

ISSN: 0124-7972.

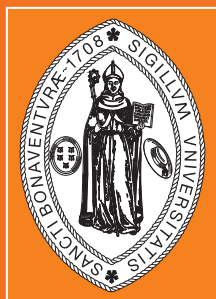
Revista

# Holística Jurídica



Facultad de Derecho

Diciembre de 2011



**UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
SECCIONAL MEDELLÍN**

**Calidad Humana y Profesional**

ISSN: 0124-7972.

Revista

# Holística Jurídica

# 10

Facultad de Derecho

Diciembre de 2011.



**UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
SECCIONAL MEDELLÍN**  
Calidad Humana y Profesional

# E ditorial

Al decir de Boaventura de Sousa Santos, la globalización es “... un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”.<sup>1</sup> La educación no es ajena a este proceso, sobre todo en una economía en la que el conocimiento es uno de los recursos con más potencial para producir riqueza, lo que plantea a las instituciones educativas nuevos retos en materia de eficacia y responsabilidad en la generación y divulgación de nuevo conocimiento.

El actual contexto de globalización está basado, fundamentalmente, en la producción y transferencia del conocimiento que potencia el desarrollo cultural y económico de los países. En este contexto, las universidades tienen un rol de principal importancia, por cuanto a través de sus procesos de investigación son las generadoras de conocimiento por excelencia. En este sentido, ellas deben tener políticas claras no sólo sobre el proceso de creación de la producción intelectual y científica como tal, sino especialmente sobre la gestión adecuada del nuevo conocimiento producido y la forma de difundir dicho conocimiento, tal como recomienda la Red de Propiedad Intelectual en Latinoamérica.<sup>2</sup>

Esta es la base de la existencia de una publicación universitaria: propiciar la divulgación del conocimiento producido por los investigadores y profesionales de su área de especialización, bajo criterios de calidad científica y editorial, con el fin de que este conocimiento sea difundido de manera adecuada y pueda ser conocido por quienes se mueven en el área de interés, la cual es, en nuestro caso, el derecho.

En el número que ahora presentamos a nuestros lectores se reúnen escritos de temas diversos del derecho, provenientes de autores también con distintos enfoques y trayectoria, que confiamos serán de su interés por cuanto creemos con esta edición cumplir con el antedicho cometido. Les presentamos pues, en primer lugar, un artículo del abogado Carlos Alberto Chamat Duque, titulado “Las Acciones Constitucionales en el Estado Social de Derecho y su Ejercicio Profesional”, en el cual el autor muestra cómo se deben ejercer de manera adecuada estas acciones con el fin de lograr la efectiva defensa de valores sociales a través de ellas.

A continuación, tenemos un artículo del profesor salvadoreño Luis Enrique Portillo López titulado “La Independencia Judicial como Garantía de un Verdadero Acceso a la Justicia”, en el

---

<sup>1</sup>DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación. Universidad Nacional de Colombia e ILSA, Santa Fe de Bogotá, 1998.

<sup>2</sup>RED DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LATINOAMÉRICA. Gestión de Propiedad Intelectual en Instituciones de Educación Superior: Buenas Prácticas en Universidades de Latinoamérica y Europa. Universidad de Campinas, Sao Paulo, 2009.

# E ditorial

que el autor indica cuáles son los elementos necesarios para lograr dicha independencia judicial y resalta la importancia de la misma para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los procesados.

A renglón seguido, presentamos un artículo del profesor Federico Londoño Mesa, titulado “Mala Praxis y Desconocimiento del Derecho de Defensa como Obstáculo para la Consecución del Fin del Proceso”, en el que se pone de presente la importancia de una adecuada defensa técnica en el desarrollo de los procedimientos penales para llevarlos a buen término.

Luego, tenemos un artículo del nuestro profesor Jaime León Arcila Rueda, llamado “El Precedente Jurisprudencial y la Gestión Ambiental en el Sector Eléctrico Colombiano”, en el que el autor señala cómo la jurisprudencia de las altas cortes ha variado sustancialmente las obligaciones legales de las empresas del sector eléctrico, en cuanto a la gestión ambiental que deben realizar.

Le sigue un artículo del Doctor brasileiro Jacson Luiz Zilio, denominado “La Criminalización de las Drogas como Política Criminal de la Exclusión”, en el que hace una dura crítica a la política criminal actual en materia de penalización de la fabricación, distribución y consumo de drogas y propone una nueva forma de enfrentar este problema.

Continuamos con un artículo de la Doctora Cathalina Sánchez Escobar, titulado “L'influence de la Doctrine et de la Jurisprudence Françaises en Amerique Latine au XIXe Siecle” (Influencia de la Doctrina y Jurisprudencia Francesas en América Latina en el Siglo XIX), en el que la autora resalta cómo, más que las leyes francesas, fueron la doctrina y la jurisprudencia del país galo las que verdaderamente influyeron en la creación de los sistemas jurídicos latinoamericanos en la época en la que se logró la independencia de los países del viejo continente.

Y para finalizar, presentamos una reseña del libro “Fumando Mañas. Construcción del Sentido de la Realidad Social en un Contexto de Ilegalidad” escrito por César Augusto Tapias, elaborada por nuestro profesor Nicolás Espinosa Menéndez en la que resalta la calidad del trabajo etnográfico realizado por el autor al estudiar la cultura de la ilegalidad.

Esperamos que nuestros lectores encuentren útil esta selección de artículos y confiemos estar contribuyendo de manera adecuada a la divulgación del conocimiento, nueva e importante moneda de cambio de la sociedad contemporánea.

# E ditorial

As Boaventura de Sousa Santos said, globalization is *"... A process through which a specific local entity or condition broadens its spectrum throughout the globe and, by doing so, it acquires the capacity of designating rival conditions or entities as local"*. Education is not foreign to this process, specially in an economy where knowledge is one of the resources with more potential to generate wealth; all of which poses new challenges for educational institutions regarding the effectiveness and responsibility in the generation and communication of new knowledge.

The current context of globalization is fundamentally based on the production and transference of knowledge which boosts the cultural and economic development of countries. In this context, Universities have a very important role to play because it is through their research processes that they become the foremost producers of knowledge. In this sense, they must have clear policies regarding not only the creative process of intellectual and scientific production but they must also have policies that are specifically designed to regulate the adequate management of their results and their consequent socialization, just like it is recommended by the Latin American Intellectual Property Network.

This is the basis of the existence of an academic publication: to aid in divulging the knowledge produced by researchers and professionals of the field it specializes in, always taking into consideration both scientific and editorial criteria, in order to adequately socialize this knowledge so that it can be accessed by those who work in such area of interest which is, in our case, that of Law.

In the issue we now present to our readers works regarding diverse topics in the area of law are gathered, written by authors with different backgrounds, that we trust will be of general interest because we believe with this number we have accomplished the aforementioned goal. We then give you, in the first place, an article by Carlos Alberto Chamat Duque called "Constitutional Actions in the Rule of Law System and Their Professional Exercise" in which the author shows how this actions should be used in order to achieve the effective defense of social values through their exercise.

Next, we have an article by Salvadorian professor Luis Enrique Portillo López called "Judicial Independence as a Guarantee for Real Access to Justice" in which the author indicates the necessary elements needed to accomplish such judicial independence and he highlights its importance for the defense of the defendant's fundamental rights.

We then have an article by professor Federico Londoño Mesa called "Malpractice and Disrespect for the Right of Defense as an Obstacle for the Achievement of Judicial Procedures Goals" in which the importance of an adequate technical defense during criminal procedures is highlighted.

# E ditorial

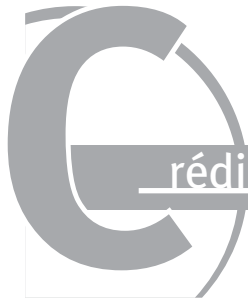
Next comes an article by our professor Jaime León Arcila Rueda called "Judicial Precedent and Environmental Management in the Colombian Electrical Sector" in which he points out how the jurisprudence of Colombian high courts has substantially varied the legal obligations of businesses in the electrical sector regarding their environmental management standards.

Then we have an article by Brazilian Professor Jacson Luiz Zilio called "The Criminalization of Drugs as a Criminal Policy of Exclusion" in which he criticizes current criminal policies regarding the fabrication, distribution and consumption of drugs and proposes an alternative way to deal with this problem.

We continue with an article by Cathalina Sánchez Escobar called "The Influence of French Doctrine and Jurisprudence in Latin America during the XIX Century" in which she shows how the influence of French doctrine and jurisprudence in the creation of Latin American law systems was greater than that of French law during the time Latin American countries gained their independence from the old continent.

And last but not least, we have a review of César Augusto Tapias' book "Smoking Knacks. The Construction of a Sense of Reality in a Context of Illegality" written by our professor Nicolás Espinosa Menéndez and in which he highlights the quality of the author's ethnographic work during his study of the culture of illegality.

We hope this selection of articles will be of use to our readers and we trust we are adequately contributing to the socialization of knowledge, the new and foremost currency of contemporary society.



réditos

REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA  
SECCIONAL MEDELLÍN  
ISSN 0124-7972  
N° 10, Diciembre de 2011

Rector:	Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m.
Secretario General:	Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m.
Decana:	Julia Victoria Montaña Bedoya
Editora:	Carolina María Mejía Osorno
Comité Editorial:	Andrés Eduardo Velandia Canosa Pedro Pablo Cardona Galeano Martín Agudelo Ramírez Isadora González Rojas Carolina María Mejía Osorno
Comité Científico:	Matías Bailone Iván Salvadori Osvaldo Alfredo Gozaini Juan Montero Aroca
Pares Académicos:	Milena Pérez Vargas José David Martínez Cuervo Natalia Cadavid Sierra Jhon Jaime de la Rosa Bobadilla Karyn Lenis Sanín Juan Camilo Galeano Sánchez
Periodicidad:	Semestral
Tiraje:	200 ejemplares
Traductoras:	Carolina María Mejía Osorno
Diagramación e Impresión:	Departamento de Publicaciones Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín

Solicitamos canje / Nous demandons l'échange / Pede se permuta / We  
request exchange / Wir bitten um Austausch von Publikationen  
Calle 45 61-40 Bello, Antioquia, Colombia  
Teléfono 514 56 00 Ext. 4301

<b>1</b>	<b>Carlos Alberto Chamat Duque</b> Las Acciones Constitucionales en el Estado Social de Derecho y su Ejercicio Profesional.	<b>pag 11</b>
<b>2</b>	<b>Luis Enrique Portillo López</b> La Independencia Judicial como Garantía de un Verdadero Acceso a la Justicia.	<b>pag 25</b>
<b>3</b>	<b>Federico Londoño Mesa</b> Mala Praxis y Desconocimiento del Derecho de Defensa como Obstáculo para la Consecución del Fin del Proceso.	<b>pag 39</b>
<b>4</b>	<b>Jaime León Arcila Rueda</b> El Precedente Jurisprudencial y la Gestión Ambiental en el Sector Eléctrico Colombiano.	<b>pag 53</b>
<b>5</b>	<b>Jacson Luiz Zilio</b> La Criminalización de las Drogas como Política Criminal de la Exclusión	<b>pag 71</b>
<b>6</b>	<b>Cathalina Sánchez Escobar</b> L'influence de la Doctrine et de la Jurisprudence Françaises en Amerique Latine au XIXe Siecle (Influencia de la Doctrina y Jurisprudencia Francesas en América Latina en el Siglo XIX)	<b>pag 89</b>
<b>7</b>	<b>Nicolás Espinosa Menéndez.</b> Reseña: "Fumando Mañas. Construcción del Sentido de la Realidad Social en un Contexto de Ilegalidad" por César Augusto Tapias.	<b>pag 103</b>



<b>1</b>	<b>Carlos Alberto Chamat Duque</b> Constitutional Actions in the Rule of Law System and Their Professional Exercise.	<b>pag 11</b>
<b>2</b>	<b>Luis Enrique Portillo López</b> Judicial Independence as a Guarantee for Real Access to Justice.	<b>pag 25</b>
<b>3</b>	<b>Federico Londoño Mesa</b> Malpractice and Disrespect for the Right of Defense as an Obstacle for the Achievement of Judicial Procedures Goals.	<b>pag 39</b>
<b>4</b>	<b>Jaime León Arcila Rueda</b> Judicial Precedent and Environmental Management in the Colombian Electrical Sector.	<b>pag 53</b>
<b>5</b>	<b>Jacson Luiz Zilio</b> The Criminalization of Drugs as a Criminal Policy of Exclusion.	<b>pag 71</b>
<b>6</b>	<b>Cathalina Sánchez Escobar</b> The Influence of French Doctrine and Jurisprudence in Latin America during the XIX Century. (L'influence de la Doctrine et de la Jurisprudence Françaises en Amerique Latine au XIXe Siecle)	<b>pag 89</b>
<b>7</b>	<b>Nicolás Espinosa Menéndez.</b> Review: "Smoking Knacks. The Construction of a Sense of Reality in a Context of Illegality" by César Augusto Tapias.	<b>pag 103</b>

## LAS ACCIONES PÚBLICAS CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU EJERCICIO PROFESIONAL

Carlos Alberto Chamat Duque\*

**Resumen:** La sociedad del siglo XXI tiene una connotación legal específica por la permanente tendencia del ciudadano hacia la comunicación y la interrelación con miembros del grupo social. En tal sentido, el derecho debe establecer una serie de acciones dirigidas a la defensa de lo público, especialmente en un estado social como es el caso de la República de Colombia. La base de estas consideraciones puede ser encontrada en el principio de solidaridad, el cual a su vez se fundamenta en la condición social del ciudadano. De hecho, la defensa de los más altos valores de la sociedad es la razón de ser de las acciones públicas constitucionales, con base en la condición social del ser humano.

**Palabras clave:** Acciones Constitucionales; Derechos Colectivos; Estado Social de Derecho; Derecho de postulación; Código disciplinario.

**Abstract:** The society of the XXI century has a specific legal connotation because of the permanent tendency of citizens towards communication and interrelation with different members of the social group. In that sense, the law must establish a series of actions directed to the defense of public issues, especially in a social state as is the case of the Republic of Colombia. The basis of all these considerations can be found in the principle of solidarity which is in turn based on the social condition of citizens. In fact, the defense of the highest values of the society is the *raison d'être* of the public constitutional actions, based on the social condition of the human being.

**Key words:** Constitutional actions; Collective rights; Social State of Law; Right of postulation; Disciplinary code.

**Sumario:** I. Introducción; II. Consideraciones Previas; III. Importancia Específica de las Acciones Públicas Constitucionales en el Estado Social de Derecho; IV. Ejercicio Profesional de las Acciones Públicas Constitucionales; V. La Ley 1425 de 2010 Frente a la Defensa del Interés General: el Altruismo como Ética Única en la Defensa de lo Público; VI Acciones Públicas Constitucionales Trascendentales en la Vigencia y Efectividad de un Verdadero Estado Social de Derecho; VII Conclusiones.

---

\*Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad del Rosario. Trabaja como abogado de la División de Derechos Fundamentales de la Personería Municipal de Armenia (Quindío). Correo electrónico: [chamatduque@hotmail.com](mailto:chamatduque@hotmail.com).

## I. Introducción

La permanente tendencia natural del hombre hacia la comunicación y la interrelación con sus semejantes adquiere unas connotaciones jurídicas especiales en la Sociedad del Siglo XXI. Esta situación se refleja, entre otras manifestaciones, en la consagración normativa del principio desolidaridad, el cual, a su vez, da vida y sentido a la fórmula político - jurídica del Estado Social de Derecho, dentro de la cual se inscribe la República de Colombia. Es tal la importancia del principio de solidaridad que desde el mismo artículo primero de la Constitución Política se alude a este como principio fundante de la república. El mencionado artículo reza:

*“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”*

Es en este contexto en el cual el ejercicio de las Acciones Públicas Constitucionales adquiere, en razón de su destinación natural a proteger los intereses de la colectividad, especial relevancia, tanto social como jurídica, toda vez que con las mismas se logra la efectividad de los postulados del Estado Social y democrático de Derecho, en la medida en que con ellas se protege a la persona de las arbitrariedades del poder a través de un oportuno ejercicio de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, se aumenta la calidad de vida de los habitantes del país al interponerse una Acción Popular que propenda por la preservación de un medio ambiente sano, o se asegura que la administración pública cumpla con los cometidos estatales al fallarse favorablemente una Acción de Cumplimiento en contra del Estado.

La puesta en marcha de las Acciones Constitucionales Públicas ante el órgano jurisdiccional, implica, *per se*, la manifestación de un alto sentido de solidaridad por parte de los accionantes que acuden a su ejercicio. Si bien estas acciones se encuentran dirigidas a la ciudadanía en general, el jurista, en el ejercicio de su profesión, no puede sustraerse legítimamente a la trascendencia social inherente a dichas instituciones que, dicho sea de paso, se encuentran vigentes en el sistema jurídico colombiano desde mucho antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, pero que con la promulgación de ésta, han adquirido alcances y contornos jurídicos más extensos que los que originariamente tenían cuando fueron incorporadas al ordenamiento jurídico patrio.

## II. Consideraciones Previas

Una de las principales características de los sistemas jurídicos occidentales, dentro de los cuales se encuentra inmerso el ordenamiento jurídico colombiano, es la prevalencia otorgada a los Derechos Constitucionales Fundamentales. La inclusión de este signo distintivo en las modernas constituciones políticas halla su razón de ser en la primacía del Individuo frente al Estado. Este logro, que ha sido una conquista de la Humanidad en su largo devenir y que representa la eminencia del ser humano frente al poder, se materializa constitucionalmente en el reconocimiento de la Dignidad Humana de la persona, dejando atrás estadios históricos en los cuales el individuo existía en función del poder de facto, y no éste en función del individuo.

La condena que todos los pueblos civilizados han hecho de la institución de la esclavitud, sólo se comprende desde la premisa consistente en que naturalmente, y por su misma esencia de *ser racional*, todo ser humano es un individuo único, irremplazable, irreplicable e incommunicable, todo lo cual lo dota de una magnificencia no predicable en ningún otro individuo de la naturaleza.

Surge entonces, con el tiempo, una sociedad basada en el individualismo, que no por ello ha de estar en contradicción con mandatos de solidaridad que inexorablemente deben existir en toda sociedad políticamente organizada. En este contexto, progresivamente y a través de la historia de cada país, el legislador idea una serie de acciones estatuidas para la defensa del interés común cuya titularidad y defensa corresponde a todos los individuos que conforman la sociedad, independientemente de su edad, su estado civil, su raza, su origen, su sexo, o su nacionalidad. Aparecen las denominadas "*acciones públicas*", las cuales, en la medida de la evolución de la cultura jurídica de un país, adquieren consagración constitucional, y es entonces cuando con toda la propiedad de la expresión se puede hablar de "*acciones públicas constitucionales*".

De esta manera, la vigencia de un orden justo no sólo implica la efectividad de los derechos individuales, sino que se extiende a la protección y defensa del interés general representado en los Derechos e Intereses Colectivos, y es bajo estos parámetros que las Acciones Constitucionales Públicas se postulan como baluarte jurídico para lograr la materialización de la fórmula político-jurídica del Estado Social y democrático de Derecho.

### III. Importancia Específica de las Acciones Públicas Constitucionales en el Estado Social de Derecho

Aludir al tema de las Acciones Públicas Constitucionales consagradas en la Constitución Política de 1991 puede resultar, para muchos estudiosos del Derecho, un tema desprovisto de interés en la medida en que las mismas no requieren, en principio, profundos conocimientos jurídicos para impetrarlas ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Prueba de ello es que dichas acciones no cuentan en la mayoría de programas académicos de derecho con una asignatura dedicada exclusivamente a su estudio, lo cual sería lo ideal. En el actual estado de cosas, en lo que al ámbito académico se refiere, las Acciones Públicas Constitucionales son estudiadas someramente en la asignatura de Derecho Constitucional o Derecho Procesal Administrativo, sin que se proceda a un exhaustivo análisis de las mismas, como si sucede con la Acción de Reparación Directa, con la Acción de Repetición, con la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, entre otras. Piénsese nada más en la práctica inveterada de la mayoría de los consultorios jurídicos universitarios del país, sino de todos, consistente en asignarle, en la *asignatura de práctica jurídica*, casos a los estudiantes que tiene que ver con Derecho de Familia (sucesiones, divorcios de mutuo acuerdo, demandas de alimento), Derecho Civil (procesos de pertenencia), Derecho Penal (conductas punibles de menor entidad), pero nunca asignarles a los futuros abogados, el trámite de Acciones Públicas Constitucionales en defensa de lo público. En parte, ello se debe a que el estudiante de derecho pocas veces muestra interés en asuntos que, en apariencia, ningún rédito económico le producirán en su futuro profesional. Se tiene entonces que en el medio jurídico (abogados, estudiantes, jueces, agentes del ministerio público, legisladores) muchos son los que saben cuáles son las Acciones Constitucionales Públicas, *pero pocos conocen la esencia que justifica su existencia y su procedencia en específicas y determinadas situaciones de hecho que se presentan frente al ordenamiento jurídico patrio.*

Así las cosas, *verbi gracia*, si se habla de Acciones de Tutela<sup>1</sup>, en la generalidad de los casos se hace por el efecto mediático que los medios masivos de comunicación generan en torno a esta famosa Acción Constitucional<sup>2</sup> en Colombia, pero serán muy pocos los que conozcan<sup>3</sup> los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, los cuales son, precisamente, las normas específicas que contienen los lineamientos sustanciales y procesales que rigen esta acción constitucional, cuando no pública.

Ahora bien, en la práctica judicial, contrario a lo que muchos puedan creer, son precisamente las Acciones Constitucionales Públicas las que dan sustento fáctico y jurídico a la existencia y desarrollo de otra serie de acciones judiciales previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como las diferentes clases de procesos que se pueden adelantar ante la Jurisdicción Ordinaria, o los mecanismos judiciales de que los asociados disponen ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, ejemplo de lo cual lo constituye la existencia de la Acción de Reparación Directa, la Acción de Repetición y la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Baste traer un ejemplo para corroborar la anterior aseveración:

En materia de Responsabilidad Extracontractual del Estado, son múltiples las demandas de Reparación Directa que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las cuales, en buena medida, tienen como fundamento fáctico la ocurrencia de “fallas en el servicio”, que en muchos de los casos en que se presenta esta causal genérica de responsabilidad estatal, la misma se concreta en omisiones atribuibles a las Secretarías de Tránsito y Transporte bajo el supuesto de la existencia de una “*falla en el servicio público estatal de mantenimiento de las vías públicas vehiculares en óptimo estado para la circulación de las personas*”.

