto dicho trabajo demuestra el vaivén en que esta corporación se mueve: de limitar los derechos en aras de la seguridad y el orden, pasa a tomar decisiones

de avanzada respecto de modernización y reforma del sistema penitenciario, hasta llegar a situaciones en que reconoce la existencia de una nueva cultura carcelaria en el reclusorio de alta seguridad de Valledupar. Aboga por una verdadera política de mejoramiento de los derechos de los detenidos.

### **3. Procedimiento y justicia material constitucional**

El trabajo de los Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente colombiana de 1991, en el aspecto de la justicia constitucional, fue uno de los más promisorios. En efecto, con la creación de la Corte Constitucional y de la Acción de Tutela, los Delegatarios nos ubicaron en el mismo nivel de los Estados garantistas modernos, que tienden a lograr una justicia real y material.

La Constitución Política de 1991 tiene definida una serie de instrumentos e instituciones que aspiran a convertir la endémica justicia formal colombiana en justicia material dinámica, que atienda las condiciones reales de convivencia y que esté acorde al movimiento de constitucionalización del Derecho: la Constitución como norma de normas, de aplicación directa; la Acción de Tutela; la Prevalencia del Derecho sustancial, y la redefinición de la Acción Pública de Constitucionalidad, entre otros, son ejemplos de la anterior afirmación.

Este aspecto es motivo de estudio especial por los integrantes del Observatorio andino, como quiera que, además, éste es el nombre que los identifica y, por tal razón, los últimos tres textos de la obra versan sobre el mismo.

El profesor Carlos Amaya Osorio, con su estudio “La Corte Constitucional 1992-2001: Diagnóstico estadístico de su gestión y propuesta de reforma a los recursos y acciones constitucionales”, nos muestra que el alto número de sentencias de revisión de tutela y de constitucionalidad afecta la calidad de las mismas, y propone una revisión de los mecanismos para acceder a la justicia constitucional, con el fin de racionalizar el contenido de justicia de los fallos, y para que sea más eficaz y real el mandato constitucional de ser guardiana de ella.

Las profesoras Clara Burbano y Claudia Benavides, con su trabajo titulado “La doctrina de la vía de hecho y su aplicación por las altas Cortes del país”, nos muestran que el llamado *choque de trenes* no es más que el pulso, de manera preponderante, entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional, para decidir quién es, en últimas, el juez con palabra finita constitucional. Empero, debemos recordar que los Delegatarios, al elaborar el texto, quisieron que ésta

fuera la Corte Constitucional, algo que no ha sido plenamente asimilado en Colombia.

Los fallos estudiados sobre las vías de hecho para incoar acciones de tutela contra decisión judicial no muestran en el fondo discrepancias radicales entre ambos tribunales, sino un simple celo y resquemor por la pérdida, de parte de uno, de tan importante papel en la vida jurídica institucional, y su reemplazo por otro tribunal nuevo.

Finalmente, el profesor Julio Andrés Ossa Santamaría, con su ensayo sobre “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: Una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, nos dice que el mecanismo procedimental para la revisión de las acciones de tutela, un tanto vago y aplicado más discrecionalmente, atenta de manera rotunda contra la igualdad y la seguridad jurídica nacional; por ello propone, normativamente, reformas al respecto que garanticen la corrección de la falencia que él encuentra en el mismo.

Con fundamento en lo anterior puede afirmarse, sin hesitación alguna, que la obra *Hacia un nuevo derecho constitucional*, del Observatorio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, es un texto de mucha actualidad e importancia para las nuevas generaciones de abogados que requiere el desarrollo jurídico colombiano.

Luis Freddyur Tovar  
Pontificia Universidad Javeriana - Cali

**Hardt, Michael y Antonio Negri.** *Imperio*. Trad. Eduardo Sadier. Bogotá: Ediciones Desde Abajo (2001), 384 pp.

El marxismo, tanto como teoría general de la realidad como en cuanto enfoque específico de análisis político, no es estático. Ha sufrido grandes evoluciones y presenta múltiples caras. Sin embargo, se puede decir que en todo momento su preocupación fundamental es descubrir las contradicciones que atraviesan la historia, generalmente producidas por la hegemonía de unos sobre otros. En este enfoque la política no se puede desligar —ni como objeto de estudio— del resto de la realidad. Algunas categorías clave que el marxismo utiliza para aproximarse a la política son las de clase, conflicto o lucha de clases, revolución, trabajo, modo de producción, medio de producción, estructura y superestructura.

Los autores de *Imperio*, al rastrear, identificar e interpretar un poder global por muchos intuitos, presentan una reelaboración de estos conceptos, y una evolución de las realidades que les corresponden y del análisis político planteado en esas categorías.

En sus propios términos: “Junto con el mercado global y los circuitos globales de producción ha emergido un nuevo orden, una nueva lógica y estructura de mando, en suma, una nueva forma de soberanía. El Imperio es el sujeto político que regula efectivamente estos cambios globales, el poder soberano que gobierna al mundo” (2001: 43). A la formación del Imperio han contribuido las organizaciones internacionales. El Imperio no es lo mismo que los viejos imperios europeos, porque no está ligado a la expansión de una Nación y su capital, y no tiene un centro localizado: su centro y sus intereses están en todas partes. Las organizaciones como la ONU nacieron para preservar el orden internacional. Pero de ellas surgió una estructura jurídica que comenzó a ser utilizada por sectores hegemónicos para controlar situaciones internas de los países, en función de una ética global autoproclamada de la guerra justa.

Detrás de toda estructura jurídica hay un poder político, y en este caso no es un poder ya constituido sino en constitución, que se va encarnando cada vez más fuertemente en una policía mundial, en una institución de control. Lo que ha hecho posible esto es la deslocalización de la lucha de clases y la simbiosis de la estructura y la superestructura en la *sociedad mundial de control*.

Proletario es todo aquel que es explotado por la práctica del capital. No se reduce al obrero industrial y a sus revoluciones; éste era un tipo de proletario propio de un tiempo determinado. Hoy en día el proletario ha abandonado el espacio de la fábrica y ha rebasado las fronteras del tiempo, extendiéndose a toda su vida el control ejercido sobre él.

Lo que está en el fondo de todas las relaciones humanas, según el marxismo clásico, es la estructura económica, o sea, las relaciones de intercambio en las que se encuentran la forma y los medios de producción. Hardt y Negri presentan esta visión de una manera renovada. La globalización del capital y sus repercusiones sobre las relaciones de trabajo han permitido que el mundo se organice de una manera nueva. En esta nueva situación la superestructura política, ideológica, cultural y social se confunde con la estructura, se abaja y ocupa también su lugar, para intentar colmar el espacio completo de la vida de los individuos.

Durante la Modernidad —que corrió paralela a la emergencia y hegemonía del capital— se estableció la sociedad disciplinaria, un conjunto de dispositivos policiales y de encierro que determinaba qué era lo que los individuos podían hacer. Este control se encarnaba en espacios concretos donde los sujetos pasaban gran parte de su tiempo y podían ser observados permanentemente; su máxima expresión fue la fábrica capitalista de principios de siglo XX, que corresponde al periodo que los autores llaman “fordista”. Mediante estos espacios se ejercía un control económico, estructural, sobre el cuerpo de los individuos; y se intentaba ejercer uno ideológico, cultural, político, superestructural, sobre sus mentes. En la “sociedad de control” contemporánea la disciplina ha rebasado los espacios y tiempos de instituciones concretas; el trabajo se realiza en espacios abiertos o virtuales, y por fuera de horarios. Los mecanismos de control han hecho un “pasaje” al conjunto de la sociedad y la han convertido toda ella en una fábrica. Se ha pasado al posfordismo. Los dispositivos de control estructural y superestructural ocupan ahora, cada uno y simultáneamente, todo el espacio y todo el tiempo. Así, la “sociedad de control” penetra todos los rincones de la *vida* del individuo y por eso ejerce sobre él lo que los autores llaman *biopoder*.

El marxismo clásico decía que el capital tenía una tendencia al universalismo. Los intereses de los capitalistas se identifican supranacionalmente y, por lo tanto, los de los proletarios explotados por ellos también. Estas predicciones se han cumplido: el capital ha superado toda frontera y tiende a hacer irrelevantes los Estados nacionales. Incluso ha relegado a las propias organizaciones internacionales, que no son sino proyecciones de las naciones. En este proceso han ayudado, paradójicamente, las propias fuerzas de la militancia comunista

internacional, puesto que han presionado por la disolución de las fronteras y la identificación mundial del proletariado. La lucha de clases entre burguesía y proletariado nacionales ha mutado en la del Imperio y la Multitud, deslocalizados, globales y enfrentados.

Los conflictos que constituyen la esfera de lo político se encuentran cada vez más cristalizados. El Imperio se encuentra frente a la Multitud y, entre más se consolida aquél, más fuerte es el potencial revolucionario de ésta. La Multitud es el otro sujeto político. Las muchas revoluciones del siglo XX no han constituido un fracaso de la lucha popular sino una larga y compleja reformulación de los términos de la lucha de clases. El trabajo es la mercancía, espacial y temporalmente localizada, del capital; pero la globalización del capitalismo la deslocaliza. Los oprimidos se desplazan por el mundo en busca de mejores condiciones, y el Imperio les reprime, pues no tolera que la mercancía se deslocalice. Entonces es cuando la Multitud, si responde a esta represión exigiendo el reconocimiento de su ciudadanía global, se convierte verdaderamente en sujeto político. Y es también entonces cuando el texto de Hart y Negri salta del análisis al proyecto ético.