Pues bien, antes de que debido al mal estado de las carreteras se produzcan accidentes y las consecuentes demandas de Reparación Directa, el mismo ordenamiento jurídico ha previsto la existencia de Acciones Constitucionales Públicas, en este caso, de Acciones Populares Preventivas con la finalidad de que ante una situación de amenaza a los Derechos de los Usuarios de las vías, los ciudadanos acudan a este mecanismo expedido para la protección de sus Derechos e Intereses Colectivos, con las cuales, de contera e indirectamente, se estará defendiendo el Patrimonio Público en la medida en que, consecencialmente, al cesar el **daño contingente** que representa el mal estado de las vías, inexorablemente disminuirán el número de condenas impuestas al Estado a causa del mal estado de las vías vehiculares. Se equivoca entonces quien

---

<sup>1</sup>Si bien, en principio, la Acción de Tutela no es en estricto sentido una acción pública (aunque sea una acción constitucional), existe en la doctrina la figura del “efecto transversal de los derechos” el cual se presenta en aquellos casos en que, con unos mismos hechos, se vulneren tanto Derechos Fundamentales Individuales como Derechos Colectivos, siendo procedente el ejercicio de la Acción de Tutela y resultando, consecuentemente, protegidos intereses y Derechos Colectivos. Al efecto puede consultarse la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado: Sentencia 0510 (AP-510) del 27/09/01. Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: Jorge Agustín Velasco Sepúlveda.

<sup>2</sup>Concebir el Estado Social de Derecho en Colombia sin la existencia de la Acción de Tutela en el ordenamiento jurídico, supone plantear una hipótesis en la cual la Constitución Política estaría desprovista del principal y quizás único instrumento judicial que ha hecho que la generalidad de los colombianos, en mayor o menor medida, crean de manera legítima en una Justicia real y efectiva para la protección de sus derechos.

<sup>3</sup>Exceptuando, claro está, a los funcionarios judiciales que por la misma índole de sus funciones se ven abocados a conocer, inexorablemente, los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1832 de 2000 en orden a darle trámite a las múltiples demandas de tutela que se presentan en sus despachos.

piense que no existe vínculo alguno entre las Acciones Constitucionales Públicas y las diferentes acciones judiciales<sup>4</sup> especiales previstas en el sistema normativo colombiano cuando ya se ha consumado el daño.

Concebir un Estado Social y democrático de Derecho sin las Acciones Públicas Constitucionales sería desconocer el carácter pluralista, participativo e incluyente dentro del cual se adscribe la república de Colombia desde la misma carta política.

Las Acciones Constitucionales Públicas son precisamente los mecanismos jurídicos que dan sentido al concepto *social* del Estado de Derecho, en la medida en que permiten una participación de todos en las decisiones u omisiones públicas que los afectan. En esta lógica, adquieren una importancia equivalente o aún mayor que la predicable de los derechos políticos y civiles, si se tiene en cuenta que estos son ejercitables únicamente por parte de los ciudadanos (personas mayores de dieciocho (18) años), mientras que la titularidad en el ejercicio de aquellas corresponde a *cualquier persona*, sin importar que sea extranjero, menor de edad o incapaz. Es decir, mediante la consagración de las Acciones Públicas Constitucionales el Estado, representado por el legislador, reconoce en la comunidad a un verdadero sujeto de derecho, *sui generis*,<sup>5</sup> sí, pero sujeto de derecho al fin y al cabo.

#### IV. Ejercicio Profesional de las Acciones Públicas Constitucionales

La vigencia real de un orden justo sólo es posible en un sistema jurídico que prevea mecanismos de efectividad de los derechos. Teniendo clara esta premisa, el ejercicio de la profesión de abogado adquiere una connotación social trascendental en la medida en que son precisamente éstos los profesionales titulares del denominado *Derecho de Postulación*, en virtud del cual se encuentran facultados para representar los intereses jurídicos de los asociados, y, de esta manera, lograr, previo el trámite de un proceso ante la jurisdicción, providencias judiciales que declaren los derechos de que aquellos son titulares.

No obstante lo anterior, la realidad actual, esto es, la que se percibe en las universidades con sus incontables especializaciones, o la que se respira en las oficinas de abogados que se especializan a tal punto que sólo conocen, *verbi gracia*, de procesos ejecutivos con base en títulos valores,<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup>Sin perjuicio de la denominación (Acción, Demanda) que se le otorgue al mecanismo jurídico por medio del cual se acude ante la Jurisdicción en defensa de un Derecho, en la práctica forense los litigantes suelen otorgar mayor preponderancia a las Acciones que requieren de Apoderado Judicial para su interposición (que no son otros que los procesos que requieren el ejercicio del Derecho de Postulación), en desmedro de las Acciones Constitucionales, que, aún siendo jurídicas, no pocas veces son desconocidas u olvidadas por los juristas.

<sup>5</sup>Tradicionalmente la ciencia del derecho únicamente reconoce como sujetos de derecho a las personas físicas y a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, lo cual no ocurre en tratándose del término genérico de población, ciudadanos o habitantes.

<sup>6</sup>Abogados especializados en un área específica del derecho, a la cual circunscriben todo el ejercicio profesional de la abogacía, pero que, en tratándose de una situación económica difícil, no dudan en tramitar y representar toda clase de asuntos, así no sean expertos en ellos, con tal de hacerse a unos ingresos económicos esquivos en el área en la cual verdaderamente son especialistas.



demuestra que se ha profesionalizado y especializado tanto el ejercicio del derecho, que no son pocos los abogados litigantes que centran el ejercicio profesional de su vida exclusivamente en tramitar y representar Derechos e Intereses meramente individuales,<sup>7</sup> pasando por alto la sagrada función social que es consustancial al ejercicio de acciones encaminadas a la defensa y promoción de los derechos comunes a todos. Y es que, antes que abogado, el jurista es un ciudadano inmerso en la sociedad, que como tal está llamado a ejercer ese *deber ser* predicable de todo ciudadano, cual es el de ser solidario y defender los intereses generales de manera oficiosa.

Si se procede a consultar el Registro Público de Acciones Populares y Acciones de Grupo que administra la Defensoría del Pueblo,<sup>8</sup> se encontrará que la mayoría de las primeras, esto es, la mayoría de las acciones populares son presentadas por ciudadanos que no ostentan la calidad de abogados. Lo mismo sucede, aunque en menor medida, con las acciones de cumplimiento, hasta llegar a la Acción de Nulidad Simple y a las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad, las cuales, es de justicia decirlo, cuentan con un gran número de abogados dispuestos a interponerlas en defensa del orden jurídico vigente, sin ningún otro interés que el intelectual y el académico.

En relación con la dicotomía existente entre *abogados y ciudadanos no abogados* en torno al ejercicio de las acciones públicas constitucionales, se hace necesario señalar que por motivos de índole cultural, laboral y social, para el ciudadano colombiano del común, la Acción de Cumplimiento, la Acción Pública de Inconstitucionalidad, la Acción Popular, la Acción de Grupo y la Acción de Nulidad (las cuales son, en estricto sentido, las Acciones Públicas Constitucionales de la Carta Magna de 1991), -en aquellos casos en que conozcan someramente de la existencia de las mismas en el Sistema Jurídico patrio- son mecanismos jurídicos muchas veces *ajenos* a su diario vivir.

Ello, mientras que los mismos (esto es, los mecanismos jurídicos aludidos) no adquieran vida en virtud de una situación particular y concreta que esté viviendo la persona en cuestión,<sup>9</sup> y frente a la cual el mecanismo jurídico adecuado para la solución del mismo sea, precisamente, una de las Acciones Constitucionales aludidas. Se puede aseverar entonces, que, sin lugar a dudas, el ciudadano colombiano del promedio presenta un grave desconocimiento de la existencia y

---

<sup>7</sup>Lo cual es entendible en la medida en que son esta clase de procesos los que comúnmente representan considerables ingresos económicos (honorarios profesionales) para el abogado, réditos monetarios que difícilmente se obtienen con el ejercicio de las Acciones Públicas Constitucionales.

<sup>8</sup>Información que se puede obtener en la página web de la Defensoría del Pueblo [www.defensoria.org.co](http://www.defensoria.org.co)

<sup>9</sup>Los conceptos de Salubridad Pública, Seguridad Pública y Prevención de Desastres que consagra la Ley 472 de 1998 como Derechos e Intereses Colectivos y que son jurídicamente tutelables, ora mediante la Acción Popular, ora mediante la Acción de Grupo, son términos abstractos que sólo cobran vida y adquieren un sentido dinámico en el momento en que los destinatarios de la norma encuadran en situaciones concretas, reales y específicas de sus vidas, los bienes jurídicos protegidos por la ley, en este caso, por la Ley 472 de 1998. Es entonces, cuando la ausencia de señalización vial en las carreteras del país, además de ser una omisión en el actuar de las autoridades de tránsito y transporte, se convierte en una Amenaza y en un Daño contingente respecto del Derecho e Interés Colectivo a la Seguridad Pública, que en este caso concreto, es el Derecho Colectivo a la *Seguridad de los Usuarios de las Vías Públicas Vehiculares*. Así mismo, en este orden de ideas, el Derecho e Interés Colectivo a la salubridad pública se concreta en el derecho que tienen las personas para que las autoridades de tránsito y transporte velen en orden a que los vehículos automotores que circulan por las vías nacionales cumplan estrictamente con las condiciones técnico mecánicas exigidas por las normas ambientales vigentes.

procedencia de las Acciones Constitucionales Públicas frente a determinados hechos concretos, cuyas causas no es este el lugar para investigar. Las máximas de la experiencia enseñan que el individuo antes que preocuparse por la comunidad, se preocupa por sus intereses individuales y particulares. Falta entonces una pedagogía ciudadana intensiva sobre las Acciones Públicas Constitucionales, labor que ha de corresponder, indefectiblemente, al Ministerio Público como garante de los derechos del pueblo.

Pero, si bien es entendible, cuando no justificable, que el ciudadano del común no tenga un conocimiento profundo sobre las Acciones Constitucionales Públicas, lo mismo no sucede en tratándose de profesionales del derecho en la medida en que los mismos cumplen una labor social trascendental, como es la de defender el ordenamiento jurídico y propender por la defensa de los Derechos Humanos, entendidos estos como *“la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia”*, al tenor de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo veintiocho (28) de la Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado)

Y es que, si de hecho son muchos, sino todos, los estudiosos del derecho que saben que en la Constitución Política de 1991 encuentran consagración legal las Acciones Populares, las Acciones de Grupo, las Acciones de Cumplimiento, las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad y la Acción Pública de Nulidad, en el ejercicio profesional del derecho son escasos los profesionales que se dediquen de modo altruista a la interposición de las mismas, omitiendo, con ello, cumplir con una de sus principales funciones sociales de abogados, cual es la de promocionar la vigencia de un orden justo.

Que existan causas justificables que le impidan a un profesional del derecho interponer y atender un número considerable de acciones públicas constitucionales, es entendible. Pero que un jurista pase su vida, sin interponer ni una sola vez, una Acción Pública Constitucional (desde luego que fundada y evitando a toda costa actuar con temeridad o con mala fe), desdice mucho del sentido social que pueda albergar en sí como ciudadano.

En la medida en que las Acciones Constitucionales Públicas de la Constitución de 1991 son los mecanismos jurídicos básicos para proteger y tutelar, precisamente, los postulados, principios, valores y derechos esenciales en un Estado Social de Derecho, la formación del jurista íntegro deberá estar presidida por un conocimiento exhaustivo sobre los contornos propios de cada una de las aludidas acciones, el cual no se agota en *“saber”* simplemente que las mismas se encuentran consagradas en la Constitución Política, sino que va mucho más allá e implica, por parte del abogado, despertar en sí, respecto de las acciones públicas constitucionales, el mismo sentido de excelencia e investigación que lo llevan a querer especializarse y ser el mejor en el área jurídica de su preferencia, sea esta el Derecho Comercial, el Derecho Laboral, Contractual, etcétera.

Así como los Jueces de la República están llamados, independientemente de su especialidad (Jueces de Familia, Jueces Civiles, Jueces Administrativos, Jueces Laborales, Jueces Penales) a conocer los contornos básicos que caracterizan la acción de tutela (en cuanto a su procedencia, en cuanto a los derechos que la misma protege, titularidad, por tener todos los jueces atribuida la función de *juez constitucional*), así mismo, todo abogado que se precie de ser jurídicamente



íntegro deberá propender por adquirir un conocimiento más profundo del que actualmente tenga en relación con las Acciones Públicas Constitucionales, de manera que a las mismas se le otorgue la importancia que merecen.<sup>10</sup> De este llamado a rescatar la importancia de las Acciones Públicas Constitucionales se exceptúan, por razones obvias, aquellos profesionales del derecho que *motu proprio* o por la índole de la especialidad jurídica que dominan (especialistas en derecho constitucional y especialistas en derecho administrativo), se supone tienen un conocimiento extenso en relación con las características de las Acciones Públicas Constitucionales. Los llamados a ser expertos en derecho son los juristas y encontrar personas que, sin ser profesionales del derecho, conozcan más de las Acciones Públicas Constitucionales que el mismo jurista da lugar a cuestionarse profundamente cuál es la labor social que estos están desarrollando en la sociedad. Con lo anterior no se pretende que todo abogado sea “veedor ciudadano” y que dedique ingentes esfuerzos a defender lo público sin recibir ninguna retribución económica. Por lo que se propende es por el conocimiento y ejercicio mínimo que todo abogado debe tener en relación con las acciones constitucionales, conocimiento que no se limita al adquirido en el estrecho ámbito de las aulas universitarias, sino que abarca la consulta jurisprudencial y, en la medida de lo posible, el propio ejercicio de las acciones constitucionales aludidas.

Lo simple, informal y expedito que caracteriza el ejercicio de las acciones constitucionales públicas no riñe con el esencial contenido de juridicidad inmerso en las mismas. Aun sin ser abogado, quien se acerque al ejercicio de las acciones públicas constitucionales requiere un mínimo conocimiento jurídico. Equiparar la informalidad, la sencillez y la facilidad de interposición que caracterizan a las mencionadas acciones con el desdén o la simpleza significa desvirtuar las finalidades para las cuales han sido estatuidas dichas instituciones jurídicas que hunden sus raíces en el propio derecho romano,<sup>11</sup> esto es, en últimas, para lograr la efectividad de los Derechos Humanos.

## V. La Ley 1425 de 2010 Frente a la Defensa del Interés General: el Altruismo como Ética Única en la Defensa de lo Público

Recientemente, debido al auge inusitado en la interposición de acciones populares a lo largo y ancho del país, el Congreso de la República expidió la Ley 1425 de 2010 mediante la cual fueron derogados los artículos treinta y nueve (39) y cuarenta (40) de la Ley 472 de 1998. De esta manera quedaron eliminados los incentivos económicos estipulados a favor del accionante popular cuyas pretensiones prosperaran en el trámite de esta clase de acción pública constitucional.

Al respecto, se hace necesario señalar que en el pasado no fueron pocos los ciudadanos que, mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, pretendieron que la Corte Constitucional declarara inexecutable los mencionados artículos, obteniendo, siempre,

---

<sup>10</sup>Se podrá decir, para rebatir la idea que aquí se sostiene, que son muchos los abogados que ejercen Acciones Públicas de Inconstitucionalidad en defensa del orden jurídico, y eso es cierto. Sin embargo la tesis sostenida se refiere al conjunto de las Acciones Públicas Constitucionales sin entrar a hacer distinciones en cada una de ellas, por ser esta labor un ejercicio que demandaría mucho más tiempo y estudio del que demanda un artículo de reflexión.

<sup>11</sup>Ejemplo de lo cual lo constituyen las acciones populares.

sentencias de exequibilidad<sup>12</sup> que mantuvieron intactos los mencionados incentivos, los cuales oscilaban, en unos casos, entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes concedidos discrecionalmente por el juez en los casos en que las acciones populares no versaran sobre Moralidad Administrativa, y, en otros casos, esto es, en el caso de que la acción popular se interpusiese en defensa de la Moralidad Administrativa, le correspondía al accionante popular el quince por ciento (15%) de lo que el Estado recuperara por la interposición de la misma.

Contrariando entonces la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la exequibilidad de los incentivos de las Acciones Populares, el anterior gobierno, en cabeza del Ministro del Interior, tramitó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley número 56 de 2009 ante la Cámara de Representantes cuyo estudio en la cámara alta correspondió al proyecto de ley número 169 de 2010. De esta manera la pretensión de obtener la abolición de los incentivos se vio materializada el veintinueve (29) de diciembre del año dos mil diez (2010) con la promulgación de la Ley 1425 de 2010 por parte del presidente de la República.

En la exposición de motivos del mencionado proyecto de ley, se aludió, entre otras, a razones de “conveniencia” para derogar los mencionados incentivos, bajo el pretexto de que el ejercicio de las acciones populares se había “profesionalizado” en “carteles de abogados” que se dedicaban a tomar fotos a lo largo y ancho del país para posteriormente impetrar estas acciones y enriquecerse con el ejercicio de las mismas, lo cual llevaba a que muchos municipios, según lo plasmado en la exposición de motivos del mencionado proyecto, tuviesen que modificar su plan de desarrollo a causa de las condenas pecuniarias (reconocimiento de incentivos) impuestas en su contra en virtud del ejercicio de las acciones populares.

Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de mantener o no los incentivos económicos para los actores populares, será la Corte Constitucional la entidad que tenga la última palabra, toda vez que el mismo día en que culminara la vacancia judicial iniciada en el último mes de año dos mil diez (2010), fue radicada la primera acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1425 de 2010 (bajo radicado D-8392 de enero 11 de 2011) y a la fecha en que se escribe este artículo cursan ante la Corte Constitucional otras tres demandas de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1425 de 2010, las cuales se tramitan bajo radicados D-8405 de enero 20 de 2011, D-8414 de enero 31 de 2011 y D-8415 de enero 31 de 2011.

Que muchas personas se dedicaran exclusivamente a la interposición de acciones populares para la obtención del incentivo, no se discute. Lo que se discute es que la teleología en la gestación de la Ley 1425 de 2010 tuvo por fin, exclusivamente, *desincentivar* la interposición de acciones populares al quitarles el motor impulsor que era, precisamente, los incentivos consagrados en la misma, plasmados con la obvia y lógica razón de que esta clase de acciones públicas no cayeran en el olvido.

Sin lugar a dudas se puede aseverar entonces que, al menos momentáneamente y mientras que la Corte Constitucional no se decida al respecto, difícilmente las Acciones Populares tendrán “agentes oficiosos” que de manera altruista se dediquen a defender el interés general, sin advertir antes, eso sí, que será compleja la decisión que adopte la corte al respecto, si se tiene en cuenta que mediante la Sentencia C-459 de 2004 determinó que la constitucionalidad de los incentivos en las acciones populares era “*cosa juzgada constitucional absoluta*”. Como bien lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-226 de 2002, la facultad derogatoria del Congreso de la

---

<sup>12</sup>Sentencia C-512 de 2004 y Sentencia C-469 de 2004, entre otras.

República no es absoluta puesto que, al derogar una disposición, debe respetar los preceptos constitucionales. En la hipótesis en que se llegue a declarar la inexecutable de la Ley 1425 de 2010, se abriría entonces la opción para que, vía acto legislativo, se deroguen definitivamente los incentivos económicos consagrados en los artículos treinta y nueve (39) y cuarenta (40) de la originaria ley 472 de 1998.

Al expedir la Ley 1425 de 2010 el legislador olvidó que son los Jueces Administrativos del Circuito o el Jueces Civiles del Circuito quienes, actuando como juez a-quo y en vista de la actuación procesal del actor popular y previos los juicios de pertinencia y procedencia de la misma, deciden otorgar los mencionados incentivos, los cuales nunca eran consecuencia automática e inexorable por la sola radicación de la demanda de acción popular.

Así mismo, el Congreso de la República olvidó que no fueron pocas las veces en que gracias a la prosperidad de acciones populares se logró la señalización de carreteras, la puesta en funcionamiento de los Juzgados Administrativos en el año dos mil seis (2006) o la protección de los derechos de los discapacitados al ordenarse la construcción de rampas y sistemas que permitieran su movilidad segura en las dependencias públicas y privadas abiertas al público. Es una regla de la experiencia que no siempre la administración pública acata de manera *oficiosa* los deberes constitucionales y legales que le corresponde cumplir, y es precisamente en esos casos cuando toman vida las Acciones Públicas Constitucionales (Acción Popular y Acción de Cumplimiento) para defender el interés general representado en la *res pública*.

Por último, no deja de llamar la atención la omisión legislativa en que incurrió el Congreso de la República al expedir la Ley 1425 de 2010 y guardar silencio en torno a la normatividad aplicable a los incentivos de las acciones populares que se encontraran en curso al momento de promulgación de la mencionada ley, esto es, a fecha de veintinueve (29) de Diciembre de dos mil diez (2010). Por regla general la ley rige para el futuro y por lo tanto es irretroactiva, aunque la misma norma pueda consagrar excepciones a dicha regla general. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que será distinto el trato que al respecto se le dé a la ley sustantiva o a la ley procesal,<sup>13</sup> puesto que esta última, al ser de orden público, necesariamente debe empezar a regir desde su promulgación, excepto en aquellos casos en que se encuentre en curso incidente o actuación procesal que haya tenido inicio en vigencia de la vieja ley procesal.

---

<sup>13</sup>En Sentencia T-446 de 2007 la Corte Constitucional de Colombia expone:

**LEY PROCESAL Y LEY SUSTANCIAL**-Efectos en el tiempo. Para la Corte, los efectos de la ley sustancial en el tiempo son diferentes a los efectos que produce una norma procesal. La norma de carácter procesal, entendida como aquella que se restringe a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes, es obligatoria y se aplica desde el momento de su vigencia, es decir, surte efectos inmediatos; mientras que la norma de carácter sustancial, es de obligatorio cumplimiento una vez entre en vigencia, pero no puede desconocer derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, así como que las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para imponer sanciones o condenas por hechos cometidos previamente a su entrada en vigencia.

**LEY PROCESAL**-Transito frente a situación jurídica en curso. *Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación." (...) De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.*

En lo que respecta al distrito judicial del Quindío, en lo que va corrido del año dos mil once (2011), tanto los jueces administrativos como los jueces civiles del circuito están denegando los incentivos en los fallos de acciones populares cuyas pretensiones prosperan y cuya radicación data de antes de la expedición de la Ley 1425 de 2010. Ante tal proceder es pertinente cuestionarse en qué medida los accionantes populares sufren, en relación con la denegación del incentivo, las consecuencias del reiterado incumplimiento de términos en que los despachos judiciales incurren al no darle aplicación a los perentorios plazos estatuidos en la Ley 427 de 1998 para fallar una Acción Popular, cuya inobservancia acarrea causal de mala conducta sancionable con la destitución del funcionario judicial responsable. Tratar dicho tema desborda las finalidades del presente ensayo, aunque no es óbice para que alguien más estudie los efectos en el tiempo de la Ley 1425 de 2010.

## **VI. Acciones Públicas Constitucionales Trascendentales en la Vigencia y Efectividad de un Verdadero Estado Social De Derecho**

Los métodos pedagógicos que propendan cambiar al individuo y formarlo a través del conocimiento de determinada materia, deben superar los estrechos márgenes de la abstracción y teoría para darle vida y sentido a los conceptos que se encuentran en espera de verse materializados. Con ello como punto de partida, se torna en un imperativo ineludible el hacer referencia a *hechos sociales concretos* que de una u otra manera se han visto afectados, para bien, con el ejercicio de las acciones públicas constitucionales.

### **a. Acciones Populares**

Con ocasión del accidente del bus del Colegio Agustiniiano en la ciudad de Bogotá, D.C., una serie de ciudadanos interpuso acción popular en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y Otros, a causa de la existencia de anomalías técnicas en la construcción de la vía, las cuales fueron determinantes en la ocurrencia del mencionado accidente. Aunque ocurrió el fenómeno conocido como “hecho superado”, el Consejo de Estado accedió a las pretensiones económicas de los actores populares habida cuenta que la acción se impetró antes de que se le diera solución a las anomalías técnicas de la vía.<sup>14</sup>

### **b. Acciones de Cumplimiento**

Entratándose de leyes marco o leyes ordinarias, es usual que las mismas, en determinados puntos de derecho, determinen que será una específica entidad la que será la encargada de “reglamentar” y “desarrollar” alguno de sus postulados, sin que se fijen perentorios términos para que la entidad obligada proceda al respecto. Fue así cómo mediante el ejercicio de la Acción de Cumplimiento, el Ministerio Público de Barranquilla logra, a través de sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, que el Ministerio de Transporte proceda a expedir el Acto Administrativo en el cual se consagren los parámetros

---

<sup>14</sup>Consejo de Estado. Radicación número: 25000-23-26-000-2004- 01062-01(AP) Actor: Patricia Enciso Revelo Demandado: Alcaldía Mayor De Bogotá y Otros.

para determinar que un vehículo de servicio público cuenta con condiciones de accesibilidad con respecto a los usuarios, uniformando las condiciones físicas de los vehículos de servicio público.<sup>15</sup>

### c. Acciones Públicas de Nulidad

En un país en el cual el ingreso a un considerable número de empleos públicos se establece por medio del “libre nombramiento y remoción” o mediante la modalidad de la mal llamada “provisionalidad”,<sup>16</sup> han sido múltiples los fallos de Acciones Públicas de Nulidad en las cuales el Consejo de Estado ha declarado la nulidad de disposiciones normativas relativas al nombramiento de funcionarios, que lo único que hacen es desconocer el principio y derecho al concurso público de méritos para acceder a la mayoría de cargos públicos.<sup>17</sup>

### d. Acciones Públicas de Inconstitucionalidad

Debido al grave problema de desplazamiento armado interno que el país ha sufrido por largos años, en relación con la “ayuda humanitaria de emergencia” de la cual son acreedores las personas en situación de desplazamiento, en virtud de lo consagrado en la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional declaró, mediante sentencia C-278 de 2007, que a la misma tienen derecho los desplazados por todo el tiempo en que permanezcan en tal condición (la condición de desplazado), y no por el término máximo de seis (6) meses consagrado inicialmente en la Ley 387 de 1997.

### e. Acción de Grupo

Mediante el ejercicio de una Acción de Grupo, un grupo de estudiantes del “Instituto Superior de Educación Rural ISER” de Pamplona (Santander), obtienen una indemnización individual de perjuicios con ocasión de que el programa de pregrado “Gerencia del desarrollo socioempresarial” que cursaron en la mencionada institución, se ofreció de manera irregular, lo que les ocasionó no poderse graduar, habida cuenta que la institución que lo ofrecía no estaba facultada para titularlos, ocasionándoles demoras injustificadas en la obtención de su título profesional y generándoles perjuicios en la modalidad de lucro cesante.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup>Consejo de Estado. Radicación número: 08001-23-31-000-2004-00022-01(ACU). Actor: Personería Distrital de Barranquilla, Demandado: Ministerio de Transporte y Otros.

<sup>16</sup>La cual, en no pocos casos, resulta siendo por años bajo el pretexto de que “nadie se ha postulado para el puesto”.

<sup>17</sup>Al efecto, véase la sentencia del Consejo de Estado de Radicación número: AI-014 Actor: Germán Puentes González, Demandado: Inciso Final del Artículo 121 y segundo inciso del artículo 124 del Decreto No. 1421 De 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

<sup>18</sup>Consejo de Estado. Radicación número: 54001-23-31-000-2001-0184-01(AG-015). Actor: Miller Cáceres Gil y Otros, Demandado: Instituto Superior de Educación Rural, ISER, de Pamplona.



## VII. Conclusiones

Quizás por pertenecer al ámbito del derecho procesal, las Acciones Públicas Constitucionales no son, en la generalidad de los casos, de dominio público, como debería ser. No obstante lo anterior, es preocupante que en un Estado Social de Derecho que se precie de serlo, no exista una política pública permanente que propenda por la divulgación y capacitación en el ejercicio de las Acciones Públicas Constitucionales a la ciudadanía en general, y a un sector de ésta en particular, como lo sería el constituido por los ciudadanos que son Jueces de Paz, los veedores ciudadanos, las fundaciones sin ánimo de lucro y las diferentes clases de asociaciones que existen en nuestro medio, las cuales constituyen, precisamente, el principal conglomerado de entidades que usualmente más se benefician con el ejercicio de los mencionados mecanismos de participación comunitaria, sin perjuicio de reconocer que en últimas, todas las personas resultan beneficiadas con el ejercicio de estas acciones.

El rol desempeñado por parte del Ministerio Público (Defensoría, Procuraduría y Personerías), además de velar y procurar por la vigencia de un orden justo, debe propender por asumir actitudes proactivas en orden al ejercicio masivo, pero siempre fundado, de las acciones públicas constitucionales, sin que ello represente, ni más faltaba, una extralimitación en sus funciones, sino todo lo contrario, un cabal cumplimiento de la misión Constitucional y Legal para la cual han sido instituidos los mencionados organismos, esto es, para el logro de la efectividad de los Derechos Humanos que como ya se dijo, no pocas veces se obtiene con la interposición de las acciones públicas constitucionales.

Lo mismo ha de predicarse en relación con el ejercicio profesional del derecho, en la medida en que los abogados, como muestra de gratitud hacia el país y hacia una sociedad que les ha permitido ser titulares de tan sagrada función de “postular el derecho” ante los jueces, acertarían al decidir interponer, por altruismo, ejercicio académico o simple admiración hacia el derecho, una de las tantas acciones públicas constitucionales previstas por la Constitución Política de Colombia, para contribuir, de esta manera, a la vigencia real y efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho que todos las personas, en nuestro diario vivir, estamos llamadas a construir.

## Bibliografía

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de agosto de 2000, Rad. AI-014, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia del 27 de septiembre de 2001, Rad. 25000-23-25-000-2001-0223-01(AP-510), C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sección quinta, Sentencia del 31 de marzo de 2006, Rad. 08001-23-31-000-2004-00022-01(ACU), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia del 27 de agosto de 2009, Rad. 25000-23-26-000-2004-01062-01(AP), C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-512 del 25 de mayo de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-278 del 18 de abril de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-446 del 30 de mayo de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 387 de 1997.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 427 de 1998.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1425 de 2010.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2591 de 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 306 de 1992.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1832 de 2000.

## LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE UN VERDADERO ACCESO A LA JUSTICIA

Luis Enrique Portillo López<sup>\*</sup>

**Resumen:** Mucho se ha comentado sobre la independencia judicial como una de las garantías primordiales para el debido proceso o juicio justo, la cual es una de las características que debe poseer el juzgador en un sistema democrático que le permite garantizar, al procesado, el respeto a su dignidad y al cúmulo de derechos y garantías que posee por su calidad de ser humano. El acceso a la Justicia forma parte del núcleo de la seguridad jurídica: derecho fundamental, consagrado en las constituciones actuales que permiten considerar al Estado como garante de los derechos de su población. De igual contenido es la norma consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Incluso en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se encuentra una norma similar (artículo 6).

**Palabras clave:** Debido proceso; División de Poderes; Independencia Interna e Independencia Externa; Derecho Fundamental; Garantías Constitucionales; Dignidad Humana.

**Abstract:** Much has been said about judicial independence being one of the primary guarantees of due process or fair trial, which is one of the features the judge must have in a democratic system that allows for the protection of the defendant's human dignity as well as for the protection of his other rights and guarantees. Access to justice is at the heart of legal certainty; a fundamental right contained in modern constitutions which allow us to regard the State as guarantor of its population rights. Such is also the rule depicted in article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights and in article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

**Keywords:** Due Process; Division of Powers; Internal and External Independence; Constitutional guarantees; Human dignity.

**Sumario:** *I. Independencia judicial; II. Acceso a la Justicia; III. Valoraciones.*

---

<sup>\*</sup> Abogado. Universidad de El Salvador, El Salvador. Máster en Derechos Humanos y Educación para la Paz-Universidad de El Salvador, El Salvador. Profesor universitario Universidad Capitán General Gerardo Barrios, San Miguel, El Salvador, destacado en Área de Investigación, Derecho Internacional y Derecho Constitucional. Correo electrónico: luisportillo@ugb.edu.sv



## I. Independencia Judicial

La Independencia Judicial puede ser definida como un atributo de los Estados de Derecho de aquellos que se asientan en la división y equilibrio de los poderes públicos. La independencia de los jueces es tan fundamental que, de modo rotundo, puede afirmarse que allí donde no existe una legítima administración de justicia, la población duda y no cree en ella, no accede a ni reclama la justicia generándose un aumento de la violencia estructural que culmina en una crisis en escalada. Esto puede ser constatado históricamente en la edad media: con el oscurantismo de todas las ciencias, el Derecho cayó en un laberinto de excentricidades hasta el punto de llegar a la locura, todo gracias a la ignorancia y fanatismo de la Iglesia Católica que consideraba endemoniada a toda aquella persona que no comulgaba con las ideas de la época, dándose el caso ejemplar de los albigenses, fervientes seguidores del sistema maniqueísta dualístico, que durante siglos floreció en la zona del Mediterráneo.

Los dualistas creían en la existencia independiente y separada de dos dioses: un dios del bien y otro del mal. Dentro de Europa occidental, los partidarios del dualismo, los cátaros (del griego *katharos*, que significa 'puro'), aparecieron por primera vez en el norte de Francia y en los Países Bajos a finales del siglo XI y principios del XII. Perseguidos y expulsados del norte, los predicadores cátaros se trasladaron hacia el sur, logrando tener gran aceptación en las provincias semi-independientes del Languedoc y las áreas próximas. Fue allí donde recibieron el nombre de albigenses. En principio, la Iglesia cristiana trató de reconvertir a los albigenses por medios pacíficos, pero cuando fallaron todos los intentos, el papa Inocencio III lanzó la Cruzada albigense (1209-1229) que reprimió a los seguidores de este movimiento de una forma brutal y a su paso desoló gran parte del sur de Francia. Sólo pequeños grupos de albigenses sobrevivieron en zonas muy desoladas, aunque luego fueron perseguidos por la Inquisición hasta finales del siglo XIV.

Cuando la historia de la humanidad dio un vuelco con el descubrimiento del nuevo mundo, es decir, entrando a la edad moderna, las ideas y creencias de la iglesia siguieron vigentes, como el caso de Galileo Galilei quien fue acusado en 1614, por un sacerdote florentino que los denunció desde el a él y a sus seguidores, merced a que Galilei aseguraba, basado en las teorías de Nicolás Copérnico, que la tierra se movía alrededor del sol y no, como lo aseguraban Aristóteles y Tolomeo, que los planetas giraban alrededor de una Tierra estacionaria. En 1624 Galileo empezó a escribir un libro que quiso titular *Diálogo sobre las mareas*, en el que abordaba las hipótesis de Tolomeo y Copérnico respecto a este fenómeno. En 1630 el libro obtuvo la licencia de los censores de la Iglesia católica de Roma, pero le cambiaron el título por *Diálogo sobre los sistemas máximos*, publicado en Florencia en 1632. A pesar de haber obtenido dos licencias oficiales, Galileo fue llamado a Roma por la Inquisición a fin de procesarle bajo la acusación de "sospecha grave de herejía". Este cargo se basaba en un informe según el cual se le había prohibido en 1616 hablar o escribir sobre el sistema de Copérnico. Galileo fue obligado a abjurar en 1633 y se le condenó a prisión perpetua, condena que le fue conmutada por arresto domiciliario. Los ejemplares del *Diálogo* fueron quemados y la sentencia fue leída públicamente en todas las universidades.

Pero el momento más crítico de la no independencia del juez fue en el período absolutista entendido como el sistema político en el que se confiere todo el poder a un solo individuo o a un grupo, diferenciándose del sistema democrático por el hecho de que en el absolutismo el poder

ilimitado reivindica al autócrata, en contraste con las limitaciones constitucionales impuestas a los jefes de Estado de los países democráticos. El desarrollo del absolutismo moderno comenzó con el nacimiento de los Estados nacionales europeos hacia el final del siglo XV y se prolongó durante más de 200 años, siendo su máximo exponente el monarca francés Luis XIV- quien sea dicho de paso, reactivó las finanzas y cultura de su nación -, considerándose como genio al expresar 'L'Etat, c'est moi' ("*El Estado soy yo*"), declaración que resume con precisión el concepto del derecho divino de los reyes, quienes deciden el destino de todos los ciudadanos, lo que constituye al juez en un simple locutor de sus deseos; aquí no hay individualización de delitos, individuo o atenuantes sino una directriz en específico: cumplir los deseos del rey.

Con el Barón Charles Louis de Montesquieu se escribe un nuevo pasaje de la historia del poder; con su obra *El espíritu de las leyes* de 1748, se cristaliza la idea de separar a cada uno de los poderes, dándole a cada uno facultades y responsabilidades en particular; en definitiva con esta ponencia buscaba un equilibrio de poderes para evitar su concentración, de modo que ningún poder pudiera prevalecer de modo absoluto sobre los demás, viendo en ello la garantía de la libertad. En el esquema inicial de Montesquieu, el poder judicial no se situaba al mismo nivel que los otros dos poderes, legislativo y ejecutivo, sino que era un poder "en quelque façon nul", es decir, "de alguna manera nulo", debiendo ser el juez "la bouche qui prononce les paroles de la loi", o sea "la voz que pronuncia las palabras de la ley".<sup>1</sup>

Clásicamente se distinguen dos variables de la independencia: la orgánica y la funcional. La primera hace referencia a la inamovilidad de los jueces frente al poder ejecutivo (salvo en los casos previstos por ley) y al autogobierno de la institución. La segunda dice de la independencia del acto de juzgar.

La independencia judicial ha sido comprendida de tres formas: a) como la simple separación y exclusividad de la función de juzgar, b) como la necesidad de la inamovilidad del juez, o c) como la sujeción exclusiva del juez a la ley.

### **a) Independencia como exclusividad y separación de la función de juzgar**

Muñoz Machado sostiene que en la teoría y práctica del Estado absoluto, la concentración de poderes en el monarca alcanzaba también a la función jurisdiccional, que "*se podía ejercer dictando sentencias por derecho, apoyadas en normas, o adoptando sentencias por imperio, que eran el mero ejercicio de su virtud por el soberano*".<sup>2</sup> Así, agrega que en los albores del constitucionalismo moderno, existió la necesidad de romper con esta autoridad del monarca.

Para hacer efectiva la eliminación del arbitrio del monarca como forma de enjuiciamiento de los litigios, eran precisas dos reglas revolucionarias: la primera, que el parámetro para resolver las controversias se encontrase en normas generales y objetivas y la segunda, que los litigios fueran resueltos por jueces que, si bien tenían condición de funcionarios, estuvieran en una

---

<sup>1</sup>CARMONA RUANO, Miguel. Independencia externa e interna o funcional de los jueces en el marco de un Estado de Derecho. *Independencia Judicial*, Fundación Myrna Mack; 1ª Edición, Guatemala, 1997. Pág. 48

<sup>2</sup>MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Reserva de jurisdicción». En: *La Ley*, Madrid, 1989; p. 11.

posición jurídica singular, distinta de la de los soldados o los recaudadores de impuestos. De esta manera, la historia de la independencia de los jueces empieza a formularse como una reserva a los jueces y tribunales de la función de juzgar.<sup>3</sup>

En el ámbito anglosajón Hamilton, en la obra “El Federalista”, escribe que “*el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder, que nunca podrá atacar con éxito a los otros dos y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquellos*”. Esta idea es básica en el entorno de una constitución limitada, la cual contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como por ejemplo, no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo aviso, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de tribunales de justicia independientes cuyo deber ha de ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución.<sup>4</sup>

Sin embargo, la exclusividad de la función jurisdiccional también acarrea límites para el juez pues, como señala Díez-Picazo, “*no se trata sólo de que únicamente los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial puedan ejercer la función jurisdiccional, sino de que los mismos Juzgados y Tribunales no puedan ejercer, en principio, nada más que la potestad jurisdiccional*”.<sup>5</sup> Primera forma de entender la independencia judicial: como función exclusiva de los magistrados, reconocidos como funcionarios que deben gozar de independencia frente al poder político y con la competencia exclusiva de juzgar. Se debe entender que “*la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al cuerpo de los jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos poderes*”.<sup>6</sup> Esto implicará no sólo la exclusión de los demás poderes del Estado del ejercicio de cualquier forma de función jurisdiccional, sino también el límite para estos poderes de no dictar normas que regulen el ejercicio de la misma.

## **b) La independencia como inamovilidad**

Un segundo concepto de independencia es el de la inamovilidad del magistrado.

Por inamovilidad se entiende que el magistrado no puede ser cambiado en forma arbitraria de su cargo. La inamovilidad del juez en el cargo existía en Francia desde el siglo XV, producto de la progresiva sustitución de los servidores por legalistas en la curia regia, y no buscaba mayor independencia de dichos servidores sino la más estricta fidelidad posible. Una vez proclamada la separación de poderes, la inamovilidad pasa a convertirse en la pieza esencial de la independencia del Poder Judicial, apareciendo como presupuesto de la justicia moderna en la Constitución francesa 1791. Así, se empieza a entender la independencia judicial en términos de la inamovilidad del juez en su cargo como exigencia de estabilidad del juez-funcionario en el ejercicio de su función. Para Morati la inamovilidad “*asegura al magistrado la*

---

<sup>3</sup>Ibid. Op. cit., pp. 11-12.

<sup>4</sup>Ibid. Op. cit., p. 12

<sup>5</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis María. Régimen constitucional del Poder Judicial. Madrid: Cívitas, 1991; p. 49.

<sup>6</sup>MUÑOZ-MACHADO. Ibid. Op. cit., 13.

*estabilidad del cargo, la permanencia en el puesto, en la sede, en las funciones; sustrayéndole así a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial*".<sup>7</sup> La inamovilidad, además, se convierte en la garantía de la denominada "independencia interna", evitando que los órganos de gobierno del Poder Judicial, puedan influir en la imparcialidad del juez en la resolución de los conflictos que le sean sometidos a su juicio.

Un ejemplo de contraveniencia a la característica citada se advirtió durante la intromisión fujimorista en el Poder Judicial de la década pasada no se respetó la inamovilidad de los magistrados, y el no hacerlo se convirtió en uno de los mecanismos preferidos por el régimen para apartar a los magistrados que le resultaban incómodos. Así, magistrados probos y especializados, fueron cambiados a puestos burocráticos o alejados de sus áreas de especialización.

### **c) La independencia judicial como sujeción a la Constitución y a la ley**

Finalmente, se ha entendido la independencia judicial como la estricta sujeción del magistrado a la Constitución y a las leyes. Durante el siglo XIX la independencia, entendida como la inamovilidad de los jueces, cobró tanta importancia que el concepto de independencia desapareció de las Constituciones, empezándose a hablar exclusivamente de la inamovilidad de los jueces.

Será recién, en la doctrina publicista de los primeros años del siglo pasado, que la posición de los jueces se relacionará con la dependencia en su actuación conforme o en sujeción exclusiva a la ley.

Esta noción de la sujeción del juez a la ley estaba presente en la doctrina desde Montesquieu en el siglo XVII. Sin embargo, este autor tenía una concepción bastante restringida de lo que esta sujeción significaba. Consideraba que la sujeción a la ley debía anular cualquier actuación creadora de parte del juez, llegando a sostener que "*los jueces no son más que el instrumento de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*".<sup>8</sup> Por ello su conocida descripción del Juez como "boca de la ley".

Sin embargo, el engarce entre el juez y la ley, a partir de la función creativa de éste, recibe una especial atención en la teoría kelseniana de la formación y aplicación del Derecho. Por lo general, el derecho da origen a normas generales positivas, donde un determinado hecho abstracto se enlaza con una consecuencia jurídica igualmente abstracta. Pero, para que la norma adquiera sentido, se necesita una individualización al caso concreto, por ello la sentencia del juez no puede restringirse a ser una mera "declaración de derecho", como si se limitase a formular una declaración de lo que es Derecho en la norma general. Ésta, argumenta Kelsen, es una explicación que no alcanza a mostrar el sentido de la norma jurisdiccional. Por el contrario, la sentencia crea una nueva relación, determina un hecho concreto, señala una consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. El acto de jurisdicción es, para Kelsen, un acto creativo de Derecho.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 19.

<sup>9</sup>CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. Sociedad, democracia y justicia. Independencia Judicial, Fundación Myrna Mack; 1ª Edición, Guatemala, 1997. Pág. 14

Se considera vital hacer una diferenciación entre la independencia de los jueces, la independencia de la justicia y la independencia del poder judicial porque en muchas ocasiones se cae en esa equivocación de considerarlos sinónimos. Para comenzar, la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador de poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático de derecho.