Alejandro Carvajal Pardo  
Pontificia Universidad Javeriana - Cali

**Ayala Osorio, Germán, Óscar Duque Sandoval y Guido Hurtado Vera.** *De la democracia radical al unanimismo ideológico: Medios de comunicación y seguridad democrática.* Cali: Universidad Autónoma de Occidente (2006), 322 pp.

Al presentar obras de carácter científico, quien lo hace puede incurrir en uno de dos grandes despropósitos para con el autor: primero, desvirtuar el contenido de la obra, bien porque erró en la interpretación de ella, bien porque no aportó valor agregado a la misma y, por tanto, la consecuencia directa es una ofensa al esfuerzo intelectual del autor. El segundo dislate consiste en realizar el encargo de tal forma que facilite la labor de interpretación de los lectores perezosos, quienes por tal motivo solo llegan hasta la presentación y, por ende, no disfrutan de las bondades del texto, agraviando de igual manera al escritor. Ambos defectos o consecuencias son funestos y groseros. Aspiro a no incurrir en ninguno de estos despropósitos.

Los profesores Germán Ayala Osorio, Óscar Duque Sandoval y Guido Hurtado Vera, de la Universidad Autónoma de Occidente de Cali, con ahínco, dedicación, rigor académico y entereza civil llevaron a cabo una investigación que denominaron *De la democracia radical al unanimismo ideológico: Medios de comunicación y seguridad democrática.*

Lo primero que hay que expresar es que los autores incurren en un serio problema lexical, pues al titular *De la democracia radical al unanimismo* nos están expresando que en Colombia han existido dos situaciones particulares e importantes: una democracia radical, y que ella ha sufrido un desplazamiento político. No obstante, la verdad es que la afirmación de la primera tesis no es real, porque las prácticas políticas dicen todo lo contrario: que nuestro sistema político está lleno de vacíos y de inconsistencias y, sobre todo, contaminado con grandes defectos, hasta el punto de que, con motivo de tales debilidades, fue posible dicha mutación política. La segunda tesis es parcialmente cierta y está en vías de verificarse totalmente.

Luego, si el sistema político y la democracia colombianos no son radicales, en el sentido de estar fundamentados en la persona (en donde los derechos inherentes a su condición de ser humano sean el epicentro del actuar político, económico y jurídico; que se caracterice por estar integrada por seres autónomos, responsables, que se realizan en solidaridad con los otros, sin que el grupo sea ontológica, sociológica ni moralmente superior a la persona individual, aunque sí sea su medio natural de desarrollo; que dichas personas

sean capaces de reafirmar su autonomía, igualdad, libertad y responsabilidad dentro del concepto de ciudadanía de alta intensidad que les facilite la construcción de su proyecto particular de vida, que los haga sentirse partes — actores— de la ciudad y de la organización, no sujeto de ellas, a fin de superar las barreras de lo local, para proyectarse hacia lo nacional y lo transnacional); si la democracia no es sustancial y participativa, sino unos simples instrumentos de los titulares del poder político y, por tanto altamente representativa; si es una democracia en la cual los procedimientos no son racionalmente asumidos y defendidos por todos; si ella no es producto del nivel posconvencional del desarrollo de la conciencia ética del pueblo que rechaza cualquier argumento legitimador externo al consenso; si no se fundamenta en la igualdad, no como homogeneidad, sino como reconocimiento de las diferencias e identidades plurales existentes en la sociedad, cuya finalidad es lograr el desarrollo integral de ella, ¿cómo plantear, así sea a título de hipótesis, que existe, es decir, que la democracia colombiana es radical?

Pareciera que los autores, concientemente o no, partieron de una base falaz: que las palabras crean realidades y situaciones nuevas, cuando en efecto, ellas no descubren ni crean las cosas y fenómenos que denominan, ni tampoco producen lo que el significado expresa de ellas, por cuanto lo que sucede es que hemos asimilado *unas realidades en las palabras contenidas*, es decir, cuando el ser humano nombra algo con formas verbales con las cuales pretende determinar eso, no está creando esa u otra realidad, ni tampoco generando esta u otra situación, sino que nosotros, luego de nombrar, llenamos de contenido lo nombrado; es decir, con el significante llenamos de contenido el significado.

En el nominalismo ockhamiano, las cosas son lo que son por cuanto son, lo que significa que el nombre o denominación que les demos no afecta la esencia de las cosas. Esa afirmación de Ockham constituye la ruptura entre religión y ciencia, y pareciera el precedente de la fenomenología existencial del pensamiento hegeliano. No obstante, Hegel nos dice: “Cada vez me convenzo más de que el trabajo teórico produce más en el mundo que el propósito; si se revoluciona el reino de la representación la realidad no puede aguantar”<sup>1</sup>, indicándonos con ello que es necesario, también, producir teoría sobre la realidad, a fin de que puedan surtirse, por esta vía, las transformaciones pretendidas.

---

<sup>1</sup> En la *Carta a Niethammer* (1808), citado en: Lukács (1976: 489).

En el texto que aquí se analiza no se configura la tesis hegeliana. Por esto creo que el título de la investigación es un logro mal arrimado, porque nos estaría induciendo a creer en situaciones que no son realidad en el escenario investigado. Aquí adquiere toda la importancia el problema de la nominación y es aquí donde existe una gran debilidad del texto, aunque ella —como se verá a continuación— no lo demerita totalmente.

La sociedad colombiana de hoy pareciera que se encuentra enfrentada a la polarización que engendran los conceptos orden/seguridad, como si tales nociones fueran antagónicas y consagraran una decisión agonal.

¿Qué es lo que se plantea, entonces, en el texto? Los autores expresan:

[...] ante la manifiesta debilidad de los partidos políticos, como unidades estructuradas de acción y mediación política, otros actores de la sociedad civil, en especial los medios masivos de comunicación, asumen su función y, dada su naturaleza de agentes privados, distorsionan la relación sociedad civil-Estado en la medida en que hegemónicamente imponen a la una y al otro su propia agenda. (2006: 8)

¿Cuál es el espacio en el que plantean y desenvuelven su tesis? El Estado colombiano, su democracia y, sobre todo, una política de gobierno del actual presidente Álvaro Uribe Vélez: la seguridad democrática, particular forma de concebir el problema estructural de la existencia de grupos armados al margen de la ley, los cuales han generado desde hace rato zozobra, muerte y desolación.

Ahora bien, como quiera que desde la más remota antigüedad (como en la *Política* de Aristóteles) se concibió el Estado como una forma de organización —de socialización puede afirmarse ahora— con la cual se pretende alcanzar los niveles de convivencia que no logra la persona a título individual, el Estado se convierte en el espacio ideal con que la ideología liberal temprana<sup>2</sup> no solo desplazó la religión y la divinidad como generadora de convivencia, sino que, al hacer descansar el origen de tal organización en la voluntad de los seres

---

<sup>2</sup> Véanse al respecto las diferentes concepciones sobre el Contrato Social, entre ellas, el llamado contractualismo clásico de Thomas Hobbes (*Leviatán*), John Locke (*Segundo ensayo sobre el gobierno civil*) y Jean Jacques Rousseau (*El Contrato Social*). Más tarde, el liberalismo filosófico racional tuvo como gran teórico de este concepto a Immanuel Kant (*Teoría y práctica: De la relación entre teoría y práctica en el Derecho político [Contra Hobbes]*) y, en su etapa más madura, a John Rawls (*Teoría de la justicia*), Robert Nozick (*Estado, anarquía y utopía*) y James Buchanan (*Los límites de la libertad: Entre la anarquía y el leviatán*). Sin ser exactamente un liberal, puede considerarse como neocontractualista a Jürgen Habermas, especialmente por su obra *Facticidad y Validez*.

humanos, pretendió que la persona fuera la gestora de su propio destino, sin esperar ayuda alguna de un ser trascendente a él.

Así entonces, al desprenderse del ser trascendente, la sociedad inauguró un nuevo hito en la historia de la humanidad, denominado Modernidad, la cual tiene por característica esencial que aquella, en un construirse y deconstruirse permanente, genera su propio horizonte de vida. Por virtud de tal resultado, el Estado deja de ser una categoría mental, una ficción, para convertirse en la organización dinámica y estable de una población políticamente soberana asentada en un territorio, y que solo es concebible como el resultado de la voluntad humana para crear y recrear esa nueva realidad; por tanto, es la dinámica humana la que define, delimita, potencia o demerita la organización como tal y como finalidad social.

Lo anterior, por cuanto un orden específico que conduzca al desarrollo, enfrentado a la seguridad —que también genera desarrollo—, sólo tiene sentido, al decir de Aristóteles en su *Política*, en una organización política que funcione por la persona y en función de ella, y cuya finalidad sea la felicidad de todos.