En la actualidad el juez es titular de uno de los poderes del Estado, al administrar justicia, ejerce la soberanía del Estado garantizando los derechos y las libertades de todos los ciudadanos, incluso respecto a los otros poderes del Estado teniendo como único vínculo la constitución, la ley y los límites mismos del objeto del litigio; en otras palabras, el juez es una persona, dotada, por ende, con conciencia moral y, en consecuencia, no puede imponérsele la independencia ética o moral, que es algo completamente individual y de su conciencia.<sup>10</sup> Pero, la independencia de los jueces no puede entenderse como la separación de todo tipo de control democrático popular, la sujeción al control del ejercicio de toda potestad política es también un elemento característico del Estado de Derecho, o sea, todo poder debe tener su sistema de control y, lógicamente, el poder judicial no es la excepción porque el poder judicial es un poder democráticamente controlado, aún cuando siempre pueda profundizarse y perfeccionarse en dicho control, pero prescindiendo del perjuicio de pretender aplicar perspectivas propias de los poderes cuya legitimación se encuentra en el principio de mayoría y representación a un poder cuya legitimación no es electiva sino de ejercicio.

La independencia de la justicia constituye un instrumento de protección de los derechos fundamentales y, ya que estos son esencialmente derechos garantizados por la ley frente a las mayorías frente al poder, su defensa exige invocarlos ante la justicia que solo podrá desarrollar su función y reintegrar el derecho violado si está en condiciones de actuar sin sufrir presiones del poder e incluso, de las mayorías. El valor democrático que posee esta independencia de la justicia significa el reconocimiento de la necesidad de los mecanismos institucionales aptos para hacer efectivo el principio, pues la independencia no se reconoce como valor personal del juez sino como instauración de aquellas condiciones individuales y estructurales que permitan una actuación jurisdiccional sometida únicamente al imperio de la ley.<sup>11</sup>

Lo que caracteriza al poder judicial es la potestad jurisdiccional, entendida ésta como la capacidad de resolver litigios y todo tipo de procesos (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). En el plano práctico esto se traduce en las siguientes funciones: a) ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular; b) someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley; c) controlar la legalidad de la actuación administrativa y d) ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

La independencia del Poder Judicial es, quizás, la cuestión más importante sobre la estructuración y funcionamiento de dicho Poder. Por eso ha sido una necesidad constitucional el proclamar expresamente este principio. Son varias las Cartas Políticas de diferentes países que lo consagran, recogido como una necesidad fundamental. Así como Alexander Hamilton, uno de

---

<sup>10</sup>IDEM 9

<sup>11</sup>SENESE, Salvatore: "Associatonisme du Magistrats, formations du juge et droit fondamentaux" Padova; CEDAM, 1992



los artífices de la Constitución de Estados Unidos, quien escribió que "no hay libertad, si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola, pero sí tendrá todo que temer de la unión de ésta con cualquier de los otros departamentos".

Uno de los pilares fundamentales de cualquier sociedad democrática es precisamente el contar con un sistema de justicia independiente. Son la justicia y el Estado de Derecho el fundamento básico y elemental de los derechos humanos, su protección y cumplimiento; así como la seguridad personal y jurídica son esenciales para el funcionamiento de la democracia y facilita el crecimiento económico de un Estado.

Para Nicola Picardi la independencia judicial puede distinguirse en Independencia de la magistratura e independencia del juez. La primera es condición de la segunda e implica la autonomía de gobierno y el poder disciplinario. La independencia del juez, por su parte, es la que comporta la garantía de que el juez no estará sometido a las presiones de los poderes externos a la propia magistratura, pero también implica la seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la misma judicatura.<sup>12</sup>

Según Pelayo García Sierra, "la independencia del poder judicial se entiende comúnmente en su reducción psicológica, referida a los jueces o magistrados, significando la inmunidad (o libertad de) que ellos debieran tener para «juzgar en conciencia», es decir, libres de las influencias (por solidaridad, por soborno o por miedo) de personas o grupos ajenos al sumario. El símbolo que representa la justicia como una matrona con los ojos vendados hace alusión a esta independencia o libertad de juicio según la cual deberían actuar los tribunales de justicia".<sup>13</sup> Víctor Manuel Peña Herrera dice: "La independencia del poder judicial es la más preciosa y fundamental de las garantías; es la salvaguardia de todos los derechos de los asociados y el único refugio que éstos tienen en contra de la arbitrariedad. El Poder Legislativo no puede, pues, aplicar la ley en caso determinado; y sus actos, ora constituyen leyes nuevas, ora interpretan las antiguas, han de tener siempre un sentido abstracto y general".<sup>14</sup> La independencia del poder judicial es la piedra angular para el éxito de la reforma y condición para un sistema de justicia imparcial, eficiente y fiable. Una judicatura independiente toma decisiones vinculantes sobre cómo se aplica la Ley al Estado y la ciudadanía en los casos que se le presentan. Sin eso, el Estado de Derecho que garantiza a los ciudadanos acceso a mecanismos de solución de conflictos, protege los derechos constitucionales y garantiza la supeditación del Estado a las leyes no puede funcionar.

Por eso, según Juan E. Méndez, "la independencia externa es la reducción de la vulnerabilidad del poder judicial a las presiones de otras ramas de gobierno, de los militares y de fuerzas privadas influyentes. La falta de independencia externa queda demostrada en ejemplos de poderes externos que arreglan nombramientos, tienen la capacidad de sacar o descalificar jueces, ignorar sentencias o cerrar tribunales del todo. La independencia interna es igualmente importante para el funcionamiento justo y eficiente del sistema de justicia. Se refiere a la auto reglamentación de los jueces y al sistema de los tribunales. Una vez que el poder judicial obtiene

---

<sup>12</sup>PICARDI, Nicola. Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina; Roma, UNICRI, Publicación N° 45.1992

<sup>13</sup>ORTIZ, Esteban. "La necesidad de independencia del poder judicial: alternativas para una posible solución" 30 junio de 2008 <http://www.monografias.com/trabajos34/independencia-poder-judicial/independencia-poder-judicial.shtml>

<sup>14</sup>Idem 13

*independencia frente a influencias externas al tener garantías legislativas y administrativas, es necesario que los jueces mismos tengan las capacidades necesarias para hacer su labor en forma justa y efectiva”.*<sup>15</sup>

La independencia interna debe ser entendida como la libertad que el juez posee para tomar las decisiones pertinentes sobre los casos que caen en la esfera de su conocimiento sin recibir la presión de los órganos considerados superiores en el interior de la estructura judicial. La lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la violación a la propia independencia externa. Ello obedece a que el ejecutivo y los diferentes operadores políticos suelen tener interés en algunos conflictos, en general bien individualizados y aislados (salvo casos de corrupción muy generalizados, es decir, de modelos extremadamente deteriorados), pero los cuerpos colegiados que ejercen una dictadura interna y que se solazan aterrizando a sus colegas, abusan de su poder en forma cotidiana. Esta independencia sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias. Este modelo horizontal constituye, justamente, la estructura opuesta a la verticalizada bonapartista, cuya máxima expresión fue la judicatura fascista.<sup>16</sup>

Es en el ámbito de la administración de justicia donde es definida la vigencia de los derechos fundamentales al interior de las sociedades contemporáneas, probando si las libertades y garantías enunciadas en los diversos instrumentos internacionales e internos, tienen la aplicación real al interior de las comunidades o sólo caen en el ámbito de las falacias jurídicas.

El órgano judicial es independiente frente a los otros poderes del estado; cuando se asegura que un poder judicial es independiente, lo mismo se puede predicar de sus jueces, pues estos son los que deben hacer realidad la función a aquel encomendada. La independencia coadyuva a que los jueces que lo conforman también puedan serlo, constituyendo un instrumento de protección de los derechos fundamentales, por el hecho de que estos son garantizados por la ley frente a la mayoría, frente al poder estatal que, a la larga, no es patrimonio de los aplicadores de la ley sino una garantía ciudadana.

## II. Acceso a la Justicia

Es dable considerar que, primeramente, se debe definir qué es justicia. Esta es comprendida como constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde. Esta idea tan genérica cobra expresión en dos tipos de justicia reconocidos: la conmutativa, trasunto del principio de reciprocidad, que exige dar en contraprestación otro tanto de aquello que se ha recibido como prestación de forma proporcional, y la distributiva, concepto más amplio, que hace referencia a la solidaridad con los más débiles de la sociedad, a cuyo fin se procurará una cierta redistribución de cargas y ventajas de acuerdo a sus necesidades con el objeto de paliar y suprimir las desigualdades que son independientes de los méritos y el esfuerzo personal o su contribución social.

---

<sup>15</sup>Ibídem

<sup>16</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul. Estructuras judiciales; Editora Comercial, Industrial y Financiera S.A., Buenos Aires, 1994. Pág. 110

La discusión sobre la justicia ocupa uno de los lugares mas destacados en la historia de la filosofía, así, contamos con los postulados de Platón sobre la justicia en su obra *La República* donde la consideraba como armonía o virtud máxima o las tesis aristotélicas que dedicaron esfuerzos a la conceptualización y clasificación de las formas de la justicia, llegando al punto de establecer que es “la virtud por la que los hombres hacen lo justo”.

Luego de hacer un enfoque del termino justicia es conveniente entrar al punto neural de este tema definiendo al acceso a la justicia como un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesible, por parte de todas las personas físicas o jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza o religión. En este sentido es importante tener presente lo vertido en el Mensaje del Papa Pablo VI en el que reflexiona sobre la paz: es difícil, pero es también indispensable, formarse el concepto auténtico de la paz. Difícil para quien cierra los ojos a esa primera intuición que nos dice que la paz es una cosa profundamente humana. Este es el mejor camino para llegar al descubrimiento genuino de la paz: si nos ponemos a buscar dónde nace verdaderamente, nos damos cuenta de que ella hunde sus raíces en el auténtico sentido del hombre. Una paz que no sea resultado del verdadero respeto del hombre no es verdadera paz.

Este es el hecho que caracteriza el mundo moderno y lo distingue del antiguo. Hoy va progresando la conciencia de la justicia. Nadie, así se cree, contesta este fenómeno. No es posible ahora hacer un análisis de él, es sabido por todos que hoy, gracias a la difusión de la cultura, el hombre, todo hombre tiene una conciencia nueva de sí mismo. Todo hombre sabe hoy que es persona y se siente persona, es decir, un ser inviolable, igual a sus semejantes, libre y responsable; y admisiblemente también, un ser sagrado. Así, un conocimiento diverso y mejor, es decir, más pleno y exigente, de la sístole y de la diástole de su personalidad, esto es, de su doble movimiento moral de derecho y deber, llena la conciencia del hombre, y una justicia no ya estática, sino dinámica, le brota del corazón. No es este un fenómeno colectivo, universal, los países "en vías de desarrollo" lo gritan en alta voz; es voz de pueblos, voz de la humanidad; ella está reclamando una nueva expresión de la justicia, un nuevo fundamento para la paz.

Justiniano caracterizó la justicia como el deseo constante y perenne de entregarle a cada uno lo que es debido. La dificultad estriba en establecer que se debe a quién y por qué. Este principio es básico, por tener en cuenta al encarar la salud pública de una comunidad, y múltiples son las interpretaciones de las que de éste se derivan. Es por ello que se concibe la idea de un derecho a la justicia el de suponer un estado social de derecho o en su defecto, un estado en donde se practique la justicia. El derecho de acceso a la justicia es el cimiento de los restantes derechos y garantías; así como el negar el derecho a la vida es la negación de todos los derechos que la constitución y las leyes establecen, la denegación de justicia en que pudiera incurrir un organismo jurisdiccional hace letra muerta las garantías procesales que la propia constitución establece.

El acceso a la justicia es un derecho que exige que no sólo se proporcione una asistencia judicial que garantice un debido proceso por la vía de la igualdad de las partes en el ejercicio de sus derechos, sino que también debe entregarse un servicio de carácter formativo e informativo que permita a los usuarios, o los que acceden a ella, adquirir el conocimiento jurídico necesario para comprender el alcance de sus derechos. Por lo que la calidad de los servicios del



profesional jurídico se valorará no solo por las destrezas de gestión, sino también de acuerdo a su desempeño como formador de una conciencia jurídica tal que, frente a una problemática legal, cada ciudadano sea capaz de adoptar decisiones informadas y responsables en aquellos temas que le afecten.

La hazaña de redefinir el concepto de acceso a la justicia implica que, al momento de definir las condiciones mínimas de satisfacción del servicio, este debe ser asequible (geográfica e ideológicamente), dar respuesta a las necesidades de justicia en forma integral, oportuna, eficiente y eficaz y promover la participación, la capacidad de discernimiento jurídico de las personas y el desarrollo de relaciones de confianza, así como también el prestar asistencia jurídica y judicial gratuita sólo a las personas de más escasos recursos y respecto del resto su satisfacción queda entregada a los actores privados, quienes deben prestar el servicio en condiciones tales que respondan a los parámetros básicos de calidad o condiciones mínimas de satisfacción de los imperativos constitucionales en juego.

Es de vital importancia examinar los principios que rigen el servicio público y relacionarlos con el funcionamiento del sistema de administración de justicia y así determinar los diferentes aspectos que puedan explicar el mayor o menor grado de acceso a la justicia. Como primer principio se tiene que el servicio público de justicia debe caracterizarse por la **continuidad**, en atención al interés general que debe realizar y proteger el Estado, en el caso concreto, la Justicia. En segundo lugar, la **adaptación**, que tiene una estrecha relación con el principio anterior porque, ante la variación de las condiciones imperantes y en la medida en los hechos perjudiquen la prestación del servicio, el Estado debe preocuparse de someter al mismo a cambios, reformas o innovaciones que permitan su continua prestación. El tercer principio consiste en la **igualdad**, que es uno de los principios regentes de toda la doctrina jurídica, y en especial en el ámbito de los derechos fundamentales o derechos humanos, sobremanera al tratarse el tema de acceso a la justicia ya que, para que se de la adecuada prestación y administración de justicia, teleológica y pragmáticamente, debe accederse y operarse en igualdad de condiciones para los diferentes sujetos procesales, siendo el Estado encargado de compensar las desigualdades sociales con medidas afirmativas que hagan más parejo el campo de juego. Como cuarto principio se encuentra el de la **celeridad**, que es el que presenta mayores obstáculos para poder obtener un adecuado acceso a la justicia porque debido a la inoperancia, o desinterés estatal, de detectar con rapidez las causas de retardación de justicia, de los largos y cuantiosos procesos, de los litigios sin la adecuada representación, el derecho de acceder y obtener justicia se ve sensiblemente lesionado y con él los demás derechos fundamentales y derivados cuya violación sea reclamada. Quinto principio, **gratuidad**. La gratuidad en el ámbito de la administración de justicia debe ser entendida en el sentido de disponibilidad orgánica y funcional, es decir, en la posibilidad real de todo operador del sistema de acudir físicamente al mismo y defender sus derechos mediante una adecuada representación que no implique para él un costo que convierta en engañoso el derecho de acceso y atención. Los principios cuarto y quinto vendrían a constituirse en "el núcleo fuerte" de las barreras que dificultan, cuando no imposibilitan, un acceso justo y equitativo.

La impartición de justicia es un servicio público de vital preponderancia, porque se ha establecido como una garantía individual el acceso a la misma, así como todo un cuerpo especializado, cuya función se considera tan importante que ha dado lugar al nacimiento de un auténtico "poder" en la clásica división tripartita: el Poder Judicial. El acceso a la justicia es una garantía consagrada en los textos normativos nacionales e internacionales con jerarquía constitucional que implica, entre otras, las siguientes garantías de las partes:

a) Libre acceso a la justicia: todas las personas pueden acceder a la impartición de justicia sin limitante alguna por causa de sexo, nacionalidad, raza, credo o posición económica.

b) Diligencia y plazo legal: la justicia debe impartirse en los plazos legales, sin caer en dilaciones que afecten a las partes

### III. Valoraciones

La independencia de la judicatura requiere que esta tenga jurisdicción exclusiva sobre todas las cuestiones de índole judicial. Ello significa que las decisiones judiciales de los tribunales no pueden ser revisadas por autoridad no judicial en detrimento de una de las partes, excepto en lo referente a la mitigación o conmutación de penas y a los indultos; además requiere que sus funcionarios gocen de completa autonomía respecto de aquellos que desempeñan la actividad fiscal.

El juez es titular de uno de los poderes del Estado. Al administrar justicia, ejerce soberanía del Estado garantizando los derechos y las libertades de todos los ciudadanos, incluso respecto a los otros poderes del Estado. Y para cumplir esta función necesita, no como privilegio personal, sino como una garantía funcional, un estatuto especial cuya característica más sobresaliente ha de ser, la independencia, entendida de modo que el juez, a la hora de adoptar su decisión sobre el litigio que se le ha sometido, no ha de tener otros vínculos que la Constitución, la ley y los límites mismos del objeto del litigio.

La protección de la independencia de la judicatura requiere que las personas que desempeñen esta función sean elegidas conforme a criterios de experiencia y formación académica solvente y sólida y no por razones ajenas a la eficiencia y vocación. Eso no significa que los jueces se conviertan en seres infalibles, en muchas ocasiones pueden ser sujetos de ambiciones mal enfocadas alejándose de su función principal y si en un determinado momento las instancias determinan que la labor de algunos funcionarios no comulga con los objetivos o la visión del órgano judicial, debe depurarse tomando en cuenta los principios de diligencia e imparcialidad. Es muy delicado, en algunos momentos, actuar conforme al deber ser ya que representa que se abstraer de la realidad en la que se vive, pero eso no significa que no sea posible.

La independencia judicial no es un fin, sino el medio hacia un fin. Es la médula del imperio de la ley que da a la ciudadanía la confianza en que las leyes se aplicarán justa e igualmente. En ninguna otra parte se evidencia más patentemente este interés que en la protección judicial de los derechos humanos. Muchos países han demostrado que es factible obrar de esa manera pero para que verdaderamente se llegue a concretizar dicha situación es necesario un cambio de cultura e indiscutiblemente, de una jerarquización interna, ya que como herencia Napoleónica se ha optado por una jerarquía vertical que en determinados momentos puede llegar a considerarse, burocrática, obsoleta y excluyente llevándonos a la famosa mora judicial y a conflictos entre judicaturas de menor y mayor jerarquía, siendo la solución a esto, una jerarquización horizontal que permita situar a la judicatura en condiciones de igualdad entre los jueces.

Es de ponerse a pensar que entes internacionales como el Banco Mundial consideran que en los países de Latinoamérica no hay un verdadero estado de Derecho por la debilidad que presenta el sistema de justicia y lo peor del caso es que los ciudadanos no lo perciben y, en el hipotético caso de

hacerlo, prefieren obviar esa situación, convirtiéndose indirectamente en cómplices. El sistema de justicia necesita de manera imperiosa que se transforme conforme a los dogmas de un Estado Constitucional de derecho.

El servicio público de justicia debe caracterizarse por la continuidad, en atención al interés general que debe realizar y proteger el Estado, en este caso, la justicia. También debe regirse por la adaptación, porque ante la variación de las condiciones imperantes, y en la medida en que este hecho perjudique la prestación del servicio, el Estado debe preocuparse por someter el mismo a los cambios, reformas e innovaciones que permitan su continúa prestación.

El desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos en el estamento judicial genera una insuficiente aplicación de los derechos constitucionalmente consagrados, los cuales mantienen una estrecha relación con la normativa internacional. La desprotección de los derechos establecidos en la constitución lleva implícita la desatención de los pactos y convenios internacionales que sobre la materia se hayan suscrito y ratificado, y que constituyen obligaciones solemnes adquiridas por los Estados ante la comunidad internacional, desvirtuándose su parámetro de Estado democrático y respetuoso de la persona. Pero a nivel del derecho internacional, y específicamente en el ámbito de los derechos humanos, se encuentran instrumentos de carácter no convencional; como ejemplo de ello tenemos los “Principios básicos de Naciones Unidas Relativos a las Independencia de la Judicatura” (1985), “Los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados” que fue aprobado en el Octavo congreso sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente en La Habana, 1990 entre otros.

La presunción absoluta de que todos conocen la ley y su interpretación rigurosa, hace que en nuestro sistema jurídico prevalezca el principio de derecho “la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad jurídica” aún cuando se sabe que es insignificante el número de quienes verdaderamente la conocen. El desconocimiento del derecho es una de las barreras que impiden el acceso al sistema de impartición de justicia, y no solamente esto, sino que también un desconocimiento del derecho como sistema de convivencia u orden social es lo que ha provocado, en gran medida, conceptos e imágenes radicalmente erróneas y desvirtuadas de la justicia y del papel de los jueces y los abogados.

La capacitación de los jueces no debe limitarse a la instrucción, debe conducir a un cambio de mentalidad y de postura: de la actitud burocrática del simple ejecutor de leyes, al activista de la justicia que soluciona problemas dentro de la ley pero en forma creativa. Parafraseando a los italianos Carlos Guarnieri y Patricia Pedersoli quienes establecen que: *“el juez ejecutor y el juez delegado de la magistratura burocrática han sido desplazados como modelo por el juez guardián de los derechos fundamentales y el juez creador de derechos, propios de la magistratura profesional y, la tendencia a la judicialización de la política, asegura un mayor sometimiento de los gobernantes a las leyes y una protección más completa de los derechos de los ciudadanos”*.

## Bibliografía

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Administración de justicia y acceso a la justicia, el actual plan sectorial de la rama judicial en Colombia. En: Revista Derecho de Estado [en línea]. Sumario 24 (2010). [Consultado 25 de febrero de 2011] Disponible en

[http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5\\_revistaDerechoDelEstado/numero%2024/PaolaAcosta.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_revistaDerechoDelEstado/numero%2024/PaolaAcosta.pdf)

CARDOZO, Benjamín Nathan. La función judicial. Pérez Nieto Editores; México 1996.

CARMONA RUANO, Miguel. Independencia externa e interna o funcional de los jueces en el marco de un Estado de Derecho. Independencia Judicial, Fundación Myrna Mack; 1ª Edición, Guatemala, 1997. Pág. 48.

CASTAN TOBEÑAS, José. Poder judicial e independencia Judicial; Instituto editorial Reus, Madrid, 1951

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. Sociedad, democracia y justicia. Independencia Judicial, Fundación Myrna Mack; 1ª Edición, Guatemala, 1997. Pág. 14

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Régimen constitucional del Poder Judicial. Madrid: Cívitas, 1991; p. 49.

FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL; Las Instituciones Democráticas en El Salvador: Valoración de Rendimientos y Plan de Fortalecimiento; Capítulo V El Poder Judicial; Primera Edición, San Salvador, 2005.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. "Justicia y Poder Judicial: radiografía de una crisis cronificada. En: Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Publicas. [En línea] Vol. 5 (2009). [Consultado el 10 de julio de 2010] Disponible en : [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/anuario\\_n5\\_2009/05\\_TRI\\_01\\_LOPEZ.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/anuario_n5_2009/05_TRI_01_LOPEZ.pdf)

MORTATI C., citado en: Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Álvarez. Madrid, Tecnos, 1986, p. 124.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Reserva de jurisdicción». En: La Ley, Madrid, 1989; p. 11.