De otro lado, hablar de la persona es tanto como aprehender en una fórmula gramatical un ente fenoménico que trasciende su condición biológica a esferas más importantes de su simple condición material, ya que solo es admisible entenderla como pluralidad de aspiraciones y sentimientos. Razón, conciencia y sueños son las características de la persona que requiere, entonces, de un espacio material para su realización.

La razón, al decir de Kant, es un ejercicio objetivo y exclusivo, personalísimo, de cada quien, que permite vislumbrar su pertenencia al *reino de los fines*, entendido éste como “el enlace sistemático de distintos seres racionales por leyes comunes” (1996: 197). Por ello, para Kant:

Un ser racional pertenece al reino de los fines como *miembro* cuando es en él universalmente legislador, ciertamente, pero también está sometido él mismo a esas leyes. Pertenece a él como *cabeza* cuando como legislador no está sometido a la voluntad de otro.

Un ser racional tiene que considerarse siempre como legislador en un reino de fines posible por la libertad de la voluntad, ya sea como miembro, ya sea como cabeza. Pero no puede ocupar el lugar del último meramente por la máxima de su voluntad, sino sólo cuando es un ser completamente independiente, sin necesidades ni limitaciones de su facultad adecuada a la voluntad. (1996: 197-198)

Conciencia de persona es el autorreconocimiento de una serie de atributos propios de su esencia natural, lo que constituye un conjunto de anhelos morales llamados derechos que complementan su materialidad física y que hacen de ella un ser integral. Estos derechos, al decir de Pérez Luño, son un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (1995: 48).

La dignidad es un elemento fundamental para la persona humana, en el entendido de que ella es un amplificador de su existencia humana. En efecto, la dignidad se expresa a partir del autorreconocimiento personal que cada uno de nosotros hace de su propia integridad, a fin de que los demás nos reconozcan y nos traten como nosotros queremos. Empero, para que esto acontezca, es necesario racionalizar nuestra propia existencia en la forma como lo prescribió Kant en su segundo imperativo categórico: “Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio” (1996: 189).

La dignidad humana, entonces, se encuentra en lo más profundo de nuestra estructura vital y moral individual, pero trascendente a los demás; es decir, la dignidad es el sustrato de lo más recio de la privacidad de cada quien, pero que se adentra en la esfera de lo público. Este reconocimiento externo, existencia social de la individualidad, es lo que impulsa las luchas por el reconocimiento social y político, al decir de Honneth (1997). La dignidad constituye, pues, lo que se ha denominado *conciencia moral* y, por ello, su desconocimiento afecta tanto.

Siguiendo a Pérez Luño, otro atributo inherente a la condición humana es la libertad. Esta habrá de entenderse como la aptitud para sentirse y actuar como independiente de injerencias externas; la libertad, entonces, no es solo la ausencia de coacción externa —como la concibió Mill (1997: 103 y ss.)—, sino también la ausencia de dependencias ajenas de la voluntad propia y, sobre todo, sentirse así para actuar en consecuencia; es decir, la libertad tiene que conjugar sus dos esferas, al decir de Berlin (2000: 220 y ss.): la positiva y la negativa. Si el anterior atributo —la dignidad— es esencial, este no es menos importante.

Finalmente, y para terminar con el concepto del profesor Pérez Luño, el otro atributo básico de la persona es la igualdad. Esta habrá de entenderse como el reconocimiento de la diferencia y no como la posibilidad de homogeneizarnos

indiscriminadamente. La naturaleza nos hizo diferentes en todos los aspectos; no obstante, desde la moral, la filosofía, la política y el Derecho, lo que se impone es que todos nacemos iguales en derechos y oportunidades, y también ante la vida.

El mundo individual tiene razón en la esfera de lo público sólo si la organización humana puede gobernarse por sí misma; por ello, la democracia —como forma de gobierno— es una de las tres formas clásicas más antiguas, que existió y alcanzó su esplendor en la Atenas antigua bajo el gobierno de Pericles.<sup>3</sup> Sin embargo, la Modernidad ha hecho de ella un sistema que poco a poco se aleja de la realidad de la polis griega (Cánfora, 2002), desvirtuando su contenido a tal punto que en muchos casos se la utiliza para desorientar y manipular al pueblo (Martín Seco, 1998: 41-62). De allí que se hable, como reacción a tan variadas aplicaciones de ella, de una particular *democracia crítica* (Zagrebelky, 1996: 102 y ss.). Todo lo anterior es consecuencia de la particular forma como se la concibe (Bovero, 2002).

La democracia, cuyo fundamento original es la igualdad (Tovar, 2003; Tovar y Duque, 2003: 105-184), puede definirse como la forma de gobierno resultado del ejercicio de la participación del pueblo en la toma de decisiones que lo afectan, con carácter de obligatorias para todos; es decir, la democracia es una forma dinámica de vida, individual y colectiva, que pretende alcanzar mejores condiciones de existencia a través de un gobierno responsable, responsablemente elegido, que requiere ser controlado jurídica, política y socialmente.

Lo anterior significa que la persona, al entrar a la esfera política para determinar la forma de gobierno, debe actuar no solo con razón, sino, sobre todo, con autonomía, es decir, libre de dependencias de índole instintiva, externas (ajenas) o materiales (el mercado), por cuanto la autonomía implica, retomando a Kant, la manifestación de la voluntad como el principio supremo de la moralidad, lo que significa que “[l]a autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de la autonomía es, así pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal” (Kant, 1996: 211).

---

<sup>3</sup> Desde Platón y Aristóteles se definieron las formas de gobierno entre monarquía, aristocracia y democracia, cada una de las cuales presenta un estado crítico o de disolución: dictadura, oligarquía y olocracia. En cuanto a la democracia, véanse, entre otros, a Requejo Coll (1994), Musti (2000) y Dunn (1995).

Lo anterior, por cuanto etimológicamente *autonomía* es la unión de dos vocablos griegos: *Autós* = por sí solo, y *Nomos* = norma, ley; es decir, un ser autónomo es aquel que es capaz de darse a sí mismo las leyes que lo gobernarán. Por ello, la democracia es un ejercicio de autonomía, de seres capaces de formular un proyecto de vida colectivo en donde se materialicen los distintos proyectos de vida individuales o, como dijo Rawls, donde sean compatibles los *diferentes estilos de vida buena* (Rawls, 1995).

Volviendo al texto en comento, la tesis de los autores es osada, por decir lo menos, no tanto por afirmar que en la vida institucional y democrática de Colombia ha habido un desplazamiento de unos actores sociales y políticos — los partidos políticos— por un agente privado —los medios masivos de comunicación social—, algo de suyo sumamente grave, sino porque afirman que estos *distorsionan* el espectro político e *imponen hegemónicamente su propia agenda*, afirmación mucho más letal que la anterior. Esto equivale a manifestar que la mutación dada en Colombia violenta la persona y sus atributos, en especial su individualidad y su autonomía, y, de contera, arrasa con la democracia.

Con el fin de confirmar su tesis, los autores no ahorran esfuerzo alguno para conceptualizar una nueva visión de la democracia (la democracia radical, como un ideal); los partidos políticos y su papel en las democracias —y en la de Colombia en particular—; los medios masivos de comunicación y su finalidad; la relación entre estos y la democracia, y el concepto de *mediadores* políticos y las políticas públicas. Todo este acervo conceptual es el sustento de sus conclusiones.

Como apoyo académico para sus análisis, los autores se fundamentan no solo en una amplia bibliografía de reconocidos tratadistas internacionales, sino en las publicaciones de los renombrados diarios nacionales *El Tiempo*, *El Espectador* y *El País*.

Ahora bien, si lo anterior es el escenario académico en el que se desenvuelve la obra, ¿cuál es el mérito de la misma? La importancia del texto consiste en ser una seria, fina e ingeniosa crítica a los partidos políticos y, por tanto, a la democracia colombiana y sus gestores (el pueblo), por cuanto han abandonado las banderas reales y responsables de la participación y de compromiso conjunto de todos para con todos en la búsqueda de mejores condiciones de vida, para reemplazarlas por el interés particular, así este sea grupal y no individual. Como si lo anterior fuera de poca monta, el valor agregado del

estudio comentado consiste en que éste se convierte en protesta académica valerosa a tal panorama.

Los autores describen y estudian la forma en la que los partidos políticos fueron abandonando sus propias banderas e ideologías, para convertirse en actores mudos, inmóviles y ausentes frente a la realidad nacional. Como consecuencia de tal ausencia, y ante la necesidad ínsita de la sociedad de orientación y guía, surgió un actor privado, con fines e intereses particulares, que pretende llenar tal vacío; dicho en otras palabras, los autores plantean que los medios de comunicación social, que tienen intereses muy puntuales y que buscan su propio engrandecimiento, han copado los espacios dejados por los partidos políticos, con las graves consecuencias que ello implica y que los autores califican de distorsión del espectro político y de imposición hegemónica de una agenda privada que no busca el interés general.