ORTIZ, Esteban. "La necesidad de independencia del poder judicial: alternativas para una posible solución" 30 junio de 2008 <<http://www.monografias.com/trabajos34/independencia-poder-judicial/independencia-poder-judicial.shtml>>

PICARDI, Nicola. Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina; Roma, UNICRI, Publicación N° 45.1992.

SENESE, Salvatore: "Associatonisme du Magistrats, formations du juge et droit fondamentaux" Padova; CEDAM, 1992

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructuras judiciales; Editora Comercial, Industrial y Financiera S.A., Buenos Aires, 1994. Pág. 110.

## MALA PRAXIS Y DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA COMO OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN DEL PROCESO

Federico Londoño Mesa\*

**Resumen:** El presente artículo se ocupa de estudiar como el respeto por el derecho fundamental a una defensa técnica en materia penal es esencial para garantizar el derecho al debido proceso del sindicado y así lograr el objetivo de todo proceso judicial, cual es el de solucionar las controversias mediante la correcta aplicación del ordenamiento jurídico sustancial.\*\*

**Palabras Clave:** Proceso; Contrainterrogatorio; Perito; Prueba Pericial; Estado de Derecho, Derecho de Defensa; Debido Proceso; Manifestaciones Anteriores de los Testigos.

**Abstract:** This article studies how the fundamental right to a technical defense during criminal proceedings is essential in order to guarantee the defendant's right to a fair trial, thus achieving the goal of every judicial process, which is to solve dispute through the correct application of substantive law.

**Key Words:** Judicial Process; Cross-examination; Expert Testimony; Evidence; Rule of Law; Right of Defense; Due Process; Prior Witness Statements.

**Sumario:** I. Introducción. II. Finalidad del Proceso. III. Derecho de Defensa en la Sistemática Procesal Penal Colombiana. IV. Conclusión.

---

\*Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor del área penal y procesal de la Universidad de Medellín. Abogado Litigante en el área penal. Con Estudios en Derechos Humanos y en Sistema Penal Acusatorio. Cursando actualmente estudios de maestría en derecho procesal contemporáneo en la Universidad de Medellín. Correo electrónico: flmesa23@hotmail.com.

\*\*Resumen agregado por la editora.



## I. Introducción

A través de la historia, son diversas las teorías que se han ocupado del desarrollo y evolución del derecho procesal y que han tratado de elaborar una precisión conceptual sobre la finalidad del proceso y, como es apenas obvio, del derecho probatorio como apéndice de él; es por esto que, a lo largo del presente escrito trataremos de analizar el derecho fundamental a tener una defensa técnica, de cara a la garantía del debido proceso, como único camino posible para lograr cumplir el fin mismo de todo proceso judicial y, para ello, nos referiremos a la sistemática procesal de la Ley 906 de 2004 (actual código procesal penal colombiano) y a algunas de sus instituciones y formalidades debido a que, a nuestro modo de ver las cosas, es el que más inconvenientes está presentado en su diario devenir por el rompimiento del esquema judicial y jurídico que sus instituciones, formalidades y ritualidades propias presentan en la práctica a diario con profesionales del derecho, en su mayoría, “acostumbrados” a otras sistemáticas procesales o sin el tiempo suficiente para estudiar y comprender todas y cada una de las instituciones que la mencionada sistemática trae consigo, ocasionando así que se emitan a diario fallos incoherentes, carentes de argumentación y desconocedores de los derechos de quien es enjuiciado, aunado esto a decisiones contradictorias de las altas cortes que impiden se consulte la esencia del proceso y se logre arribar a un fallo lo más cercano a una certeza que consulte lo realmente acontecido.

Para poder abordar el planteamiento que pretendemos presentar, el tema se abordará desde dos perspectivas necesarias para entender el concepto de debido proceso en materia penal (la finalidad del proceso, el derecho de defensa desde un punto de vista técnico y material) aunado esto al manejo adecuado que debe darse a la prueba pericial de cara a la materialización del derecho de defensa desde un punto de vista sustancial, como se verá más adelante.

## II. Finalidad del Proceso

Son varias y no siempre similares en sus planteamientos las tesis que se han encargado de responder la pregunta de ¿cuál será la finalidad del proceso judicial o jurisdiccional?, y es así como autores que no requieren mayor presentación en los foros de debate procesal, como ocurre con el profesor F. Carnelutti “... sostienen que la función del proceso es la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses”,<sup>1</sup> o como el profesor Jaime Guasp que concluyen que “(...) el proceso no es, pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones”<sup>2</sup> o, como lo plantea la Dra. Diana María Ramírez Carvajal “En el ámbito de la evolución de las familias procesales, resolver conflictos de intereses en la sociedad, se entendió, en algunos sistemas jurídicos, como la única finalidad del proceso civil”,<sup>3</sup> siendo aplicable dicha conclusión y aseveración de la Profesora Ramírez Carvajal, a las demás sistemáticas procesales, salvo mejor criterio, pues la denominada “evolución de las familias procesales” no sólo afecta en su esencia, desarrollo e

---

<sup>1</sup>MÚNERA, Villegas Jesús Emilio. *Proceso, Prueba y Verdad*. TEMAS PROCESALES, Edición especial. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal. Julio de 2004. p. 65–66. ISSN 0120-8519

<sup>2</sup>GUASP DELGADO, Jaime. *La Pretensión Procesal*. Editorial Civitas S. A. Madrid 1985, p. 44. En Cita de MÚNERA, Villegas Jesús Emilio... p. 66

<sup>3</sup>RAMÍREZ, CARVAJAL Diana María. *la prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico–*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2009. p. 43.

implementación a las instituciones propias del derecho civil sustantivo y adjetivo, sino a todas las formas sustanciales y procesales que permean, pues son estas la forma de representación en el mundo real de los derechos y obligaciones de todos los individuos de la especie humana; siendo así sencillo extender tal conclusión a los demás sistemas procesales y procedimentales sin importar el área que se pretenda instrumentalizar con ellos dejando claro, desde ya, que no concebimos el derecho procesal, y la esencia del mismo, separado de su función instrumentalizadora de las instituciones sustanciales y acorde con los hechos jurídicamente relevantes al caso concreto; más aún, debe considerarse que “(...) *el proceso es un medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan entre sí para lograr la resolución por una autoridad (...) de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad*”.<sup>4</sup>

Por lo anterior concebimos el proceso como una herramienta (instrumento) que se presenta en el mundo jurídico a través de una serie de actos secuenciales, concatenados e inequívocamente dirigidos hacia una finalidad única y común, es decir, la solución de las controversias y conflictos intersubjetivos de intereses que se presentan a diario en la sociedad mediante la correcta aplicación del ordenamiento jurídico sustancial,<sup>5</sup> es decir, la articulación de la carta de derechos sustanciales mediante esa secuencia de actos, contrario a lo que parecía aseverar en su momento la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-402 de 1992,<sup>6</sup> pues carecería de sentido el estudio de las formas jurídico-procesales fuera de la realidad social, económica y cultural del lugar en que piense aplicarse, ya que el análisis descontextualizado y desconectado de los hechos históricos, es decir, la realización de un proceso judicial y jurisdiccional a través de las diversas formas jurídicas que sea eminentemente teórico y desconectado de la realidad del momento y el tiempo en que se da lo tornaría en insuficiente y carente de sentido; es más, desde la construcción misma de los textos científico – procesales se evidencia tal necesidad, de lo contrario nos preguntamos: ¿Por qué se utilizan ejemplos de realidades fácticas para explicar cada una de las instituciones y figuras analizadas e investigadas?

De ahí que, en la gran mayoría de libros de derecho probatorio, se tratan los hechos como el objeto mismo de la prueba, pero no cualquier tipo de hecho, sino aquel que sea jurídicamente relevante a la causa analizada, es decir, aquel que puede presentarse en el proceso a través de un medio de prueba válidamente producido de acuerdo al agotamiento de las fases del mismo y al cumplimiento de ciertos requisitos que, a nuestro modo de ver, agrupó perfectamente el maestro Devis Echandía en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial* bajo la denominación de requisitos intrínsecos y extrínsecos para referirse a lo que es necesario verificar para así determinar si una prueba se produjo y obtuvo válidamente de cara a

---

<sup>4</sup>ALVARADO, Velloso Adolfo. *Debido Proceso Versus Prueba de Oficio*. TEMIS S. A. Bogotá, Colombia. 2004. p. 11

<sup>5</sup>Siguiendo para ello a RAMÍREZ, Carvajal Diana María. *la prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico-*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2009. p. 43 – 44. “(...) En este sentido se estudia como un mecanismo, un instrumento conformado por actos secuenciales, concatenados, dirigidos a una misma finalidad: la solución del conflicto mediante la aplicación del ordenamiento jurídico sustancial.”

<sup>6</sup>“(...) Hay una mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. En cita de RAMÍREZ, Carvajal Diana María. *Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional*. p. 6.

que surta los efectos jurídicos y legales que se esperan de ella al ser presentados como sustento de una afirmación, pretensión, argumento y/o solicitud en una causa judicial determinada.<sup>7</sup>

Consideramos, en gracia de discusión, que el derecho procesal es necesario para el restablecimiento del orden social preexistente a todo conflicto intersubjetivo de intereses desde, o mejor, a partir de la solución de cada caso en particular como esencia del mismo donde los hechos fijados tanto en la mente de los testigos, como en los objetos que los registran son unos solos, sin importar el calificativo de jurídicos (hechos relevantes jurídicamente) o de sociales que se les dé, pues estos sólo dependen del ámbito en que sean ventilados y analizados para la toma de una u otra decisión o, más aún, para la sola emisión de opiniones en torno a ellos; de ahí que, en torno a ellos se hayan elaborado un sinnúmero de clasificaciones y elucubraciones que desembocan en que *“Parece ser que estos no pueden ser apreciados. En realidad, lo que vemos son objetos y en ellos advertimos modificaciones de forma o de lugar. De modo que el movimiento o la modificación de un objeto da lugar a la producción de un fenómeno del que no podemos darnos cuenta, sino por sus resultados, por sus efectos”*,<sup>8</sup> de ahí que se afirme, y estamos de acuerdo con ello, que *“(…) la verdad tiene tres dimensiones, y que puede presentarse como diferente a quienes la observen desde distintos puntos de vista. (…) Así ocurre en el proceso. Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando la mirada cada cual desde su lado: solo el juez, que se sienta en el centro, la mira tranquilamente de cara”*<sup>9</sup>

Por último, somos de la opinión de que la desvinculación, al menos parcial, del juez del proceso en el Estado de Derecho, como sujeto destinatario de la prueba en términos del Dr. Hernando Devis Echandía,<sup>10</sup> no evita que el proceso garantice derechos fundamentales desde una concepción de la

---

<sup>7</sup>DEVIS, Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970 p. 277 – 278. *“Para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ellas pueden deducirse, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, a saber:*

I) REQUISITOS INTRÍNSECOS. *Estos contemplan la admisión de la prueba en un sentido genérico, es decir, incluyendo su proposición y su decreto oficioso, una vez hechos su averiguación y su aseguramiento si era el caso. Dichos requisitos son cuatro: a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar con ese medio, es decir, que se relacione con el litigio o la materia del proceso voluntario; e) utilidad de la prueba, en cuanto sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo; d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.*

II) REQUISITOS EXTRÍNSECOS. *Estos requisitos, que se requieren tanto para la admisibilidad como para la práctica de la prueba, son: a) oportunidad procesal, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; b) formalidad adecuada para su petición, admisión o decreto u ordenación y práctica; e) competencia y capacidad del juez para recibirla o practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; d) legitimación de quien la pide y decreta”.*

<sup>8</sup>FALCÓN M, Enrique. *Tratado de la Prueba Civil, comercial, laboral administrativa*, Tomo I, Segunda Edición Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina, 2009. p. 99.

<sup>9</sup>CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Ed. E. J. E. A., Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. p. 124. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana *“Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.*

<sup>10</sup>DEVIS, Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970 p. 265, en cita de GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 336; ARAQONESES: *Técnica Procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, p. 497. *“SUJETOS DESTINATARIOS DE LA PRUEBA*. Se trata de las personas a quienes se dirige la prueba, no para soportarla, sino para que su fin se cumpla o su función procesal se realice (cfr., núm. 53-55). Cualquiera que sea la tesis que se adopte sobre el fin de la prueba (demostrar la verdad, o llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, o fijar éstos en el proceso, cfr. cap. IX), el destinatario de ella es siempre y exclusivamente el juez de la causa. En esto existe unanimidad en la doctrina”.



persona real, es decir, no deja de garantizar ni materializar el debido proceso como faro orientador del proceso en la actualidad colombiana; más aún, consideramos que, de una u otra manera, el fin del proceso está determinado por lo que pueda deducirse de los medios de prueba una vez se ha determinado la conducencia, pertinencia, utilidad, legalidad y licitud de los mismos y la finalidad de estos que, a su vez, estará determinada no sólo por lograr hacer arribar al juez al conocimiento necesario para que éste falle una causa (juicio de certeza), sino por haber logrado acreditar la veracidad, verosimilitud o falsedad de un argumento, una afirmación, pretensión o solicitud elevada a la judicatura; más aún puede concebirse al juez como un vocero de la ley o, en términos del maestro Piero Calamandrei “(...), el juez – decía Montesquieu – ni siquiera necesita los ojos para ver la ley, puesto que él es un instrumento inanimado, una especie de vocero a través del cual habla por sí sola la ley; (...)”.<sup>11</sup>

### III. Derecho de Defensa en la Sistemática Procesal Penal Colombiana

#### a. Del Derecho de Defensa Visto desde su Esencia y Finalidad

El derecho de defensa es una garantía absoluta que, partiendo de las formas propias del proceso (formas propias del juicio), constituyen una garantía absoluta que siempre deberá verse a favor del procesado (*indubio pro reo*). El derecho de defensa, en términos del profesor Germán Pabón Gómez:

*“... en sus esencias, contenidos, desarrollos y ejercicios, los que por sobre todo **habrán de ser materiales**, como derecho real que es y debe ser, de cara a su efectiva y prevalente materialización, **deberá sobrepasar la simple perspectiva de lo formal**, y ello se evidencia y proyecta fenomenológicamente en los propios contenidos que se inmersan y contraen en el concepto de **defensa técnica**, la que como **acción real**, implica, ejercicios, discursivas dialécticas, tratamiento de conceptos y de categorías jurídico penales, sustanciales, procesales y probatorias, y desde luego constitucionales...” (Resaltado fuera del texto original)*

El derecho fundamental a la defensa técnica debe ser visto y considerado como parte inescindible del debido proceso derecho, *per se*, fundamental de todos aquellos que se vean inmersos en un litigio sea cual sea su naturaleza. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, ha considerado que:

*“(...) ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, **debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización del proceso**, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio”<sup>12</sup> (Resaltado Propio)*

---

<sup>11</sup>CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Ed. E. J. E. A., Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. p. 242. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana “*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.

<sup>12</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Febrero de 1999. M. P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

De modo que al estar ante una de aquellas causas donde no se encuentre materializado, en modo alguno, el precitado concepto de la Corte puede fácil y tranquilamente concluirse, sin riesgo a errar, que se ha impedido la manifestación en el mundo real del derecho al Debido Proceso Constitucional que asiste a todo procesado pudiéndose, incluso, verificar que en la gran mayoría de dichas causas la decisión estaba ya tomada antes de la práctica misma de los medios de conocimiento, pues el fallador los utiliza simplemente para argumentar y sustentar la posición ya asumida en la causa desde un comienzo o, como se ha denominado tal sistema de valoración, basado en la “**íntima convicción**” del juez a la hora de fallar o, mejor, de asignación de poder persuasorio a cada uno de los medios de prueba.

Ahora, en una de las mencionadas causas, es decir, de aquellas donde tanto los preceptos formales como los sustanciales del proceso y las garantías que éste trae en forma de prerrogativas y derechos para los procesados han sido flagrante y gravemente vulnerados sin encontrar reacción alguna por parte de quien fungía como director de la audiencia (juicio – proceso), es decir, del juez.

De otro lado, la defensa técnica y material no puede considerarse presente y materializada en el proceso con la sola presencia de un abogado silente e, incluso, somnoliento que durante las diligencias no hace más que asentir o firmar lo que a él le pongan al frente en las diferentes etapas y diligencias que conforman el proceso, pues no puede aceptarse que tan digna y necesaria actividad se vea limitada a la “simple” vigilancia y/o contemplación pasiva de lo acontecido durante las diferentes actuaciones procesales y, mucho menos, puede considerarse satisfecha la misma con la sola presencia de un abogado titulado que se encuentre, al menos en abstracto, en ejercicio de las facultades otorgadas por las partes para la representación judicial, pues esto afectaría gravemente los derechos, principios y garantías otorgadas por el Artículo 29 Constitucional a todas las personas sin discriminación alguna, además de estar este ratificado por el Artículo 8° de la Ley 906 de 2004 en sus diversos literales.

De aceptarse, aún siquiera en gracia de discusión, que la sola presencia y supervisión de un profesional del derecho de las diferentes diligencias surtidas durante el proceso constituyen la materialización del derecho de defensa sería minimizarlo injustificadamente a una “técnica” carente de dignidad y probidad alguna, pues de este se desprenden deberes propios de la profesión de abogado que implican “...*haceres, acciones y ejercicios positivos...*”<sup>13</sup> *que no se cumplen nunca “con la sola presencia físico-formal de un abogado firmante, vigilante y/o contemplante e inactivo en significaciones...”*<sup>14</sup>

Los(as) mencionados(as) “haceres, acciones y ejercicios positivos” son y deben considerarse como todas aquellas actuaciones que permitan hacer efectivo tal derecho, tales como la impugnación de decisiones contrarias a derecho, el pronunciarse acorde a las normas sobre las actuaciones surtidas en audiencia, el elevar oposiciones a preguntas y pretensiones indebidas e injustificadas de la contraparte o del juez cuando esto juegue en desmedro de garantías y derechos de quienes están siendo juzgados lo cual conlleva, en últimas, a la verificación de la

---

<sup>13</sup>Germán Pabón Gómez. De la casación y la revisión penal, en el estado constitucional, social y democrático de derecho. Ediciones doctrina y ley, 2003. Segunda Edición. Pág. 739.

<sup>14</sup>Op. Cit.

existencia o inexistencia misma del derecho de defensa visto desde la perspectiva del debido proceso; y es así que debe decirse que el derecho a una defensa no está determinado por la eficacia de las alegaciones u oposiciones presentadas por el profesional del derecho que represente los intereses de los procesados a través del proceso, sino por parámetros racionales a partir de los cuales pueda verificarse su cabida dentro del campo de los hechos y posiciones jurídicas debatidas en el juicio.<sup>15</sup>

Ahora bien, la vulneración grave del derecho de defensa y, por ende, del derecho al debido proceso debido a la poca proba actividad y actitud de algunos profesionales del derecho, sólo desembocan en la transgresión de las normas procesales y sustanciales y convalida, con el paso del tiempo, la inactividad y pasividad asumida frente a situaciones desfavorables y transgresoras del ordenamiento jurídico por parte de la judicatura y del ente acusador que, en últimas, solo van en detrimento de sus clientes y su pretensión, a más de hacer caer en la total y absoluta ignominia tan digna profesión, cual es el ejercicio del derecho, sin dejar de lado que dicho profesional, al igual que el médico, tiene en sus manos la vida de una persona, de un ser humano, que les confía sus sentimientos, deseos, tristezas e, incluso, esperanzas, todo en aras a verse respaldado en un proceso judicial por una voz fuerte y respetuosa de apoyo que llevará al foro sus más íntimas solicitudes y añoranzas que se manifestarán, en últimas, en el lenguaje forense adecuado, es decir, bajo la formalidad de la pretensión.

En la nueva sistemática procesal con tendencia acusatoria asumida en nuestro país, considero que puede verse vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de dos maneras diferentes:

- **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde un punto de vista formal**, es decir, de cara a las formas propias del juicio y del proceso mismo; y
- **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde el punto de vista sustancial**, es decir, debido a la vulneración en que incurren los profesionales del derecho al no respetar a sus clientes ni lo por ellos pretendido o, dicho de otra forma, por no comunicar en su teoría del caso la versión de los hechos percibida por sus clientes y de acuerdo con lo por ellos deseado (siempre y cuando sea verosímil y se encuentre respaldado por los medios de conocimiento que serán aducidos durante las diversas fases del proceso).

Frente a este último punto consideramos, de acuerdo a lo planteado por cierto sector de la doctrina que, el desconocimiento de las formas y términos que asume el derecho en su normal devenir y desarrollo hace improbable que quienes no posean algún tipo de conocimiento sobre el tema comprendan lo que en él ocurre, alejando así cada vez más el derecho de los sujetos que de él participan, es decir, de todos los miembros de la especie humana y, más aún, en algunos casos prácticos y cotidianos se evidencia un claro desentendimiento o desconocimiento de los sujetos procesales frente a las preguntas que se les hace por parte de la judicatura o de su representante tal y como ocurre en la Audiencia de Formulación de Imputación (A. F. I.) donde, el fiscal como encargado de la persecución penal, comunica los hechos que sustentan su pretensión pero,

---

<sup>15</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del dos de Septiembre de 1999. M. P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU. "...ni tampoco puede medirse por la eficacia de sus alegaciones, sino por su contexto de justificación, esto es, por la verificación de que ellas racionalmente si caben dentro del campo de los hechos y posiciones jurídicas posibles que se debaten en el proceso".

aunque el imputado afirma comprender lo que a él se le informa y las consecuencias de las posibles decisiones a tomar, no siempre es así y es por esto que se terminan proponiendo, como causal de nulidad en la Audiencia de Formulación de Acusación (A. F. A.), el desconocimiento o, mejor, la indebida asesoría por parte del profesional del derecho que acompaña al imputado durante la diligencia (bien contractual o bien representante de la defensoría pública) pero que, en la gran mayoría de los casos, no prospera por lo que denomino, con riesgo a errar, una pérdida de la oportunidad pues, como es por todos sabido, no sólo el defensor es quien puede brindar asesoría sobre este punto pues tanto el fiscal como el juez están prestos a aclarar lo que por cualquier motivo no haya sido esclarecido anteriormente, es decir, a la proposición de una causal de nulidad por violación del derecho fundamental a una defensa técnica y material.