La política, entonces, al decir de los autores, dejó de ser el espacio en donde se discuten los problemas cruciales de la población, para pasar a ser el escenario donde los medios de comunicación, a través de sus informaciones, generan una nueva imagen de lo que sucede en la realidad y, de paso, satisfacen sus propios intereses. La creación de nuevos imaginarios sociales es, tal vez, lo más dramático de esta nueva y peligrosa realidad; el bien común es desplazado por el ideal de vida propagado, básicamente, por la televisión.

El anterior panorama se torna más preocupante y letal cuando los medios masivos de comunicación hacen eco indiscriminado y sin crítica alguna de las políticas del Gobierno Nacional. Lo más grave de tal fenómeno, según los autores, es la adhesión casi servil a la política de seguridad democrática del Gobierno Nacional, pues ella constituye una cortina de humo que impide a la población ver sus graves, urgentes y estructurales necesidades, y el nuevo imaginario social producido por los medios masivos de comunicación la aliena cada vez más, hasta el punto del delirio de considerar al Presidente como el Mesías salvador de Colombia, por fuera del cual no existe futuro.

El discurso presidencial de hacer la guerra para conseguir la paz es una posición unidireccional, equivocada y sumamente peligrosa, pues, aunque evidentemente en la historia de la humanidad existen múltiples ejemplos de que la guerra ha sido la partera de la paz, de pueblos y de su identidad política y social, también es evidente que dicha realidad es hoy un negocio que beneficia a los productores de armas, a los negociantes, a los Gobiernos — involucrados o no en ella— y a las grandes empresas.

De lo anterior se colige que pensar el orden per se, y la seguridad por sí misma, es desvirtuar la dinámica y dialéctica relación entre persona y organización política, vaciarles su contenido, instrumentalizarlos de tal forma que haría nugatoria su propia esencia. Por ello, es menester vincular tales conceptos a una finalidad específica, y esta finalidad —tal y como lo afirmara nuevamente el estagirita en la *Ética a Nicómaco*— solo tiene materialidad fenoménica en la medida en que cada uno por separado, y ambos en estrecha integración, produzcan desarrollo social.

En el discurso presidencial, la seguridad es el medio para conseguir la paz, pero la paz no puede seguir entendiéndose como la *pax romana* o como el silencio de los fusiles o de los cementerios; hoy más que nunca, la paz es un concepto dinámico y complejo que abarca las esferas de la política, la economía, el Derecho y las relaciones sociales.

La paz, al decir del texto constitucional colombiano, *es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento* (artículo 22 de la C.P.). Ahora bien, yo puedo leer dicha norma de la siguiente manera: *la paz es un derecho de obligatorio cumplimiento*, lo cual significa que ella es un atributo individualísimo y que comienza, por tanto, en cada uno de nosotros; es, en otras palabras, la obligación moral individual del sosiego interno. Así mismo, puedo leer que *la paz es un deber de obligatorio cumplimiento*, lo que equivale a decir que cada uno de nosotros es deudor de ella respecto del otro; es decir, la paz, como todos los derechos, es relacional. La pregunta lógica es: ¿cómo voy a darle paz a otro si no la tengo en lo personal? Esta afirmación me recuerda el aforismo latino: *nadie da de lo que no tiene*, con lo que los antiguos romanos nos significaron que todo comienza en el interior de cada uno de nosotros.

Si la paz —a través de una política como la de seguridad democrática— se torna en bandera política, todos debemos estar alertas y, en especial, los que ejercen el derecho a comunicar noticias. En tal sentido, la aguda crítica de los autores a los medios masivos de comunicación no es desacertada y, por el contrario, adquiere una importancia vital para la vida institucional colombiana, como quiera que se convierte en una potente protesta, desde la academia, por lo que no deben ser y hacer los medios masivos de comunicación, los partidos políticos, el gobierno y la ciudadanía en general.

Cuando los medios masivos de comunicación en Colombia hacen eco al unisono de la política de seguridad democrática y sus *resultados*, con tal comportamiento están generando un unanimismo fatal en la sociedad colombiana y nos están alejando cada vez más de llegar a ser una sociedad moderna y pluralista, tal como lo predica el texto constitucional.

Ahora bien, ¿cuál será la posible solución a esta aporía política? Una democracia de nuevo cuño, basada en un ciudadano realmente comprometido consigo mismo y con la comunidad, concepto acorde con el significado de su más rancia y pura acepción: pertenencia a la ciudad. Esta pertenencia, en la Modernidad actual, tiene consecuencias concretas, que hacen de la expresión un vocablo de fuerte significación.

Al decir de Zapata-Barrero (2001), la ciudadanía hoy ha de concebirse como una estrecha vinculación con la democracia y con el pluralismo cultural. Por lo anterior, la dinámica de la ciudadanía es la dinámica de la participación en la práctica de tomar decisiones en cuanto afecten a la comunidad; esto quiere decir que la ciudadanía no es un concepto estático sino totalmente dinámico, productor de urdimbre social, de convivencia, porque constituye la historia de los pueblos posibles e imposibles, al decir de Quiroga y otros (2001).

Para el Estado Social de Derecho colombiano, estudios como el aquí presentado se tornan de vital importancia porque se requiere que todos participemos en función y control de todos, máxime cuando en el texto constitucional se pregona de los medios masivos de comunicación una responsabilidad social y, de todos aquellos que podemos ejercer el derecho a la libre expresión, el deber de realizar esta tarea en forma oportuna y veraz (artículo 20 de la C.P.), porque el Estado es un orden convencional por excelencia y la persona es desarrollo por antonomasia, y ambos crecen conjuntamente. Esto significa que solo personas autónomas, razonables y dignas, en un Estado, propician que su democracia crezca y se dinamice en el mundo altamente globalizado de hoy, en donde las fronteras cada día pierden más su razón de ser y producen un Estado autónomo, razonable y digno.

### **Bibliografía**

- Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza (2000).
- Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia*. Madrid: Trotta (2002).
- Cánfora, Luciano. *Crítica de la retórica democrática*. Barcelona: Crítica (2002).
- Dunn, John. *Democracia: El viaje inacabado (508 a.C.-1993 d.C.)*. Barcelona: Tusquets (1995).
- Honneth, Axel. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica (1997).
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de la costumbres*. Barcelona: Ariel (1996).
- Lukács, Georg. *El joven Hegel*. Madrid: Grijalbo (1976).
- Martín Seco, Juan Francisco. *Réquiem por la soberanía popular. Diálogos de Maquiavelo y Rousseau sobre la sociedad actual*. Madrid: Temas de Hoy (1998).
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza (1997).

- Musti, Domenico. *Demokratía. Orígenes de una idea*. Madrid: Alianza Editorial (2000).
- Pérez Luño, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (5 Ed.). Madrid: Tecnos (1995).
- Quiroga, Hugo et al (Eds). *Filosofías de la ciudadanía: Sujeto político y democracia* (2 Ed.). Rosario, Santa Fe, Argentina: HomoSapiens (2001).
- Rawls, John. *Teoría de la justicia* (2 Ed.). México: Fondo de Cultura Económica (1995).
- Requejo Coll, Ferrán. *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Barcelona: Ariel (1994).
- Tovar, Luis Freddyur. *Democracia y Constitución Política: Entre la Participación y la Representación*. Cali: Corporación Universitaria Autónoma de Occidente (2003).
- Tovar, Luis Freddyur y Óscar Duque Sandoval. *Derecho de la excepcionalidad constitucional: De los derechos del hombre al orden constitucional*. Cali: Universidad de San Buenaventura (2003).
- Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel (1996).
- Zapata-Barrero, Ricard. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: Hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos (2001).

Luis Freddyur Tovar  
Pontificia Universidad Javeriana - Cali

**Daza Martínez, Jesús y Victoriano Saiz López.** *Iniciación al estudio histórico del derecho romano: Comentario de textos, análisis de casos y test de comprensión.* Valencia: Tirant Lo Blanch (1995), 319 pp.

**Fernández Barreiro, Alejandrino y Ramón Rodríguez Montero.** *Cuestiones y casos prácticos de derecho romano.* Valencia: Tirant Lo Blanch (1995), 133 pp.

**Gómez Royo, Enrique et al** (coordinadores y coautores). *Prácticas de derecho romano.* Valencia: Tirant Lo Blanch (2002), 166 pp.

**Frier, Bruce W.** *A Casebook on the Roman Law of Delict.* Atlanta: Scholars Press (1989), 267 pp.

**Frier, Bruce W. y Thomas A. J. McGinn.** *A Casebook on Roman Family Law.* Oxford: Oxford University Press (2004), 506 pp.

**Miquel, Juan.** *Quaestiones: Docencia del Derecho a través del casuismo romano.* Barcelona: Ariel (1985), 201 pp.

Una manera vívida de enseñar el derecho romano consiste en hablar del sistema como si aún fuera eficaz, discutir la validez de sus reglas particulares, y resolver problemas sobre la base de sus propios criterios.

H. L. A. Hart (1994: 104)<sup>1</sup>

La mayoría de los libros sobre derecho romano dirigidos al público universitario tiende a entrar en un molde que podríamos llamar el “manual de derecho romano”. El modelo es difundido y transnacional. Encontramos manuales en Colombia (González, 2003; Medellín, 2000; Valencia, 1986), en Chile (Guzmán, 2001), en Argentina (Di Pietro, 2001; Di Pietro y Lapieza Elli, 1999), en Francia (Petit, 1963), en México (Padilla, 2004), en Alemania (Jörs y Kunkel, 1937), en España (García Garrido, 2005; Iglesias, 1999; Panero, 1997), y en Inglaterra (Borkowski, 1997; Nicholas, 1962), entre otros.

Detengámonos en la estructura típica del manual. En libros de este tipo, los lectores saben que encontrarán una presentación sinóptica del derecho romano, y generalmente del derecho privado romano. Es usual que la exposición parta de la historia política y jurídica romana, y continúe, en su orden, con el derecho de las personas, de los bienes, de las obligaciones, de la familia, y de las sucesiones. Algunos autores modifican el orden de presentación, pero las desviaciones son menores. La división temática refleja la que encontramos en

---

<sup>1</sup> Todas las citas de textos escritos en inglés, y mencionados en la bibliografía en su idioma original, son traducciones propias.

los *Comentarios a las Instituciones* de Gayo, en las *Instituciones* de Justiniano, y en los códigos civiles modernos.

Es normal que los manuales se concentren en instituciones o figuras jurídicas, y las describan en diversos grados de detalle. Por ejemplo, si quiero saber en qué consistía la usucapión en el derecho romano, me dirijo al capítulo sobre bienes, busco usualmente una sección sobre los modos de adquirir el dominio, y en ella encuentro la usucapión. La persona acostumbrada a consultar estas obras puede predecir con escaso margen de error la ubicación de una figura dentro del texto.

La estructura recurrente de estas obras tiende a generar una mirada tipo manual del derecho romano. Una pregunta tomada de un examen estatal colombiano de final de carrera universitaria<sup>2</sup> es una clara expresión de esta percepción. La pregunta dice:

24. El contrato de compraventa según el Derecho Romano era
- A. per aes et libram
  - B. solemne
  - C. real
  - D. consensual
  - E. literis

Si queremos una respuesta rápida, la tendremos de inmediato en cualquiera de los manuales. Los contratos se ubican en los capítulos dedicados a las obligaciones, y basta abrir el índice de un manual muy conocido en Colombia (Medellín, 2000) para ver que el contrato de compraventa era un contrato consensual (Medellín, 2000: 242-251).

Esta no es una respuesta imprecisa, pero sí saca a relucir un problema con los manuales: tienden a producir la impresión de que el derecho romano fue un sistema jurídico monolítico y completo, a imagen y semejanza de la manera en que se autoperciben los sistemas jurídicos modernos. Observemos que la pregunta habla del “Derecho Romano,” sin mayores distinciones de tiempo y lugar. Desde esta perspectiva es fácil olvidar que el negocio de la compraventa experimentó marcados cambios durante la vigencia del “Derecho Romano,” y que, como lo señalan los propios Medellín, en una de sus fases “era una especie de contrato real” (2000: 242). Di Pietro complementa este punto: “La aparición de la compraventa (*emptio venditio*) como figura propiamente

---

<sup>2</sup> El examen se conoce por la sigla ECAES. La pregunta es tomada de la primera sesión del examen para los estudiantes de Derecho, en el 2003.

contractual debió haber ocurrido alrededor del siglo II a.C.” (2001: 240). Es evidente que no siempre existió un todo estático llamado “contrato de compraventa,” ni un bloque invariable llamado “Derecho Romano”. ¿No hubiera sido mejor formular la pregunta así: “Para los juristas romanos del siglo III, el contrato de compraventa era...”?

Si la evolución histórica es una de las grandes perjudicadas por la visión tipo manual del derecho romano,<sup>3</sup> también lo es el carácter argumentativo de este derecho. En los manuales es usual encontrar las características de las instituciones esbozadas en forma de reglas. Eso se suma al hecho de que, para un lector moderno, es natural tomar como referente los órganos a los que estamos acostumbrados, es decir, instituciones con potestad legislativa dictando reglas de obligatorio cumplimiento.

Esta aproximación opaca el carácter argumentativo y dialogado del derecho romano, que tendía a filtrarse por agudas discusiones de juristas sobre casos puntuales. A muchos lectores les causa desconcierto no encontrar en los textos originales romanos una definición de la propiedad o de la sucesión. Además, para aquellos juristas curtidos en el derecho moderno, es desorientante enfrentar una obra como el *Digesto*, que resulta polifónica y hasta cacofónica, aun después de la intensa labor de armonización que ordenó Justiniano. Es innegable que de estas discusiones entre juristas surgieron las reglas generales que nutren muchos de los códigos civiles modernos. En vista de este proceso, no es gratuito que Frier y McGinn —los autores de un texto casuístico de derecho romano (*A Casebook on Roman Family Law*)— les recomienden a sus estudiantes que lean el libro *An Introduction to Legal Reasoning*, de Edward Levi, una breve pero contundente exposición de la forma en la que los conceptos jurídicos se forjan en la caldera de los casos concretos.

Antes de continuar debo aclarar que los párrafos anteriores en ningún modo pretenden despreciar los libros que se ajustan al modelo del manual de derecho romano. Por el contrario, considero que son libros muy valiosos, y le rinden un

---

<sup>3</sup> Existen bienvenidas excepciones al problema de la falta de dimensión histórica en los manuales. Los textos de Rascón García (1992) y de Kunkel (1994), por ejemplo, no dividen el derecho romano según los temas jurídicos sino que lo hacen, principalmente, de acuerdo con los momentos históricos. Esto no quiere decir que las obras con divisiones temáticas sean necesariamente hostiles hacia los procesos históricos; por ejemplo, el manual de Jörs y Kunkel (1937), a pesar de organizarse según el listado conocido de temas, tiene una percepción muy firme de la maleabilidad y adaptabilidad de las instituciones. También deberíamos destacar, casi en una categoría aparte, otros textos que hacen mayor énfasis en la sociedad romana, como los de Crook (1967) y de Johnston (1999), y en general una interesante serie de libros sobre temas específicos que ha publicado Oxford University Press (p. ej., Arjava, 1996; Grubbs, 1999).

gran tributo al genio organizativo de los romanos. Sin embargo, los manuales han desarrollado una forma de entender el derecho romano que adolece de los problemas ya señalados.

Además, los manuales han invitado a dejar a un lado la construcción dialogada de las reglas jurídicas romanas y no han constituido las mejores herramientas didácticas en los cursos sobre la materia. Es cierto que algunos manuales, reconociendo que la mayoría de su público se encuentra reunido en clases universitarias, han incorporado preguntas que buscan ser ayudas a la enseñanza; no obstante, estos destellos son excepcionales.<sup>4</sup> En las páginas que siguen destacaré algunos textos que, por el contrario, han contrarrestado decididamente la tendencia impuesta por los manuales tradicionales. Ellos logran el cambio por distintos medios: algunos se valen de casos sobre los cuales plantean preguntas de discusión, otros se apoyan en abundantes preguntas para cada capítulo, y uno ofrece preguntas y respuestas que interactúan con el lector. Reseñaré brevemente seis de estas obras, buscando invitar a profesores, estudiantes, y en general a los curiosos para que exploren nuevas maneras de abordar el estudio del derecho romano. Los libros seleccionados ilustran muy bien la propuesta de Hart que sirve como epígrafe de este escrito.

**1. Daza Martínez, Jesús y Victoriano Saiz López. *Iniciación al estudio histórico del derecho romano: Comentario de textos, análisis de casos y test de comprensión*. Valencia: Tirant Lo Blanch (1995), 319 pp.**

Este libro constituye un buen ejemplo de una obra híbrida entre los manuales de derecho romano y los demás textos aquí reseñados. Para empezar, el libro conserva el orden de exposición de los manuales, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, al derecho de personas, al derecho de cosas (subdividido en temas que hoy catalogaríamos como bienes, obligaciones, y sucesiones), y al derecho de acciones.

---

<sup>4</sup> Entre las obras colombianas, destaco el *Manual de derecho romano* de Emilssen González (2003), en concreto por el tercer capítulo (2003: 145-223), sobre el procedimiento civil romano, que viene dotado de un útil aparato didáctico. Al final de ese capítulo el lector encuentra 32 preguntas acerca del procedimiento romano, que dinamizan el proceso de aprendizaje y han demostrado ser de gran ayuda en clase. Otro libro que merece una distinción semejante es *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, de los profesores mexicanos Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma (2000). Cada capítulo del libro concluye con una enunciación de los objetivos de enseñanza y con un cuestionario. Además, la obra se apoya en mapas, esquemas, y cuatro apéndices: una cronología, una tabla de juristas romanos, una tabla de emperadores romanos, y una tabla de papas.

Dentro de cada capítulo, los autores crean divisiones dedicadas a un tema: por ejemplo, el derecho de personas incluye una subsección llamada “El problema de la esclavitud en Derecho romano,” y el derecho sucesoral contiene una subsección denominada “Análisis del testamento”. Cada una de estas divisiones termina con un cuestionario, en el que predominan las preguntas de selección múltiple y que opera generalmente como un minucioso control de lectura.