Ahora bien, aunque la mencionada pérdida de oportunidad puede estar determinada por el silencio del mismo imputado quien afirma comprender las implicaciones y alcance de su aceptación o de la negativa de la misma aún cuando esto no sea cierto, consideramos muy respetuosamente que el derecho de defensa visto desde el punto de vista sustancial impone al profesional del derecho la carga no sólo de comunicar en los términos de la ley lo que en cada diligencia ocurre y las implicaciones de agotar las opciones que en cada una de ellas se presentan, sino que dicha asesoría se le presente al poderdante en términos tan coloquiales y sencillos que él pueda entenderlos pues, de lo contrario, no consideramos completo ni acorde al caso concreto el derecho de defensa que no podemos entenderlo sólo como la compañía o intervención del profesional del derecho en la audiencia pues, imaginemos simplemente un interrogatorio o contrainterrogatorio elevado por la defensa a un testigo vital para su teoría del caso pero, por la terminología utilizada o la incompleta información y explicación al cliente se pierde la posibilidad de que éste, que por regla general está sentado al lado del profesional del derecho a cargo de la defensa, le dé algunos datos importantes para agotar los temas vitales para reforzar su pretensión pero, por arrogancia, ínfulas de suficiencia o prepotencia, no se tome el trabajo de consultarle todo a su cliente y trabajar conjuntamente la defensa.

Ahora, cada una de las dos formas de materializarse la violación del derecho de defensa que hace un momento enunciamos, pueden tener particulares manifestaciones en un proceso que, de cara a la eventual procedencia del recurso extraordinario de casación consagrado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004,<sup>16</sup> pueden presentarse en cada uno de los casos que se sometan al estudio de un abogado litigante pero, en el caso de la **Nulidad por violación al derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica visto desde un punto de vista formal**, consideramos pertinente

---

<sup>16</sup> Artículo 181. Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”..

enunciar sucintamente y dejando claro, desde ya, que no son los únicos sino los que consideramos más representativos y de común ocurrencia en la nueva sistemática, algunos de los yerros que los abogados defensores cometen a diario en desmedro no sólo de la profesión, sino de los intereses de sus clientes, así:

### I. Manifestaciones anteriores de los testigos (entrevistas)

Si bien las entrevistas o manifestaciones anteriores de los testigos no tienen el manejo de prueba tal y como lo disponen los artículos 393 y 347 inc. final de la Ley 906 de 2004 sí cumplen una función de vital importancia durante el examen de los testigos, más cuando estos incurrir en flagrantes contradicciones durante su examen directo por permitir la impugnación de credibilidad como fin primordial del examen cruzado o conainterrogatorio<sup>17</sup> de los testigos; práctica esta que permite se materialice el derecho de defensa debido a la posibilidad de mostrar la verdad al despacho y darle así argumentos sólidos para fallar en derecho y verdad (Certeza).

Debe, en este punto, decirse que la ausencia de un conainterrogatorio adecuado por parte del abogado defensor, de cara a las contradicciones en que incurran los testigos con respecto a las manifestaciones anteriores de estos, entiéndase por ello las ENTREVISTAS, es una clara transgresión del PRINCIPIO de CONTRADICCIÓN o, en términos de la Corte Suprema De Justicia, el conainterrogatorio es “erigido por antonomasia en el medio legal estatuido para ejercer el derecho de contradicción respecto de la prueba allegada en contra”, motivo este que ratifica aún más el indebido cumplimiento de los deberes propios de abogado<sup>18</sup> defensor en las causas judiciales al evitar realizar el conainterrogatorio cuando éste es necesario pues, como es bien sabido, existe en la práctica forense la posibilidad de llevar a cabo un conainterrogatorio silencioso<sup>19</sup> o, en su defecto, uno aparente.<sup>20</sup>

### II. Examen de los testigos por parte del abogado representante de las víctimas

Aún cuando la Corte Constitucional en Sentencia C – 209 de 2007 fue clara y enfática al analizar y proscribir la intervención del representante de las víctimas en las preguntas y repreguntas a los testigos de cargo y de descargo, el juez y la fiscalía en algunos casos avalan que dicho honorable representante realice un examen propio y directo a los testigos tanto de cargo como de descargo

---

<sup>17</sup>“El conainterrogatorio es, entonces, un instrumento de contradicción de la prueba testifical adversa.”. DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 1.

<sup>18</sup>Sentencia del 26 de octubre de 2007, radicado No. 27608, M.P. Espinoza Pérez.

<sup>19</sup>“La expresión “conainterrogatorio silencioso” (silent cross-examination) es utilizada por Francis L. Wellman para indicar la renuncia técnica, consciente y estratégica al derecho de formular preguntas durante el conainterrogatorio.”. Francis L. Wellman. *The Art of Cross-examination*, Dorset, Press, New York, Fourth Edition, 1986, Capítulo VII, p. 132 y ss. En cita de DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 339.

<sup>20</sup>Ver para ello a DECASTRO, González Alejandro. El Conainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005. p. 339: “Puede también presentarse que el caso en que se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el conainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia; en ese caso se habla de un conainterrogatorio aparente, modalidad de conainterrogatorio silencioso, solo que no total, sino apenas parcial”.



sin que el abogado defensor se oponga bajo el argumento de darle mayor celeridad al Juicio Oral pues, según lo mandado por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia, las preguntas que la representación de las víctimas desee realizar, deberán hacerse a través del representante de la fiscalía, no de forma directa aún cuando en algunos casos lo consienten expresamente violando así flagrantemente las formas propias del proceso, del derecho de defensa y, por ende, del debido proceso.

### III. Incorporación del informe pericial

Aún cuando la indebida producción y aducción de un medio de prueba al proceso puede configurar, al ser valorada por el fallador como sustento de una condena, una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad en su aspecto positivo, pues al apreciar una determinada prueba y otorgarle validez jurídica, sin llenarla y, por ende, considerar que cumple las exigencias formales de producción,<sup>21</sup> la inactividad frente a ello por parte del defensor puede, en gracia de discusión, constituir una violación formal del derecho de defensa pues no oponerse a la incorporación de, por ejemplo, un informe pericial como prueba en un proceso penal no sólo denota el desconocimiento de la normativa procesal, sino el descuido frente de las obligaciones que asume al tomar una defensa penal.

Es así como el error que más se presenta en la nueva sistemática procesal penal, y como hace un momento dejamos entrever, es frente a la incorporación de los informes periciales como pruebas en el proceso, aún cuando el informe que debe presentar el perito (Artículos 412 y 415 de la Ley 906 de 2004) bajo ninguna circunstancia debe considerarse como una prueba autónoma sino como un “**GERMEN DE LA MISMA**”,<sup>22</sup> bajo el entendido de que tampoco podrá presentarse como prueba documental así sea un documento en estricto sentido lingüístico, y así lo ha considerado la Corte en Sede de Casación:

*“... Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales (...) En otras palabras, el informe en efecto es un documento, pero no es conducente para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía, por expresa limitación legal”.*<sup>23</sup>

De ahí que debe decirse que la adecuada forma de valoración del peritaje practicado en juicio es mediante el análisis de lo dicho en audiencia del juicio oral por el testigo perito, más no de lo consignado en un documento que, si bien ostenta dicha calidad, nunca ingresará al juicio oral como prueba.

---

<sup>21</sup>Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15.042, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. En el mismo sentido Sentencia con Radicado 30214 del 17 de Septiembre de 2008: “... el juzgador incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad cuando al valorar las pruebas allegadas al juicio oral excluye una que cumple con los requisitos que condicionan su validez y/o aprecia un medio de convicción allegado de manera irregular, esto es, con violación de los derechos fundamentales (prueba ilícita) o con trasgresión del rito establecido en la ley para su producción y aducción (prueba ilegal)”.

<sup>22</sup>Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, Sala de Casación Penal de la C. S. J., M. P. SIGILFREDO ESPINOZA PÉREZ, con radicado 30214.

<sup>23</sup>Ibídem.



De otro lado debe decirse que de acuerdo a lo previsto en los artículos 412, 414, 415 y 420 de la ley 906 de 2004 una vez citado y aprobado por parte del juez el informe y, por ende, la pericia a realizar por el experto encargado por la parte de ello, éste deberá concurrir a la audiencia de juicio oral a DECLARAR sobre su arte y los resultados de la aplicación del mismo a lo solicitado por quien lo cita siendo base para su apreciación y, por ende, de asignación de poder suasorio "...la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder...";<sup>24</sup> mas no lo consignado en su informe que, como queda claro, es simplemente una manifestación anterior del declarante que, en el caso concreto, ostenta la calidad de experto; por ello, el manejo de los informes en un caso determinado no es el de numerarlos como prueba y esperar que el fallador los cite y transcriba en su fallo para sustentar su decisión, sino la de cualquier declaración anterior de cualquier tipo de testigo, es decir: No ser considerados como prueba, por no serlo, no darle el manejo de tal, no ser usados para sustentar una condena, sino ser usados para refrescar la memoria del testigo, para impugnar su credibilidad y nunca, se repite, nunca asignarle poder el suasorio de una prueba por cuanto no lo es (Artículos 347 in fine y 393 lit. b.).<sup>25</sup>

#### IV. Conclusión

El ejercicio y garantía del derecho de defensa reclama y exige que al menos quien esté a cargo de su ejercicio realice significativos "haceres", es decir, ejercite actos técnicos defensivos propios de su esencia bien sea en actos propios de impugnación, contradicción probatoria, oposiciones frente a la incorporación de elementos con vocación de prueba, entre otros, con cabida dentro de las normativas propias de la sistemática y dentro de las discusiones sustanciales, procesales y probatorias pero nunca puede considerarse materializado con simples actos contemplativos, de simple vigilancia y/o supervisión así se entiendan estos, o traten de mostrarse, como estrategia defensiva pues únicamente pueden entenderse traducidos en pasividad, inactividades e **INDEFENSIONES**, y en flagrante incumplimiento de los deberes propios y derivados del mandato otorgado, como lo ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel; del 18 de septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y del 3 de junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia.<sup>26</sup>

De ahí que la representación formal del derecho de defensa (simple designación y presencia del abogado defensor) por sí sola es insuficiente y no evidencia la real materialización del derecho de defensa técnica y material pues este derecho – garantía fundamental y absoluto logra configurarse con "expresiones reales y de proyecciones de verdaderos actos defensivos" lo cual impide se materialice el debido proceso como garantía máxima del Estado Social de Derecho y los cuales deben entenderse desde el punto de vista de las posibilidades de controvertir o contraprobar las decisiones de tal manera que la pasividad e inactividad del defensor frente a estas situaciones no pueda entenderse como estrategia defensiva, sino como abandono de la

---

<sup>24</sup> Artículo 420 Ley 906 de 2004 (C. P. P.)

<sup>25</sup> En el mismo sentido ver Sentencias con radicado 25920 de 21 de Febrero de 2007, 26128 de 11 de Abril de 2007, 27536 de 6 de Septiembre de 2007 y 28862 de 20 de Febrero de 2008

<sup>26</sup> "Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado, idiomática y jurídicamente, significa un despliegue de medios o esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquel, la jurisprudencia de esta sala ha repudiado la pasividad del defensor, de manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exige de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio, pues solo así se satisface la dialéctica propia del proceso. (...)"

actividad encomendada de acuerdo a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de Octubre de 2001. M. P., Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Es claro entonces que la inactividad de los abogados defensores durante la audiencia de juicio oral no puede responder a una estrategia defensiva sino al desconocimiento y falta de comprensión de las instituciones propias de la nueva sistemática procesal penal, hecho éste que impide se logre cumplir la finalidad propia de todo proceso sin importar la posición que frente a este tema se asuma, pues se torna en imposible tanto la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses como la satisfacción de las pretensiones y, ni que decir del restablecimiento del orden público, la paz social y la convivencia de los individuos pues sin un adecuado ejercicio de la profesión, es imposible un normal y adecuado desarrollo del proceso y, por ende, de la consecución del fin deseado.

### **Bibliografía**

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso Versus Prueba de Oficio, Temis, Bogotá, 2004.

CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado, traducción de S. Sentis. Ed. Ejea, 2003. Reimpresión de 2003, Edición a cargo de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Volumen que constituye la traducción de la obra italiana "Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Tercera edición. Obra publicada por Le Monnier, Firenze.

CARVAJAL RAMÍREZ, Diana María. La prueba de oficio –una perspectiva para el proceso dialógico-. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 209 de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, en sentencias del 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 18 de Septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 3 de Junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Febrero de 1999. M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del dos de Septiembre de 1999. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15.042, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de Febrero de 2007, con radicado 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de Abril de 2007, con Radicado 26128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de Octubre de 2007, con Radicado 27608, M. P. Sigifredo Espinoza Pérez.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de Febrero de 2008, con Radicado 28862.

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de Septiembre de 2008 con Radicado 27536

\_\_\_\_\_, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008, con Radicado 30214. M. P. Sigifredo Espinoza Pérez.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional. En: Controversia Judicial. Librería Jurídica Sanchez, p.105 - 125, Medellín, 2006.

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. El Contrainterrogatorio. COMLIBROS y Cía. Ltda. Medellín, Colombia. 2005.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Edit. ZABALÍA. Buenos Aires, Argentina, 1970

FALCÓN M, Enrique. Tratado de la Prueba Civil, comercial, laboral administrativa, Tomo I, Segunda Edición Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina, 2009.

GÓMEZ PABÓN, Germán. DE LA CASACIÓN Y LA REVISIÓN PENAL, EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Ediciones DOCTRINA Y LEY, 2003. Segunda Edición.

MÚNERA VILLEGAS, Jesús Emilio. Proceso, Prueba y Verdad. TEMAS PROCESALES, Edición especial. Memorias III Congreso Antioqueño de Derecho Procesal. Julio de 2004.

RÉGIMEN PENAL COLOMBIANO. Legis. Bogotá.

## EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y LA GESTIÓN AMBIENTAL EN EL SECTOR ELECTRICO COLOMBIANO

Jaime León Arcila Rueda\*

**Resumen:** Más allá de las obligaciones legales señaladas al Sector Eléctrico Colombiano en punto a su gestión ambiental, están los desarrollos que la Corte Constitucional ha realizado por medio de su jurisprudencia, estos avances son abordados en este artículo bajo la técnica del precedente jurisprudencial, de tal manera que se presenta el análisis de una línea jurisprudencial relacionada con el derecho a un medio ambiente sano, el análisis de esta línea necesariamente conlleva el replanteamiento del escenario jurídico, tanto legal como constitucional, que enfrenta el sector tratándose de su gestión ambiental.

**Palabras clave:** Obligaciones legales; Sector Eléctrico; Línea y Precedente Jurisprudencial; Derecho al Medio Ambiente Sano; Gestión Ambiental

**Abstract:** Beyond the legal obligations imposed on the Colombian Electricity Sector regarding its environmental management are the legal developments that the Constitutional Court has made through case study. These developments are discussed in this article using the jurisprudential precedent technique, in a way that allows the author to present the analysis of one line of jurisprudence regarding the right to a healthy environment. This analysis necessarily involves rethinking the legal and constitutional scenario that the industry faces when it comes to its environmental management.

**Keywords:** Legal obligations, electricity sector, line and jurisprudential precedent, right a healthy environment, environmental management.

**Sumario:** I. Introducción; II. El Derecho al Medio Ambiente Sano como Derecho Fundamental; III. El Análisis Jurisprudencial de Precedentes y su Incidencia en los Instrumentos de Regulación Ambiental del SEC; IV. Conclusiones.

---

Abogado de la Universidad de Medellín. Magister en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador y director de la Especialización en Servicios Públicos Domiciliarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Correo electrónico: [eservicios.publicos@usbmed.edu.co](mailto:eservicios.publicos@usbmed.edu.co).

## I. Introducción

Tanto la preocupación mundial por los efectos del calentamiento global, como la consagración de una Constitución verde o Constitución ecológica, en tanto resultado del movimiento constituyente de 1990-1991 en nuestro país, reforzaron la inquietud del Sector Eléctrico Colombiano (en adelante SEC) en torno a los elementos y manera de efectuar su gestión ambiental. Esta renovada preocupación estuvo precedida de los enormes impactos ambientales y sociales que en las últimas décadas del pasado siglo produjeron los proyectos de intervención hidroeléctrica, ya que algunos de estos proyectos provocaron la reacción de ONG's nacionales e internacionales y hasta el condicionamiento de organismos multilaterales para la entrega de empréstitos al sector mientras no se implementara una adecuada gestión ambiental en el mismo.

En términos generales, las empresas que componen el sector han acogido una u otra metodología conocida dentro de la gestión ambiental nacional e internacional y las han aplicado de acuerdo a las adaptaciones que realizan los profesionales de acuerdo a su criterio y a las necesidades que se ven obligados a satisfacer. En este contexto las obligaciones ambientales del SEC se entienden cumplidas en la medida en que la autoridad ambiental encuentre a satisfacción las exigencias legales en punto a licenciamiento, planes de manejo ambiental, disposición de residuos peligrosos y participación comunitaria, por sólo mencionar algunos aspectos que componen lo que se ha dado en llamar los instrumentos de regulación ambiental del SEC, que no son otra cosa que las obligaciones legales que el ordenamiento jurídico establece para el sector; son precisamente estas obligaciones o instrumentos de regulación ambiental los que constituyen el objeto de reflexión de este artículo.

Si entendemos El Derecho como el imperecedero intento de las sociedades modernas de llevar el choque de intereses que inexorablemente se dan en su seno al terreno de las soluciones civilizadas, comprenderemos que en la adecuada interpretación de las obligaciones ambientales o instrumentos de regulación ambiental del SEC, están involucrados bienes comunes de la humanidad como el derecho al medio ambiente sano. Este planteamiento determina que el objeto de indagación de este estudio tenga que ser abordado no desde una perspectiva eminentemente legalista, sino desde una posición más holística, en la medida en que los referentes de nuestra realidad política y jurídica han sufrido grandes transformaciones desde el momento en que entro a regir la Constitución de 1991. Concretamente nos referimos al remozado papel que cumple el juez en el Estado social de derecho, el cual no es otro que el de control judicial del poder por medio de los fallos, estos deben ser conocidos e interpretados para ser aplicados a nuestra agitada realidad colectiva, de tal manera que en ello no solo se dé un vuelco frente a la estimación de las fuentes formales del Derecho, sino un reconocimiento del equilibrio institucional que esto implica, en tanto reconocimiento de las diversas instancias con autoridad decisional y de control que conforman nuestro actual Estado social de derecho.

Utilizando los métodos propios de la investigación social, en sus niveles político y jurídico<sup>1</sup> y bajo un enfoque eminentemente cualitativo, nos dimos a la tarea de analizar tanto descriptiva como interpretativamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así, se expone la línea jurisprudencial que interroga la naturaleza colectiva del derecho al medio ambiente y su conexidad con derechos fundamentales, lo cual determina, entre otras cosas, el mecanismo más

<sup>1</sup>Para una visión más detallada de esta fórmula recomiendo la consulta de: Ortiz Castro, José Iván. Aproximación metodológica a los niveles jurídico-políticos de la investigación social. Medellín. Universidad de Medellín. 2005.

expedito en términos procesales constitucionales para su protección, se plantea además una aproximación a la ratio decidendi de la línea jurisprudencial ya mencionada y se hace una interpretación de las implicaciones que esas principalísimas razones decantadas en las sentencias hito, tienen respecto a las obligaciones ambientales del SEC.

Este trabajo aspira a realizar una primera contribución al tema puntual de las obligaciones ambientales asignadas al SEC, pero desde una mirada eminentemente jurisprudencial, por lo cual al final del mismo se presentan las respectivas conclusiones.

## II. El Derecho al Medio Ambiente Sano como Derecho Fundamental

Según la doctrina analizada, hay en nuestro medio un consenso en el sentido de estimar el derecho al medio ambiente sano como un derecho colectivo, lo anterior ha estado determinado principalmente por el lugar que ocupa la consagración que yace en el texto constitucional en torno a este derecho. En efecto, es el Art. 79 del Capítulo III: De los derechos colectivos y del ambiente, del Título II: De los derechos, las garantías y los deberes, de la actual Constitución, el que consagra el derecho al medio ambiente sano en los siguientes términos:

*“Todas las personas tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.*

*Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para estos fines”*

Ahora, el consenso que encontramos entre los doctrinantes del “derecho del medio ambiente” parece ser que no es el mismo que yace en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; un primer acercamiento a la línea jurisprudencial ha mostrado que en sus etapas más tempranas la Corte estimó el derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental, por lo menos en dos de sus pronunciamientos (T-406/92 y T-411/92), con posterioridad, la Corte estimó el derecho al medio ambiente sano como derecho fundamental pero dada su conexidad con otros derechos fundamentales (SU-067/93, T-1451/00, SU-1116/01 y T-760/07), en este último lapso dos pronunciamientos rompen el consenso (C-671/01 y C-339/02), en ellos de nuevo la Corte estima el derecho al medio ambiente sano como fundamental per se. Son las anteriores razones las que imponen el análisis de la jurisprudencia del máximo tribunal en lo constitucional, bajo la técnica del precedente jurisprudencial, con el objetivo de obtener la decantación final que se ha producido en su seno en torno a tan trascendental tema. De acuerdo con lo anterior, en seguida se presenta el recuento analítico de la primera línea jurisprudencial cuyo desarrollo encontramos de particular relevancia en vista de lo ya expuesto.