Con esta estructura, una de las fortalezas de la obra es la facultad de guiar al lector a través de escritos breves sobre temas importantes del derecho romano, ofreciéndole preguntas puntuales para evaluar su comprensión. Otra de las fortalezas del libro es su fuerte énfasis en los textos romanos originales, que irrigan la obra permanentemente. De hecho, los ejercicios finales del libro les piden a los lectores identificar, en una lista, los epígrafes correspondientes a una serie de textos jurídicos romanos; es, claramente, una manera de invitar a los lectores a confrontar el material primario y resumir su contenido. El grado de participación de los lectores de esta *Iniciación* es, pues, mucho mayor que en los manuales tradicionales, lo que constituye un logro valioso.

**2. Fernández Barreiro, Alejandrino y Ramón Rodríguez Montero. *Cuestiones y casos prácticos de derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch (1995), 133 pp.**

No obstante la generalidad del título, y a pesar de que termina con referencias breves a otros cuerpos de derecho, este es un libro sobre el derecho romano de las obligaciones. El libro se divide en dos grandes secciones: la primera se llama “Jurisprudencia: Derecho de obligaciones,” y la segunda, “Cuestiones”.

En la primera sección, que ocupa casi toda la obra, encontramos cinco capítulos, cada uno correspondiente a un tema general del derecho de las obligaciones. Los capítulos están divididos en casos (60 en todo el libro), y cada caso explora un asunto o problema. Así, el tercer capítulo se titula “Negocios Atípicos: Tipificación de nuevas figuras causales,” y el caso 38, incluido en ese capítulo, se identifica como “Incumplimiento de convenio de permuta”. Los casos tienden a ajustarse a un mismo patrón. Empezamos leyendo la descripción de un problema; uno de ellos, tal vez el más breve del libro, dice: “Cayo pidió a Ticio una cantidad de dinero en préstamo. No disponiendo Ticio de la suma solicitada por Cayo, le entregó un lingote de oro para que lo vendiera y se quedase en concepto de préstamo con el dinero obtenido” (1995: 19). A la descripción le siguen tres elementos: citas de algunos textos jurídicos romanos que son útiles para abordar el problema, una o más preguntas abiertas, y una bibliografía mínima sobre el problema tratado.

La segunda sección es más breve, y recoge un total de quinientas preguntas abiertas sobre diferentes ramas del derecho romano, desde “Conceptos generales” en la primera división hasta “Derecho de sucesiones” en la sexta y última. En esta sección encontramos, por ejemplo, las siguientes preguntas: “¿Qué diferencias presenta el régimen de representación directa e indirecta en los actos negociales?” (No. 19), “¿Entre quiénes existe parentesco de afinidad?” (No. 105), y “¿Qué pactos específicos pueden añadirse al contrato de compraventa?” (No. 335)

El texto no incluye comentarios de los autores sobre los problemas, ni tampoco respuestas u otro material de apoyo. Su principal virtud reside en confrontar problemas fácticos detallados y completos con textos jurídicos originales; el proceso está mediado por preguntas que buscan subrayar los elementos relevantes. Un estudiante haría mal en limitar su estudio del derecho de las obligaciones a este texto, pero haría bien en usarlo para enriquecer y complementar su aprendizaje.

**3. Gómez Royo, Enrique et al (coordinadores y coautores). *Prácticas de derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch (2002), 166 pp.**

Este libro resulta del esfuerzo de sus autores, profesores de derecho romano, por enseñar los conceptos jurídicos romanos de manera “lúdica y didáctica” (2002: 13). El texto está dividido en cuatro partes principales: material introductorio, casos de derechos reales, casos de obligaciones, y casos de derecho hereditario.

El material introductorio consta de dos secciones breves: por un lado, consideraciones sobre la formación de la ciencia jurídica en Roma, y, por otro, textos primarios sobre la organización política y jurídica. En la primera de estas secciones, los autores describen rasgos generales de las distintas fases del desarrollo jurídico romano, desde el Colegio de los Pontífices hasta el derecho justinianeo.

Los casos responden a una misma estructura: los hechos están normalmente recogidos en un párrafo conciso, al que le sigue una serie de diez preguntas en promedio. Una particularidad de la narración de los hechos es que, a diferencia de los problemas recogidos en *Cuestiones y casos prácticos de derecho romano* y también en otros textos, los casos no siempre se desarrollan en la Roma histórica: entre otros ejemplos, los casos 2 y 35 hablan de euros y el caso 55 de una persona motorizada. A lo largo del libro, las primeras tres preguntas son: qué personas intervienen en el caso y qué función desempeñan;

qué instituciones jurídicas aparecen; y cuál es el *quid iuris*, o cuestión jurídica básica del caso. La última de las cuestiones tiende a requerir la opinión jurídica del estudiante sobre el problema. Muchas de las demás preguntas son conceptuales, como las siguientes: “Concepto de servidumbre y clasificaciones” (2002: 63), y “Concepto de hurto en Roma según las distintas épocas” (2002: 120).

La generalidad y el contenido conceptual de las preguntas ponen en evidencia un inconveniente del texto: las preguntas estrictamente conceptuales pueden sobrevivir por fuera del marco de un caso, y es dentro de este marco que esperaríamos que la enseñanza casuística se inscribiera. No obstante, el libro constituye un importante esfuerzo por acercar los problemas jurídicos del derecho romano a sus estudiantes modernos. Al no incluir respuestas, y al optar por una buena cantidad de preguntas de respuestas largas y detalladas, el libro supone el apoyo constante del instructor. Usado así, como un punto de partida para discusiones en clase y como fuente de talleres, *Prácticas de derecho romano* cumple a cabalidad su compromiso de *ludere discendo y discere ludendo*.

**4. Frier, Bruce W. *A Casebook on the Roman Law of Delict*. Atlanta: Scholars Press (1989), 267 pp.**

Este libro constituye una excelente incursión en el derecho romano de la responsabilidad civil, y en particular de los delitos civiles, a partir de textos romanos originales. El libro está dividido en siete capítulos, desde la redacción de la Ley Aquilia (capítulo 1°) hasta los cuasidelitos (capítulo 7°). Cada uno de ellos está subdividido en partes, que a su vez se fraccionan en secciones. Por ejemplo, el capítulo sobre “Otros delitos mayores” (capítulo 5°) tiene dos partes: *furtum e iniuria*. Los autores introducen muchas de las partes con una o dos páginas sobre los principales conceptos y problemas involucrados. Así, la introducción a la parte B (“Los estándares del cuidado: Culpa y dolo”) del capítulo 2° (“Los elementos de la responsabilidad aquiliana”) reseña la diferencia entre culpa y dolo, y explora las asociaciones entre los criterios objetivos y subjetivos de la culpa, por un lado, y las finalidades punitiva o compensatoria de la sanción, por otro.

El libro recoge un total de 171 casos, los verdaderos protagonistas de la obra. El planteamiento de los casos es relativamente uniforme: encontramos un texto primario, en latín, seguido de su traducción al inglés. En muchas oportunidades, a la traducción le sigue una formulación del cuestionamiento que se hace el texto, redactado como un problema hipotético: por ejemplo, el Caso 11, llamado “Golpear monedas sujetas en una mano,” abre con una cita

de Ulpiano (*Digesto* 9.2.27.21), y contiene el siguiente problema hipotético: “Ticio golpea mi mano, y hace caer al fondo del Río Tíber las monedas que yo guardaba en ella. Los esfuerzos por recuperarlas fracasan. ¿Qué acción puedo interponer?” (1989: 20). El caso concluye con una serie de preguntas, de contenido distinto: algunas buscan interpretaciones concretas del texto primario, otras estimulan la discusión sobre situaciones análogas, y otras invitan a los lectores a reflexionar sobre los problemas sociales, morales, y políticos implícitos en las decisiones jurídicas.

El texto se complementa con breves biografías de los principales juristas, un glosario de selectos términos jurídicos romanos, y una bibliografía. No incluye respuestas, aunque algunas de las preguntas, especialmente las más generales, se responden a sí mismas.

Con esta combinación de material moderno y antiguo, el *Casebook* es una aproximación muy organizada y completa al derecho delictual romano. El libro motivará a los estudiantes a pensar un problema desde ópticas distintas, y será un excelente mapa de navegación a través del denso mundo de las fuentes primarias romanas. No obstante, el uso verdaderamente efectivo del libro requerirá de la presencia activa de un experto, que complemente las discusiones puntuales con una visión más amplia de las instituciones jurídicas romanas. Aunque incluir respuestas hubiera alargado la obra, contribuiría enormemente a que el libro pudiera ser utilizado de manera directa por lectores dedicados. La variedad y el grado de elaboración de las preguntas son encomiables.