### *El problema jurídico*

De acuerdo con las unidades de análisis planteadas en la metodología del estudio que le dio origen a este artículo, es pertinente encabezar la primera de las líneas jurisprudenciales bajo el siguiente problema jurídico: *¿El derecho constitucional a un medio ambiente sano (art. 79 C.P.), está estimado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia como un derecho fundamental?*



### *La sentencia arquimédica*

Como resultado de la búsqueda realizada a partir del problema jurídico enunciado, la sentencia arquimédica localizada fue la sentencia T-299/2008, esta sentencia fue ubicada teniendo en cuenta dos criterios básicos: (I) Emisión reciente del fallo, (II) Similar patrón fáctico al caso en estudio.<sup>2</sup>

Enseguida presentamos las circunstancias fácticas invocadas para la solicitud de tutela por parte del demandante:

*“1. Los ciudadanos Luis Hernando Ospina y Marleny Rodríguez Hortúa, actuando en nombre propio, y en representación de sus hijos menores de edad, interpusieron acción de tutela en contra de la Empresa de Servicios Públicos Codensa S.A., con el fin de obtener protección constitucional al derecho a un ambiente sano, en conexidad con los derechos a la salud, la integridad física, y la vida, que consideran amenazados por la entidad accionada. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos expuestos por los accionantes:*

*1.1 El grupo familiar de los peticionarios, compuesto por éstos y tres hijos de 14 años, 8 años, y un menor de un año, tiene su residencia en el apartamento 201 del edificio Ester, ubicado en la carrera 15 No. 28-05 de Bogotá.*

*1.2 El apartamento en el que viven los peticionarios, está ubicado en la parte superior de un cuarto especial del primer piso del edificio Ester, en el cual se encuentra una subestación eléctrica, a cargo de Codensa S.A., razón por la cual en la cocina de la vivienda, así como en algunos electrodomésticos ('la estufa eléctrica y la lavadora, ... los utensilios que se us(a)n en la estufa, ... [y] otros elementos') es posible sentir algún tipo de 'descarga o corriente eléctrica' al contacto físico, como consecuencia de la 'vibración' producida por los equipos eléctricos ubicados en la subestación eléctrica.*

*1.3 La presencia de 'los transformadores' en la subestación eléctrica mencionada, constituye un riesgo inminente para la salud y la integridad física de la familia, y otros residentes del edificio Ester, dado el peligro potencial de que los equipos estallen. Esta situación genera, además, un sentimiento constante de zozobra y pánico en los habitantes del edificio.*

*1.4 La cercanía de la subestación a los contadores instalados por la compañía que presta el servicio de gas natural, aumenta los riesgos descritos, pues en caso de presentarse una conflagración, las tuberías que se desprenden de los contadores podrían estallar a su vez, produciendo una tragedia. Por ello, los 'transformadores de alto voltaje' generalmente se encuentran ubicados en un punto distante de las habitaciones de los seres humanos” (Corte Constitucional, T-299/2008, J. Córdoba).*

Los peticionarios invocan la conexidad del derecho a un medio ambiente sano (derecho de tercera generación que en principio no tiene el carácter de fundamental), con derechos como la salud, la

---

<sup>2</sup>A este respecto es necesario admitir desde ahora el perfil conceptual de este estudio, lo cual está determinado, entre otros factores, por el carácter documental de la investigación. Ahora, lo anterior no puede traer a menos de ninguna manera los resultados que se puedan obtener, debido a que estos pueden ser aplicados a casos concretos tanto en sus circunstancias fácticas como teóricas.

integridad física y la vida, derechos que son fundamentales y que reciben protección inmediata por medio de mecanismos procesales como el de la acción de tutela.

*Ingeniería reversa*

El análisis del primer nivel de citación de la sentencia T-299/2008, entrega datos que son de la mayor importancia. Fue sorprendente encontrar una amplia variedad de temas que han sido abordados por el máximo tribunal constitucional en punto al ambiente y la protección debida a este y a la ecología, dichos temas son recapitulados en la sentencia arquimédica y hacen parte del patrimonio doctrinal que ha desarrollado la corporación a lo largo de su vida institucional, la amplitud temática encontrada supone todo un trabajo por desarrollar, de esa amplia tarea, esta indagación es sólo un acercamiento al escrutinio de nuestra jurisprudencia relacionada con la materia medio ambiental, los temas encontrados podrían resumirse de la siguiente manera:

- Protección debida al medio ambiente.
- El medio ambiente como valor determinante del orden público.
- Carácter ecológico de la Constitución.
- El derecho al medio ambiente sano es o tiene el carácter de derecho fundamental.
- El medio ambiente se encuentra conectado de forma estrecha con la salud pública, la vida digna y la integridad personal, entre otros derechos fundamentales.
- Carácter enunciativo de los derechos colectivos, la participación y una orientación preventiva para su defensa.
- Criterios para la procedencia de la acción de tutela en caso de protección de derechos colectivos.
- Principio de precaución.

Presentado en un cuadro, el primer nivel de análisis citacional luce como sigue:

Sentencia T-299/08				
T-092 /93	T-411/92	SU-067/93	T-406/92	C-671/01
Sentencia T-299/08				
T-150/05	T-760/2007	C-554/07	T-046/99	T-428/92
Sentencia T-299/08				
T-415/1992	T-092 /93	C-431/00	C-339/02	T-666/02

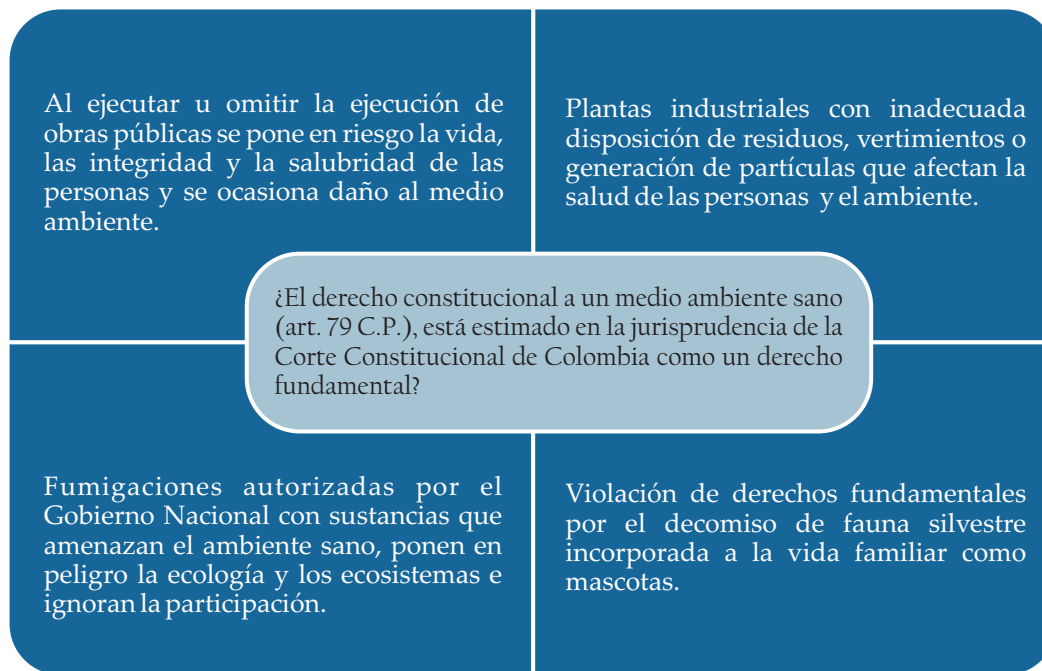
Sentencia T-299/08				
T-207/95	T-231/95	T-1451/00	T-1527/00	SU-1116/01
Sentencia T-299/08				
C-377/02	C-073/95	T-528/94	T-574/96	C-293/02

**Tabla 1.** Nicho citacional de primer nivel. Corte Constitucional, T-299/2008, J. Córdoba.

Podemos determinar ahora las sentencias con el mayor número de citas en este primer nivel de análisis, las cuales aparecen igualmente coloreadas, ellas son: T-411/92, SU-067/93, C-671/01, y las sentencias: T-406/92, T-760/07, C-339/02, T-1451/00, SU-1116/01; en lo sucesivo, el trabajo se realizará con este grupo de sentencias las cuales pasan a conformar el nicho citacional de la T-299/08 y dentro de las cuales debemos distinguir: la sentencia fundadora de línea, las sentencias hito y las sentencias confirmadoras de línea. Ahora, las sentencias que aparecen sin colorear solo han sido citadas una vez dentro de la sentencia arquimédica, motivo por el cual no harán parte del análisis a profundidad que se desarrollará.

**Los escenarios constitucionales**

Del análisis de los hechos que sustentan cada una de las sentencias de nuestro nicho, se puede presentar una figura como la que siguiente, en ella se muestran los diferentes escenarios constitucionales en los cuales se ha debatido el derecho al medio ambiente sano entendido como derecho fundamental per se o en su conexidad con derechos fundamentales.

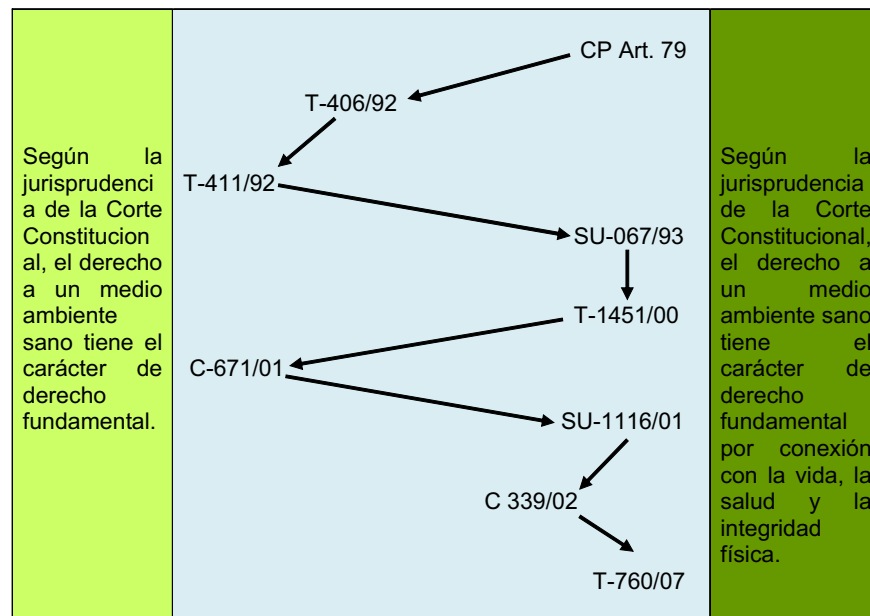


**Figura 1.** Escenarios constitucionales primera línea jurisprudencial

### El análisis de la línea jurisprudencial

El recuento analítico de la línea jurisprudencial es encabezado de nuevo por el problema jurídico, acompañado por un gráfico de línea jurisprudencial en el cual, uno a uno, se irán integrando los pronunciamientos seleccionados, de acuerdo a la solución polar que estos presenten al problema jurídico.

*¿El derecho constitucional a un medio ambiente sano (art. 79 C.P.), está estimado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia como un derecho fundamental?*



**Figura 2.** Comportamiento de las jurisprudencias de acuerdo a la solución polar encontrada en cada una de ellas

Ya sabemos que el lugar que ocupa el derecho a un medio ambiente sano dentro de nuestro texto constitucional es el de los derechos colectivos o los tradicionalmente llamados derechos de tercera generación, por ello, se reitera, el gráfico de esta línea jurisprudencial está encabezado por el artículo 79 constitucional, ahora, el balance del artículo dentro del gráfico hace que resulte ubicado hacia la derecha del mismo, esto es, junto a la solución del problema jurídico que establece el derecho a un medio ambiente sano como derecho fundamental pero en tanto tenga conexión con la vida, la salud y la integridad física.

Nótese como la T-406/92, se ubica inmediatamente después del artículo 79 constitucional pero ocupando un lugar contrario, esto es, un lugar cercano a la estimación del derecho al medio ambiente sano como derecho fundamental. Con todo, una de la primeras observaciones que se desprenden del gráfico es que en su etapa más temprana, la Corte Constitucional consideró como fundamental el derecho al medio ambiente sano, pero que después del año 1993 y hasta el año 2000, la Corte se inclinó a considerar este derecho no como derecho fundamental per se, sino en tanto la vulneración de otros derechos, estos si fundamentales, acarrearán la violación del derecho colectivo al medio ambiente sano (el derecho al medio ambiente se encuentra conectado

de forma estrecha con la salud pública, la vida digna y la integridad personal); de este giro jurisprudencial se ocupa la sentencia SU-067/93, en la cual el derecho a medio ambiente sano, sin ser fundamental, sí es un derecho indispensable para la vida humana. El subsiguiente pronunciamiento, la T-1451/00, está ubicado también en la parte derecha del gráfico de la línea jurisprudencial, lo cual indicaría en principio que la Corte finalmente se decanta hacia la estimación del derecho al medio ambiente sano como derecho colectivo, cuya fundamentalidad se establece en conexión con la salud pública, la vida digna y la integridad personal. La ubicación de los restantes fallos en la gráfica confirma el álgido debate que este asunto ha tenido en el seno del máximo tribunal constitucional, nos muestra además que en últimas, hasta el momento, una posición ha logrado hacer sombra decisional dentro del tribunal.

### III. El Análisis Jurisprudencial de Precedentes y su Incidencia en los Instrumentos de Regulación Ambiental del SEC

Cumplido el recuento analítico de esta línea jurisprudencial, es menester ocuparnos en esta parte del artículo de la relación que pueda tener lo establecido en la línea con los instrumentos de regulación ambiental del SEC. Para ello es necesario precisar la ratio decidendi decantada por la Corte Constitucional, esta acción nos llevará, por medio de un ejercicio de interpretación de los resultados obtenidos, a identificar las obligaciones jurisprudenciales de tipo ambiental que debe incorporar y gestionar el SEC en el desarrollo de sus actividades, y luego, a precisar la o las subreglas de derecho originadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional aplicables a la gestión ambiental del sector. El insumo principal que nos permitirá cumplir con los cometidos trazados para este momento del estudio, son las sentencias señaladas como hito dentro de la línea jurisprudencial. A lo largo del recuento analítico que se ha realizado dentro de la línea se han caracterizado las sentencias que la conforman, así, hemos catalogado: sentencia fundadora de línea, como la T-406/92, sentencias hito como las sentencias SU-067/93 y T-1451/00, las restantes sentencias, en nuestro parecer, son confirmadoras de línea.

De cara entonces a la precisión de la ratio decidendi tenemos que:

*“[...] los jueces tienen la obligación de determinar cuál es el principio jurisprudencial vigente dentro de la línea jurisprudencial; por tanto, no se trata de elegir cualquier sentencia sin tener una clara noción del papel y vigencia de la misma dentro de la línea jurisprudencial. Una vez seleccionada de esta manera la (o las) sentencias hito que contienen la doctrina vigente, el juez debe proceder a “interpretarlas”: la obediencia relativa al precedente solo lo obliga a aplicar la ratio decidendi de los fallos que tengan fuerza gravitacional vigente sobre el caso que está decidiendo. De esta manera resulta claro que los jueces tienen el deber de interpretar la sentencia para extraer los contenidos que de allí se consideran prima facie vinculantes”. (Negrilla fuera de texto) (Consejo Superior de la Judicatura y otros, págs. 203-204).*

De lo anterior se desprende que, al precisar las sentencias hito en la línea jurisprudenciales, hemos cumplido con el primer requisito para la determinación de la ratio decidendi, ahora, la labor investigativa, cuya diferencia con la labor del juez radica en que no contamos con un caso a decidir -pero si con unos objetivos por cumplir- nos conduce a hacer una lectura amplia de las sentencias hito, para identificar en ellas los elementos más determinantes en el desarrollo de la

línea, toda vez que su interpretación ha permitido que sigan siendo utilizados como fundamentos para la adopción de decisiones en los casos nuevos análogos por sus hechos, este ejercicio, nos permitirá depurar las razones de mayor importancia presentes en las sentencias hito que, una vez interpretadas, pueden ser utilizadas en la mejor gestión jurídico-ambiental del SEC lo cual es en últimas lo que aquí nos ocupa.

### *El derecho al medio ambiente sano como derecho fundamental. Aproximación a su ratio decidendi*

Las principales razones consignadas en las sentencias hito SU-067/93 y T-1451/00 pueden integrar perfectamente la ratio decidendi de esta línea y ser utilizadas, vía interpretación, para la solución de casos futuros análogos por sus hechos. Sabemos de antemano que la solución polar adoptada por la Corte a nuestro problema jurídico tuvo fuertes oscilaciones, pero que al final terminó decantándose al extremo derecho de nuestro gráfico de línea, en donde el derecho al medio ambiente sano tiene el carácter de colectivo pero su protección se da por vía de la acción de tutela cuando se presenta conexidad con garantías fundamentales como la vida, la salud y la integridad física, entre otras. Con todo, en la primera de las sentencias hito la Corte precisó las siguientes razones a título de principios y criterios de interpretación en torno a la debida protección del derecho al medio ambiente sano.

#### *“A. Principios de Interpretación*

##### *1) Principio de hecho*

*La protección del medio ambiente es especialmente importante dentro del marco de la protección constitucional de los derechos. Esta importancia resulta de la idea del medio ambiente sano como condición necesaria para la existencia de una vida digna y saludable.*

*En las circunstancias actuales de la sociedad industrializada y el urbanismo creciente, el medio ambiente sano suele estar en una conexidad directa con la protección de la salud y de la vida de las personas. Esta es una constatación fáctica indiscutible en las circunstancias del mundo desarrollado.*

##### *2) Principio de derecho*

*El derecho al medio ambiente sano se encuentra protegido en el artículo 88 de la Constitución Política por medio de las acciones populares, que tienen procedencia en aquellos casos en los cuales la afectación de tal derecho vulnera un derecho constitucional o legal.*

*Esta regla general debe ser complementada con una regla particular de conexidad, según la cual, en aquellos casos en los cuales, de la vulneración del derecho a gozar del medio ambiente resulte vulnerado igualmente un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al medio ambiente. En estos casos, el juez, al analizar el caso concreto, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.*



### 3) Principio de ponderación

*Para determinar la conexidad entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho fundamental de aplicación inmediata se debe recurrir, inicialmente, al análisis del caso concreto. Es allí donde el juez observa las circunstancias específicas del caso para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental. En estos casos la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas y no como suele suceder con las normas que consagran derechos subjetivos, en las cuales los hechos adquieren sentido a través de los elementos interpretativos proporcionados por la norma.*

*Aquí toma toda su fuerza la nueva interpretación constitucional predominante en los Estados sociales de derecho, en la cual adquiere relevancia el análisis del caso y la apreciación judicial de acuerdo con los valores y principios constitucionales.*

*En principio, estos tres elementos hecho, norma y ponderación a la luz de los valores y principios constitucionales, deben ser suficientes para decidir el caso en cuestión. Todo ello teniendo en cuenta que será la Corte Constitucional, en el futuro, la que irá llenando de contenido y especificando cada uno de los distintos casos y ámbitos de aplicación del derecho al medio ambiente. **Este es uno de esos casos en los cuales el derecho se construye jurisprudencialmente.** (Negrilla fuera de texto).*

*Fuera de estos principios, existen también criterios que los complementan y hacen posible su aplicación concreta a la hora de decidir el caso.*

### B) Criterios de Interpretación

**1. En la protección jurídica de los intereses y valores en conflicto, aquellos valores que tengan rango constitucional prevalecen sobre los valores o intereses que carecen de él.** (Negrilla fuera de texto).

2. Cuando no sea posible solucionar el conflicto de intereses por medio de una norma constitucional de aplicación directa, se debe recurrir a los principios y valores constitucionales.

**3. Cuando se trate de conflictos entre dos o más intereses comunitarios de igual categoría constitucional, debe prevalecer aquel interés encarnado en los sujetos que se encuentren en una situación de inferioridad respecto de los demás intereses y sujetos en pugna.** (Negrilla fuera de texto).

4. El principio de equidad en las cargas puede servir para encontrar un equilibrio razonable entre los intereses en pugna.

5. El factor tiempo debe ser tenido en cuenta como elemento esencial. La afectación del derecho fundamental de aplicación inmediata no necesariamente debe estar reducida al corto o al mediano plazo. Debe haber una ponderación de la afectación de la cual resulte una solución razonable". (Corte Constitucional, SU-067/1993, F. Morón y C. Angarita.).

Más tarde en la sentencia T-1451/00, el segundo de los fallos hito en esta línea, la Corte refinaría lo anteriormente planteado, en punto a la procedencia de la acción de tutela para la protección de un derecho colectivo:

*“Por ser de utilidad para la decisión que se ha de adoptar en el presente caso, la Sala ha de referirse brevemente a las pautas que se han señalado en la jurisprudencia constitucional, para determinar las reglas de ponderación que debe tener en cuenta el juez para conceder una acción de tutela cuando de la vulneración de derechos colectivos se derive la afectación de derechos de carácter fundamental.*

**Primer criterio:** *La trascendencia que pueda tener un derecho colectivo en el ámbito de los derechos fundamentales, no lo hace perder su naturaleza de colectivo y su protección, por tanto, ha de lograrse a través de la acción diseñada para el efecto, y ésta no es otra que la acción popular. Sin embargo, si de la vulneración de un derecho de esa naturaleza, se desprenden graves consecuencias para derechos fundamentales, la acción de tutela como mecanismo de defensa para éstos, será la procedente (sentencias T-406 de 1992; T-244 y T-453 de 1998, entre otras). (Subrayas en el texto).*

*En algunas providencias, se llegó a identificar ciertos derechos colectivos como derechos fundamentales. Así, en las sentencias T-536 de 1992 y T-092 de 1993, se afirmó, por ejemplo, que el derecho al ambiente sano era un derecho de rango fundamental. Posición ésta que fue rectificadas en la sentencia de unificación SU-067 de 1993, para posteriormente reaparecer en la jurisprudencia subsiguiente, en donde claramente se ha determinado que derechos como el ambiente sano y la salubridad pública son derechos de carácter colectivo. (Subrayas en el texto).*

**Segundo criterio:** *Conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la vulneración del derecho fundamental. Conexidad que debe arrojar una vulneración directa y clara de un derecho fundamental determinado. El daño o amenaza del derecho fundamental, debe ser consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo. Por tanto, ha de determinarse que la lesión o amenaza del derecho fundamental, es producto del desconocimiento de uno o varios derechos colectivos y no de otra causa.*

**Tercer criterio:** *La existencia de un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales de quien promueve la acción de tutela o de su núcleo familiar. Este es un problema de legitimidad, pues sólo aquel que ve afectado directamente en su derecho, puede reclamar su protección.*

**Cuarto criterio:** *Debe probarse fehacientemente la vulneración del derecho fundamental que se dice desconocido o amenazado. Para el efecto, el juez está obligado a analizar cada caso en concreto, para determinar la correspondiente vulneración.*

*No basta, entonces, afirmar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; se requiere tanto la prueba de su desconocimiento como la titularidad del derecho fundamental, por parte de quien invoca la acción de tutela.*

**Quinto criterio:** *La orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado más no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.*

*Estos criterios, parten de un mismo supuesto, la inexistencia de un medio judicial diverso de la acción de tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales amenazados, pues la existencia de mecanismos alternos de defensa que puedan ser utilizados y a su vez ser calificados como eficaces para la protección del derecho fundamental, hacen improcedente la acción de tutela". (Corte Constitucional, T 1451/2000, M. SÁCHICA.).*

### ***Las consecuencias de la ratio decidendi en la gestión ambiental del SEC***

En este último aparte del trabajo, confrontaremos los resultados obtenidos al concluir el proceso de análisis descriptivo de la línea jurisprudencial, con las obligaciones que le están señaladas legalmente al SEC en materia de protección al medio ambiente, o en otros términos, los componentes mínimos que legalmente el sector debe gestionar en materia medioambiental.