**5. Frier, Bruce W. y Thomas A. J. McGinn. *A Casebook on Roman Family Law*. Oxford: Oxford University Press (2004), 506 pp.**

En esta obra, los autores aplican todas las virtudes del previo *Casebook* a una rama del derecho distinta: el derecho de familia. La sensación de continuidad entre ambos textos es notoria, y se refleja, por ejemplo, en el hecho de que el prefacio de ambos sea casi idéntico. También en este *Casebook* los capítulos se dividen en partes, y las partes en secciones, pero recogen un total de 235 casos. Los capítulos son cinco: Conceptos básicos, Matrimonio, *Patria potestas*, Sucesión, y La tutela y el estatus de los niños y las mujeres. Un capítulo largo, como el de matrimonio, se divide en cuatro partes: Contraer matrimonio, Otros aspectos del proceso de matrimonio (los esponsales y la dote), El régimen matrimonial, y El fin del matrimonio. El libro es, pues, completo en su tratamiento del derecho de familia.

Los casos conservan la misma estructura señalada con respecto al *Casebook* anterior. Sin embargo, las situaciones hipotéticas hacen menor presencia en esta obra, y muchas de las preguntas operan como puntos de discusión o de análisis. Por ejemplo, la tercera pregunta sobre el Caso 75 (“Divorcio Libre”) dice: “A pesar de que ambas partes gozan de poder casi irrestricto para divorciarse, la noción de culpa no estaba ausente en el derecho romano. Una parte que repudia sin causa un matrimonio, o que proporciona una causa justa de divorcio para la otra parte, puede perder derechos valiosos con respecto a la dote; ver Caso 83” (2004: 160).

Este cambio de énfasis en la orientación de las preguntas de hecho contribuye a que una persona pueda sentarse a leer el libro por fuera de las discusiones dirigidas de un salón de clase. En este sentido, este *Casebook* constituye una valiosa herramienta para estudiar el derecho de familia romano, tanto en clase como en la casa. Además de ser, de nuevo, un buen mapa de los principales textos primarios sobre el derecho de familia, este *Casebook* también incluye los anexos que encontramos en la obra anterior. En general, ambos *Casebooks* son importantes apoyos a la labor docente en las materias para las cuales fueron creados, y acercan a los lectores de manera eficaz a los textos romanos originales.

#### **6. Miquel, Juan. *Quaestiones: Docencia del Derecho a través del casuismo romano*. Barcelona: Ariel (1985), 201 pp.**

El libro de Juan Miquel es verdaderamente *sui generis*, por lo cual reservé su descripción para el final. Es importante empezar por aclarar su alcance: a pesar de que el subtítulo dice “Docencia del Derecho,” y no “Docencia del Derecho Romano,” *Quaestiones* es un libro que aborda el derecho romano —y no el derecho en general— desde el casuismo. Además, el texto se concentra en el derecho romano de los derechos reales, y no, por ejemplo, en el derecho penal o en el derecho de familia.

El libro recoge un total de 131 preguntas, organizadas en 38 casos que gozan de cierta unidad temática. Por ejemplo, el caso XI se titula “Venta de un fundo ajeno,” y el XX “Usucapión de cosa inmueble”; otras denominaciones son menos conceptuales, como la del caso XXIII: “El esclavo mentiroso”. Los lectores deben empezar por estudiar los casos, la mayoría de los cuales es bastante breve; en este sentido, el texto del caso XVIII es ilustrativo: “Ticio vende y entrega un fundo itálico de la dote de su mujer Ticia, sin el consentimiento de ésta, a Cayo” (1985: 19). A las descripciones les siguen una o más preguntas de selección múltiple, cada una con cuatro opciones de respuestas. El autor recomienda intentar responder las preguntas primero, y

luego consultar en el anexo los textos primarios de los cuales los casos del libro fueron extraídos. Una particularidad de los casos de *Quaestiones*, que explica en parte la brevedad de los relatos, es el hecho de que los problemas son tomados y adaptados de las fuentes primarias.

La mayor virtud del libro consiste en el análisis detallado que hace el autor de las preguntas: de hecho, todas las opciones de respuestas reciben algún comentario del autor en las 132 páginas de “Respuestas” que acompañan las 38 páginas de “Preguntas”. Subrayo que no existe un comentario para cada pregunta, sino para cada *opción de respuesta*, de tal manera que se traba un diálogo permanente entre las decisiones del lector y el material preparado por el autor. Miquel explica que con este diseño buscaba conciliar la masificación de la educación con la necesidad de preservar su individualización, a través de lo que identifica como el “sistema de programación ramificada” (1985: v). El lenguaje de las respuestas no siempre es el más cordial; por ejemplo, el lector que escoja la peor alternativa a la segunda pregunta del libro encontrará al autor diciéndole: “Desde luego, no podía usted elegir respuesta peor” (1985: 49). No obstante, el grado de atención y cuidado de las respuestas es excelente, y resulta valioso leer los comentarios del autor a las distintas opciones para estudiar su forma de razonar ante los diversos problemas de derechos reales. El libro debe ser leído en conjunto con un manual, como lo afirma el autor en varias oportunidades (por ejemplo: “vea [...] en cualquier manual la excepción del secuestratario” [1985: 91]). Usado así, como un complemento al estudio en los manuales de derecho romano, *Quaestiones* es una herramienta de utilidad y dinamismo sobresalientes. Merece una mención de honor, además, por ser el único de los textos aquí destacados que incluye una sección importante de respuestas; por esa razón, es el texto que más minuciosamente interactúa con los lectores y supera la estructura tradicional de los manuales.

### Bibliografía

- Arjava, Antti. *Women and Law in Late Antiquity*. Oxford: Oxford University Press (1996).
- Bernal, Beatriz y José de Jesús Ledesma. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas* (9 Ed.). México: Editorial Porrúa (2000).
- Borkowski, Andrew. *Textbook on Roman Law* (2 Ed.). Oxford: Oxford University Press (1997).
- Crook, John A. *Law and Life of Rome, 90 B.C. - A.D. 212*. Ithaca, New York: Cornell University Press (1967).
- Daza Martínez, Jesús y Victoriano Saiz López. *Iniciación al estudio histórico del derecho romano: Comentario de textos, análisis de casos y test de comprensión*. Valencia: Tirant Lo Blanch (1995).

## Reseña: Seis libros que enseñan el derecho romano desde la práctica

- Di Pietro, Alfredo. *Derecho privado romano* (2 Ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma (2001).
- Di Pietro, Alfredo y Ángel Enrique Lapieza Elli. *Manual de derecho romano* (4 Ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma (1999).
- Fernández Barreiro, Alejandrino y Ramón Rodríguez Montero. *Cuestiones y casos prácticos de derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch (1995).
- Frier, Bruce W. *A Casebook on the Roman Law of Delict*. Atlanta: Scholars Press (1989).
- Frier, Bruce W., y Thomas A. J. McGinn. *A Casebook on Roman Family Law*. Oxford: Oxford University Press (2004).
- García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho privado romano: Casos, acciones, instituciones* (14 Ed.). Madrid: Ediciones Académicas (2005).
- Gómez Royo, Enrique et al (Coord.). *Prácticas de derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch (2002).
- González de Cancino, Emilssen. *Manual de derecho romano* (6 Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003).
- Grubbs, Judith Evans. *Law and Family in Late Antiquity: The Emperor Constantine's Marriage Legislation*. Oxford: Oxford University Press (1995, 1999).
- Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho privado romano* (T. 1). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (2001).
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law* (2 Ed.). Oxford: Clarendon Press (1994).
- Iglesias, Juan. *Derecho romano* (Ed. 12). Barcelona: Editorial Ariel (1958; 1999).
- Johnston, David. *Roman Law in Context*. Cambridge: Cambridge University Press (1999).
- Jörs, Paul y Wolfgang Kunkel. *Derecho privado romano* (2 Ed.). Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor (1937).
- Kunkel, Wolfgang. *Historia del derecho romano* (4 Ed.). Trad. Juan Miquel. Barcelona: Editorial Ariel (1966; 1994).
- Medellín Aldana, Carlos et al. *Lecciones de derecho romano* (14 Ed.). Bogotá: Temis (2000).
- Miquel, Juan. *Quaestiones: Docencia del Derecho a través del casuismo romano*. Barcelona: Ariel (1985).
- Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon Press (1962).
- Padilla Sahagún, Gumesindo. *Derecho romano* (3 Ed.). México: McGraw-Hill (2004).
- Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch (1997).
- Petit, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. México DF: Editora Nacional Edinal (1963).
- Rascón García, César. *Manual de derecho romano*. Madrid: Editorial Tecnos (1992).
- Valencia Restrepo, Hernán. *Derecho Privado Romano*. Bogotá: Temis (1986).

Federico Escobar Córdoba\*  
Pontificia Universidad Javeriana - Cali

---

\* Esta reseña es una selección asociada con la introducción al libro del autor, llamado *Práctica de derecho romano* (próximo a publicarse).



## Indicaciones para enviar trabajos

---

# Criterio *Jurídico*

2008

Los artículos dirigidos a la Revista *Criterio Jurídico* serán enviados como un archivo adjunto, en formato Word para Windows, al correo electrónico [criteriojuridico@puj.edu.co](mailto:criteriojuridico@puj.edu.co). Los documentos deberán ser originales, y su extensión estará entre las 12 y las 25 páginas tamaño carta, en fuente Arial 12, espacio 1,5. Los márgenes deberán tener tres centímetros. La foliación se hace en cifras arábigas y en orden consecutivo desde la primera hasta la última página del original, y debe ir centrada en el inferior de la hoja.

Los textos deben estar exentos de atributos tales como tabulado, uso de diferentes fuentes, íconos de adorno, textos destacados en tonalidades de grises y cualquier otro aditamento que no hará parte del diseño y diagramación final.

Para identificar elementos bibliográficos en los artículos se utilizarán referencias parentéticas, de acuerdo con los ejemplos de las tablas incluidas a continuación. Las notas de pie de página deberán reservarse para notas aclaratorias; el autor las señalará con números sucesivos, y empleará el asterisco excepcionalmente, cuando la nota aclaratoria no pertenezca al texto en sí (nota del editor, fuente, otras). Si se trata de una aclaración del traductor o editor, se debe especificar, al final de la nota, entre paréntesis, así: (Nota del traductor) o (Nota del editor), sin abreviar. Al hacer una referencia bibliográfica, los autores procurarán evitar las indicaciones imprecisas, tales como: López (1999: 18 y ss.). Si hay más de una obra citada de un mismo autor dentro de un mismo año, se distinguirán añadiendo letras en minúscula junto al año, así: (Bonilla, 2006a). Esta nomenclatura deberá reflejarse en la bibliografía.

Las referencias parentéticas deberán ir acompañadas por una bibliografía al final del documento, en la que se organizan los títulos alfabéticamente. La bibliografía final será elaborada según los ejemplos que se verán más adelante en la tabla correspondiente.

Los artículos, además, deberán estar acompañados de la siguiente información:

1. Nombre completo e identificación del autor.
2. Dirección para correspondencia (física y electrónica).
3. Breve resumen de la hoja de vida.
4. Carta remisoría del trabajo, en la que se autorice su publicación, se indique el hecho de estar licenciando el uso del texto a la Pontificia Universidad Javeriana Cali, y se autoricen los cambios estilísticos y de forma considerados pertinentes por la revista, de acuerdo con sus criterios editoriales. En todo caso, este licenciamiento y estas autorizaciones se entienden realizados con la sola remisión de los trabajos.
5. Un resumen (*abstract*) en español y en inglés que no podrá exceder de 150 palabras. En este resumen se expondrán los propósitos del estudio o investigación, así como las conclusiones más importantes.
6. Palabras clave (*keywords*), que permitan la confección del índice y las entradas (descriptores) en los sistemas de indización y recuperación de la información. Cada artículo deberá incluir un mínimo de 4 y un máximo de 8 palabras clave, en español y en inglés.

Sólo se recibirán artículos que sean producto de investigación científica, reflexiones originales o de revisión del estado de la cuestión. Para la aprobación de los textos, ellos serán sometidos a arbitramento y evaluación por pares académicos externos y anónimos, quienes certificarán la originalidad y calidad del documento.

Las demás colaboraciones (notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes y reseñas), serán solicitadas directamente por la Revista.

Referencia en párrafo	Ejemplo
Idea específica o cita textual de un autor sin mencionar su nombre previo a la referencia, en una sola página	(García, 1995: 18)
Idea específica o cita textual de un autor sin mencionar su nombre previo a la referencia, en grupo de páginas	(Martínez, 1980: 18-19)
Idea global de un autor, plasmada en un libro o en un artículo completo	(López, 1986)
Idea específica o cita textual de un autor, mencionado por su nombre previo a la referencia, en una sola página	Afirma Pinzón (1970: 38)
Idea específica de un autor, mencionado por su nombre previo a la referencia, en un grupo de páginas.	Dice, por el contrario, Reyes (2004: 70-71)
Idea global de un autor, plasmada en un libro o en un artículo completo, mencionando por su nombre previo a la referencia	Explica en ese artículo Valencia (1965)

Idea específica o cita textual de dos autores	(Valencia y Ortiz, 1998: 45)
Idea específica de más de 2 autores	(Rengifo et al, 1999: 45-46)
Cita de noticia periodística sin autor (no artículo)	( <i>Excelsior</i> 18/04/1999: 36C)

### Bibliografía

Libro	López Medina, Diego Eduardo. <i>Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana</i> . Bogotá: Legis (2004).
Libro traducido	Grossi, Paolo. <i>Mitología jurídica de la modernidad</i> . Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta (2003).
Libro con múltiples ediciones	Naranjo Ochoa, Fabio. <i>Derecho civil: Personas y familia</i> (10 Ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. (2003).
Artículo en revista	Gordon, Sara. "La Sociología en México." En: <i>Revista Mexicana de Sociología</i> 3-94. México DF: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM (1990).
Artículo en revista, traducido	Wieacker, Franz. "Foundations of European Legal Culture." Trad. Edgar Bodenheimer. <i>American Journal of Comparative Law</i> 38 (1990).
Capítulo de Libro colectivo	Monateri, P. G. "Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental." En: <i>La invención del derecho privado</i> . Ed. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar (2006).
Libro de dos autores	Romantz, David y Kathleen Elliot Vinson. <i>Legal Analysis: The Fundamental Skill</i> . Durham, NC: Carolina Academic Press (1998).
Libro de más de 2 autores	Fals Borda, Orlando <i>et al.</i> <i>La Comunicación</i> . Bogotá: Instituto de Estudios Políticos AC (1970).
Libro de autor institucional	SEP Secretaría de Educación Pública. <i>La Educación en México</i> . México DF: Secretaría de Educación Pública (1989).
Cita de un sitio web completo	<i>Rama Judicial</i> . 20 Agosto 2005. Consejo Superior de la Judicatura. Consultada 10 Enero 2008. < <a href="http://www.ramajudicial.gov.co">http://www.ramajudicial.gov.co</a> > NOTA: La primera fecha corresponde a la fecha del sitio referenciado, si existe. La institución mencionada después de esta primera fecha es la institución que construyó la página; muchas veces esta institución aparece nombrada como titular del copyright. La segunda fecha, precedida por la palabra "Consultada" se refiere a la fecha en la que la página fue consultada; esta segunda fecha es importante, en vista de los cambios que a menudo experimenta una página de Internet.
Cita de una página dentro de un sitio web	Con autor: Hart, Hércules. "La interpretación jurídica por principios." <i>Interpretatio</i> . 15 Marzo 2000. Consultada 20 Enero 2008.

	<p>&lt;<a href="http://www.bartolus.com/interpretatio/15032000/Hart">http://www.bartolus.com/interpretatio/15032000/Hart</a>&gt;  Sin autor:  “El agente comercial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.” <i>Derecho comercial</i>. 16 Octubre 2005. Consultada 20 Diciembre 2007.  &lt;<a href="http://derechocomercial.net/comercial/agenteCSJ.htm">http://derechocomercial.net/comercial/agenteCSJ.htm</a>&gt;  NOTA: La primera fecha corresponde a la fecha del sitio referenciado, si existe. La segunda fecha, precedida por la palabra “Consultada” se refiere a la fecha en la que la página fue consultada.</p>
Cita de un documento disponible en la red	<p>La cita corresponde al tipo de documento citado (libro, revista, etc.), seguido de las palabras “Disponible en:” y la dirección de Internet. Por ejemplo:  McCold, Paul y Ted Wachtel. “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa.” <i>Restorative Practices E-Forum</i> 12 Agosto 2003. International Institute for Restorative Practices (2003). Disponible en: &lt;<a href="http://fp.enter.net/restorativepractices/paradigm_span.pdf">http://fp.enter.net/restorativepractices/paradigm_span.pdf</a>&gt;</p>
Cita de medios electrónicos	<p>INEGI Instituto Nacional de Geografía y Estadística. <i>Conteo de Población 1995</i>. México: Instituto Nacional de Geografía y Estadística CD ROM (1997).</p>
Publicación sin fecha	<p>Martínez, Andrés. <i>La interpretación jurídica en el nuevo milenio</i>. Cali: Editores Unidos (fecha no especificada).  NOTA: En la cita parentética correspondiente, usar sólo el nombre del autor. En caso de que la bibliografía contenga distintas obras del autor, una de las cuales no tiene fecha, usar las primeras palabras del título para identificar la obra señalada, así: (Martínez <i>La interpretación</i>: 15).</p>
Archivos históricos	<p>Se hace en pie de página, con la referencia propia de cada institución.</p>
Escrito sin editar	<p>Ruiz Carvajal, Ignacio. <i>La nueva reforma al sistema tributario</i>. (Sin publicar)  NOTA: Este formato lo pueden seguir las citas de presentaciones de PowerPoint no publicadas.</p>
Tesis	<p>Leal Torres, Francisco. <i>La figura de la perención en el derecho procesal civil colombiano</i>. Tesis de la Carrera de Derecho (sin publicar). Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Unida de Colombia (2003).</p>
Documento mismo autor, mismo año	<p>Bonilla, Daniel. <i>La Constitución multicultural</i>. Trad. Daniel Bonilla y Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al (2006a).  Bonilla, Daniel. “Presentación.” En: <i>La invención del derecho privado</i>. Ed. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al (2006b).</p>

Para mayor información escribir a: [criteriojuridico@puj.edu.co](mailto:criteriojuridico@puj.edu.co)  
O consultar la página web: <http://criteriojuridico.puj.edu.co>