Recordemos que es la Ley 143 de 1994 o Ley de electricidad, la que en su capítulo X, artículos 50 a 54, establece las pautas para la conservación del medio ambiente en el SEC, como estrategia metodológica para esta investigación, esas pautas fueron agrupadas en las siguientes unidades de análisis: (I) Prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y proteger la diversidad e integridad del medio ambiente; (II) Obtener licencia ambiental y realizar estudios de impacto ambiental, para evitar, mitigar, reparar o compensar los efectos negativos sobre el ambiente natural y social antes de la ejecución de proyectos; (III) Consultar con la comunidad afectada, como condición para la ejecución de proyectos y durante el estudio de los mismos, los impactos ambientales previstos, las medidas para mitigarlos y los mecanismos de participación que la involucren.

Una primera lectura de nuestras unidades de análisis, muestra la cercanía conceptual que existe entre estas y lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias que ahora integran nuestra línea jurisprudencial, particularmente en lo que consideramos como ratio decidendi. Nótese como el debate en la conformación de las líneas se centra en estimaciones relacionadas con las garantías constitucionales vinculadas con el medio ambiente y la jerarquía que estas tienen en el texto constitucional y, de acuerdo con ello, los mecanismos de protección desplegados para su salvaguarda, así, la protección a la diversidad e integridad del medio ambiente, la obtención de licencia ambiental, la realización de estudios de impacto ambiental, la consulta a las comunidades y la participación de estas en la toma de las decisiones que las afectan, son terreno común entre las obligaciones legales impuestas al SEC en su gestión ambiental y los desarrollos de la Constitución que acabamos de agrupar en la línea jurisprudencial estudiada, puede decirse entonces que las sentencias hito encontradas, tienen fuerza gravitacional vigente sobre las principales obligaciones ambientales consagradas en la ley de energía para el SEC y que por vía de la interpretación de las razones fundamentales de esas sentencias, dichas obligaciones pueden ser precisadas e incluso modificadas en su alcance.

De acuerdo a lo anterior y con la idea de esbozar el contexto en el cual se generaron las ratio decidendi de la línea jurisprudencial presentada, podemos afirmar entonces que hoy la gestión ambiental del SEC, está inscrita en la estructura del Estado social de derecho, cuyas notas fundamentales están trazadas en la sentencia que ha sido identificada como "fundadora de línea", uno de tales fundamentos se plantea como sigue:

*“1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.*

*2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (Welfare state, Stato del benessere, L'Etat providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.*

*a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975). (Negrilla fuera de texto).*

*b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”<sup>3</sup> (negrilla fuera de texto). (Corte Constitucional, T-406/1992, C. Angarita.).*

Bajo la anterior precisión, esto es, si en el centro de la dimensión cuantitativa del Estado social de derecho está la garantía de estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación y educación, asegurados para todos los ciudadanos como derecho y no como caridad y si de otro lado, la dimensión cualitativa atiende a la consagración de los derechos de segunda y tercera generación, pero sobre todo a la consagración de principios y derechos fundamentales en donde tiene su origen la participación ciudadana y el control político y jurídico en el ejercicio del poder, podemos afirmar que en el núcleo del Estado social de derecho yace el derecho al medio ambiente sano, en tanto su naturaleza jurídica de derecho de tercera generación lo vincula directamente con su parte cuantitativa y su conexidad con derechos fundamentales como el de la salud pública, lo conectan directamente con su parte cualitativa. Lo anterior determina que una adecuada gestión ambiental del SEC, está más allá del mero cumplimiento de la ley y trasciende el respeto de garantías constitucionales de diferentes rangos, cuyo punto focal de interpretación es el ser humano, considerado en sus diferentes esferas de acción individual o colectiva:

---

<sup>3</sup>Aquí la Corte cita a: Aragón Reyes, Manuel. Constitución y Democracia. Madrid, Tecnos, 1989.

*“Como lo estableció la Corte Constitucional, ‘el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.*

*Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 1º, 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos<sup>4</sup> así como la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre’”. (Corte Constitucional, T-411/1992, A. Martínez.).*

Después de los anteriores razonamientos son comprensibles las oscilaciones que se han presentado en los diferentes fallos que integran el gráfico de línea jurisprudencial, en tanto el fin último del aseguramiento de mínimos es la garantía de la vida digna, y a su vez este derecho, al lado de otras garantías fundamentales, es el que está en la más estrecha conexión con el derecho al medio ambiente sano. En el salvamento de voto de la sentencia hito de esta línea, es decir, la SU-067/93, el magistrado Ciro Angarita Barón, deja consignada la dificultad que entraña la estimación del derecho al medio ambiente sano.

*“En la sesión de la mencionada fecha los ponentes explicamos ampliamente nuestra posición en el sentido de que todo pronunciamiento jurisprudencial unificado debería contraerse a señalar unos principios y criterios generales para la protección del derecho al medio ambiente sano destinados a indicar los supuestos bajo los cuales en unos casos este derecho adquiriría la naturaleza de fundamental y, en otros, -en función de las circunstancias propias de cada situación-, las de un derecho colectivo, con las consiguientes consecuencias de acudir bien a la acción de tutela o a las acciones populares’”. (Corte Constitucional, SU-067/1993, C. Angarita.)*

De igual manera, en la SU-067/93, se consigna que los derechos colectivos son difusos y por tanto su definición responde a categorías diferentes de aquellas utilizadas para la construcción del concepto tradicional de derechos subjetivos hasta hace poco dominante y bajo la cual ha girado históricamente la concepción jurídica de los derechos. Se plantea en la sentencia en cita que las nuevas realidades sociales y económicas han impuesto otra dinámica a los derechos de los ciudadanos, por lo cual, los mecanismos tradicionales de reconocimiento y disfrute de esos derechos resultan insuficientes. Anteriormente la guerra o el ejercicio despótico del poder eran las fuentes más recurrentes en la generación del riesgo para las comunidades, hoy día la actividad económica propia del modelo capitalista, puede ocasionar peores vulneraciones que las que se derivan de los ataques tradicionales que se conocen a los derechos subjetivos. Estas nuevas dimensiones han generado intereses cuya protección es esencial, los cuales han recibido el nombre de intereses colectivos o difusos. Su relación con la democracia participativa, uno de los elementos integrantes del componente cualitativo del Estado social de derecho, es que el ciudadano se transforma en defensor efectivo de sus intereses sociales y comunitarios, con prescindencia de sus representantes políticos. Recordemos que bajo el esquema del Estado liberal clásico esto era improbable ya que los derechos vulnerados eran siempre los del individuo y la escena

---

<sup>4</sup>Aquí la Corte cita la sentencia T-02/92



propia donde se defendían tales vulneraciones de los intereses colectivos era la de la representación política.

Con todo, podemos afirmar por medio de la interpretación de los anteriores elementos fundamentales en la primera de nuestras sentencias hito, la SU-067/93, que la obligación del SEC, consistente en prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, trasciende la esfera de tipo estrictamente legal, ya que vincula garantías constitucionales de diferentes rangos, determinables según los principios de interpretación consignados en dicha sentencia, uno de los cuales –principio de ponderación–, deja al juez la estimación de la naturaleza del derecho a proteger, de acuerdo a las circunstancias de hecho respectivas, lo cual implica que la protección se dé por medio de la acción de tutela, acción popular o incluso por medio de acciones de grupo o clase, si eventualmente la violación produce un daño efectivo a un número plural de personas. Ahora, es altamente probable que en el futuro cercano la dicotomía en la búsqueda del medio de protección más efectivo desaparezca, en la medida en que es creciente en el constitucionalismo mundial la idea de estimar el derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental, lo cual se ha visto reflejado en nuestra jurisprudencia constitucional. Este hecho enfrentaría al SEC a un escenario procesal constitucional diferente al que tenemos determinado hasta el momento, en tanto sería la acción de tutela el mecanismo de defensa preferente para la defensa del medio ambiente sano y la acción popular quedaría reservada para la protección de las otras garantías constitucionales que ostentan el carácter de derechos colectivos.

Por último, es menester señalar que como resultado de la realización de esta investigación, son varios los temas capitales que quedan pendientes por desarrollar, por ejemplo, es necesario esclarecer el vínculo que yace en la jurisprudencia constitucional en torno a la Constitución económica y la Constitución verde, relación tras la cual se encuentra el modelo de desarrollo sustentable y su vigencia, es necesario adelantar un estudio de derecho constitucional comparado que permita observar el funcionamiento de las instituciones vistas en otros ordenamientos jurídicos donde el SEC, y particularmente Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante ISA), tienen o planean hacer inversiones, es necesario además incorporar los elementos encontrados a raíz de este estudio a la gestión ambiental del SEC y la de ISA en particular, con el fin de que esa gestión sea garantista y previsiva en el sentido de superar anticipadamente los obstáculos propios del desarrollo de proyectos de intervención en el sector. Ahora, las anteriores tareas tienen un primer obstáculo y es que en la ciudad de Medellín, las facultades de derecho no han incorporado decididamente en sus programas la instrucción sobre el derecho ambiental y mucho menos las enseñanzas requeridas para el análisis del precedente jurisprudencial, lo cual deja la concreción de este tipo de iniciativas al esfuerzo financiero que sigan realizando las empresas del sector, como ISA en este caso en particular.

#### IV. Conclusiones

- Una Teoría General del Derecho al Medio Ambiente Sano en Colombia va más allá del reconocimiento de una Constitución verde o de una Constitución ecológica consagrada a partir de 1991, dicha teoría necesariamente ha de involucrar el análisis de los desarrollos jurisprudenciales que se han realizado desde la Corte Constitucional en torno a temas de vital trascendencia, como es el difícil e indisoluble vínculo que se teje entre la



Constitución ecológica y la Constitución económica. Concedores de que el fruto de la manera como se concibe esta relación es el modelo de desarrollo imperante, es necesario dar pronta claridad en nuestro medio sobre los hilos que conectan ambas dimensiones, para así concretar en la realidad el modelo de desarrollo sostenible, por el cual optó el constituyente de 1991 y que aún sigue siendo una mera fórmula retórica en boca de la mayoría de políticos, funcionarios públicos y hombres de empresa.

- Podemos afirmar, de acuerdo a la interpretación de los elementos que fundamentan las decisiones adoptadas en nuestras dos primeras sentencias calificadas como hito, es decir, la SU-067/93 y la T-1451/00, que la obligación del SEC, consistente en prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, trasciende la esfera de tipo legal, ya que vincula garantías constitucionales de diferentes rangos, determinables por el juez según su estimación de la naturaleza del derecho a proteger, emanada a su vez de las circunstancias de hecho respectivas, lo cual implica que la protección se dé por medio de la acción de tutela, acción popular o acciones de grupo o clase, si la violación produce un daño efectivo a un número plural de personas. En nuestro ordenamiento jurídico, el futuro cercano puede traer consigo la desaparición de la dicotomía en la búsqueda del medio de protección más efectivo, en la medida en que es creciente en el constitucionalismo mundial la idea de estimar el derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental, lo cual ha sido aceptado ya en diferentes constituciones. Este hecho enfrentaría al SEC a un escenario procesal en donde la acción de tutela sería el mecanismo de defensa preferente para la defensa del medio ambiente sano y la acción popular estaría reservada para la protección de las otras garantías constitucionales que ostentan el carácter de derechos colectivos.

## Bibliografía

ACOSTA, P. (2009). Integración estratégica suramericana. p. 217-237. En: Tendencias Mundiales y Latinoamericanas en el Uso de Recursos Energéticos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Políticas. 2009.

ANZOLA, M. (2007). Corte Constitucional y economía de mercado. p. 125-137. En: Corte Constitucional y Estado social de derecho. Universidad de Medellín: Medellín.

AMAYA, N. (2003). La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado. p. 11-52. En: Universidad Externado de Colombia. Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo IV. Bogotá.

AYALA, U. y MILLÁN, J. (2003). La sostenibilidad de las reformas del sector eléctrico en Colombia. Cuadernos Fedesarrollo #9. Bogotá: Fedesarrollo.

CHARRY, U. (2007). Doctrina social de la Corte Constitucional. p. 27-41. En: Corte Constitucional y Estado social de derecho. Universidad de Medellín: Medellín.

CONSEJO DE ESTADO. CE Consulta, 9 Feb. 1995, r 665, J. Henao. En: <http://www.lexbasecolombia.info/salaconsultase/1995/ce-sc-rad1995.htm>, consultado 26/Nov./2009.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. (2006). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Interpretación Constitucional. Bogotá: 2da ed. 2006. Recuperado el 21 de octubre de 2006. En: [www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/Frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=19](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/Frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=19).

Correa, R. (2009). Teoría General del Derecho. Medellín: Dike.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Arts. 40, 58-2, 63, 176-4, 5,6; 79, 176. Par. Trans, 330. Par.

CORTE CONSTITUCIONAL. T-299/2008, J. Córdoba. T-406/1992, C. Angarita. CConst, T-411/1992, A. Martínez. SU-067/93, F. Morón y C. Angarita. t, C-671/2001, J. Araujo. SU-1116/2001, E. Montealegre. C-339/2002, J. Araujo. T-760/2007, C. Vargas. C-030/2008, R. Escobar. T-188/1993, E. Cifuentes. CConst, SU-039/1997, A. Barrera. C-169/2001, C. Gaviria. C-418/2002, A. Tafur. SU-383/2003, A. Tafur. T-955/2003, A. Tafur. T-737/2005, A. Tafur. C-208/2007, R. Escobar. T-1451/2000, M. SÁCHICA. C-891/2002, J. Araujo. C-620/2003, M. Monroy. C-652/1998, C. Gaviria.

DÉJEANT-PONS, M. (2001). Los derechos del hombre al medio ambiente en el ámbito internacional, mundial y europeo. p. 13-74. En: Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. Universidad Externado de Colombia: Bogotá D.C.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2008). CONPES 3120: Estrategia para el mejoramiento de la gestión ambiental del sector eléctrico. Recuperado 29 de julio de 2008. En: [www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoenl%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx](http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoenl%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx).

GARCÍA, V. (2002). Anotaciones sobre derechos humanos ambientales. p. 269-296. En: Universidad Externado de Colombia. Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo III. Bogotá.

GÓMEZ, S. (2009). Constitución Política de Colombia Anotada. Bogotá D.E.: Leyer.

KELSEN, H. (2007). Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 15 ed.

LEFF, E. (2005). Racionalidad Ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable. México: Siglo veintiuno editores.

LÓPEZ M. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 2da ed.

LÓPEZ M. (2009). Las fuentes del argumento. Colombia: Legis.

MILLÁN, J. (2006). Entre el Estado y el Mercado: Tres décadas de reformas en el sector eléctrico de América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo:

MÚNERA, L. (2007). Resignificar el Desarrollo. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. NORMAS Y LEYES. L. 143/1994, Art. 1, 50-54. L. 685/2001, Art. 122.

SÁNCHEZ, S. (2008). Código de Derecho Internacional Ambiental. Bogotá: Universidad del Rosario.

SABOGAL, H. (2000). Política, legislación y gestión ambiental en Colombia. p. 97-180. En: Universidad Externado de Colombia. Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I. Bogotá D.C.

ULLOA, C. (2003). Breves notas sobre la nueva Hermenéutica Jurídica. 2003. Recuperado 14 de mayo de 2009. En: [www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/proyectos/007.pdf](http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/proyectos/007.pdf)

## LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL DE LA EXCLUSIÓN\*

Jacson Luiz Zilio\*\*

**Resumen:** En el presente artículo se hace un análisis crítico de los aspectos fundamentales de la política criminal actual en materia de lucha contra las drogas, así como de sus nocivos efectos jurídicos y sociales, a partir de lo cual se presenta una propuesta alternativa de política para el tratamiento del problema de las drogas tanto a corto como a largo plazo\*\*\*.

**Palabras Clave:** Lucha contra las drogas; Política criminal; Peligrosidad; Bien jurídico protegido; Principio de *ultima ratio*; Efectos nocivos; Descriminalización.

**Abstract:** In this article, the fundamental aspects of current criminal policy regarding the war on drugs, as well as its harmful effects, are critically analyzed, leading the author to propose an alternative policy for the treatment of the drug problem both in a short and in a long term.

**Key Words:** War on drugs; Criminal policy; Dangerousness; Legally protected interest; *Ultima ratio* principle; Harmful effects; Decriminalization.

**Sumario:** I. Los Cinco Elementos que Caracterizan la Imagen Inicial de las Drogas que Sustenta la Política Criminal Oficial; II. Funciones Declaradas y Ocultas de la Política Criminal de las Drogas; III. Los Efectos de las Drogas y los Efectos de la Criminalización de las Drogas; IV. Hacia una Política Criminal Alternativa de las Drogas.

---

\*Artículo presentado en el “Congreso internacional sobre políticas de drogas: estrategias en un contexto globalizado”, organizado por UNAD y ENLACE, en Torremolinos (Málaga/ES), de 31 de marzo a 1 de abril de 2011. Agradezco profundamente la invitación, observaciones y correcciones de mi compañera abogada Carmen Martínez Perza, de Sevilla/ES.

\*\*Doctor en Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor de Derecho Penal y Criminología del Centro Sulamericano de Ensino Superior/CESUL (Francisco Beltrão, PR) y del Centro Universitario Positivo/UNL CENP (Curitiba, PR). Fiscal del Ministério Público de Estado de Paraná (Brasil). Correo electrónico: jacsonzilio@hotmail.com.

\*\*\*Resumen agregado por la editora.

## I. Los Cinco Elementos que Caracterizan la Imagen Inicial de las Drogas que Sustenta la Política Criminal Oficial

Las investigaciones científicas identifican una serie de elementos en relación a la imagen inicial de las drogas que sustenta la política criminal oficial: a) que existe un vínculo *necesario* entre consumo y dependencia; b) que el consumidor *siempre* integra una subcultura distinta de la “mayoría normal”; c) que el comportamiento asocial de los adictos los aísla de la vida productiva y los inserta en carreras criminales; d) que el estado de salud de los dependientes es, en general, irreversible; e) que las medidas preventivas y represoras conforman una respuesta normal y necesaria de defensa de la *salud pública*, en el marco del Estado de Derecho.<sup>1</sup>

Así, pues, la política criminal actual parte del *miedo* de la sociedad de “junkyzados”, intensificado por la cultura *mass media*. Si se parte del hecho de que esta imagen inicial sea real, entonces también es posible que sea “real” en las consecuencias, es decir, si es verdad que hay dependencia, subcultura, carreras criminales y aislamiento social, entonces también hay peligro para la salud pública. Luego, el estigma inicialmente proyectado se realiza. La satanización de las drogas conduce a la satanización del consumidor, del productor y del comerciante de las drogas, tal como el conocido Teorema de Thomas: “*Situations defined as real are real in their consequences*”.<sup>2</sup>

A partir de esta imagen inicial de la “realidad”, la política criminal actual se fundamenta abiertamente en la idea de *tutela del bien jurídico salud pública*. Esta finalidad, en general, se pretende alcanzar por medio de la *pena de prisión*. En América Latina, aproximadamente tres cuartas partes de los presos están sometidos a medidas de contención por *peligrosidad presunta*, es decir, sin sentencia condenatoria formal (prisión preventiva).<sup>3</sup> El número de presos sin sentencia condenatoria formal por delitos de drogas es muy significativo en nuestro margen latinoamericano. Por desgracia, también la política criminal oficial cumple la pena de prisión de forma selectiva. Una triste “coincidencia” hace que las personas privadas de libertad sean jóvenes y mujeres transportadoras de drogas (*mulas*) y la gran mayoría integren las capas sociales económicamente desfavorecidas.

---

<sup>1</sup>Vid., en este sentido, por todos, el artículo de BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, trad. de Mauricio Martínez, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, IBdeF, 2006, p. 113.

<sup>2</sup>THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, *Situations defined as real are real in their consequences*, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., *Social Psychology through symbolic interactions*, 2º ed., New York, Wiley, 1981. El teorema sociológico ha sido mencionado en THOMAS, William Isaac, *The child in America: behavior problems and programs*, New York, A. A. Knopf, 1928. En este sentido también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, op. cit., pp. 112-138.

<sup>3</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 69. En Brasil, por ejemplo, el derecho procesal penal del enemigo en los delitos de drogas es tan claro que el artículo 44 de la Ley 11.343/2006 (Ley de Drogas) ha creado una prisión preventiva obligatoria. Además, el § 4º del artículo 33 de la Ley 11.343/06 ha impedido la aplicación de penas alternativas a la prisión en los casos de tráfico de drogas. Por suerte, en este caso, la Corte Constitucional de Brasil ha declarado la inconstitucionalidad (“habeas corpus” n. 97.256/RS, Ministro AYRES BRITTO). Sin embargo, la prisión preventiva obligatoria en los delitos de drogas sigue siendo una vergüenza que la Corte Constitucional de Brasil poco hace por cambiar. Esto contribuye a que miles de personas sigan en las cárceles inhumanas de Brasil sin que exista una sentencia condenatoria formal. Solamente la insensibilidad y la ceguera de los jueces y fiscales brasileños puede explicar la falta de pensamiento crítico del autoritarismo del derecho penal de drogas latinoamericano.

Cambiar esta dura realidad no es tarea fácil y requiere costos personales y sociales. Sin embargo, a pesar de estas dificultades, es importante retomar las críticas que desde los setenta se realizan a la criminalización de las drogas. Este camino puede comenzar esclareciendo las funciones declaradas y ocultas de la actual política criminal de las drogas, sobre todo después del declive del Estado social. Así es posible construir otra política criminal de las drogas de naturaleza *liberalizadora*, pese a los difíciles momentos neoliberales que estamos viviendo y que están íntimamente relacionados con lo que se denomina *sociedad de control*.<sup>4</sup>

## II. Funciones Declaradas y Ocultas de la Política Criminal de las Drogas

Desde los esfuerzos iniciales de FOUCAULT realizados en el siglo pasado, es bien conocido que las *funciones declaradas* del Derecho penal no son cumplidas y que otras *finalidades ocultas* laten en el seno del sistema penal.<sup>5</sup> Desgraciadamente, eso suele suceder también en el ámbito del Derecho penal de las drogas.

En la sociedad tardocapitalista actual, creada por el modelo de globalización del proyecto colonialista neoliberal, la función declarada de protección de la salud pública es cada vez menos creíble, aunque la perspectiva ideológica del fracaso se *funcionalice* en una historia de éxito. Pero en mi opinión, esta función declarada se revela problemática en la dogmática penal, en la sociología, en la política y en la economía.

En la dogmática penal, el concepto de “salud pública” es poco claro para concretar el contenido del bien jurídico.<sup>6</sup> El concepto de bien jurídico debe ser expresivo de su contenido y, a la vez, servir de límite del propio Derecho penal. Un concepto abstracto y vacío de contenido como el de “salud pública” es

<sup>4</sup>Sobre este modelo de sociedad, véase GARLAND, David, *La sociedad del control*, Barcelona, Gedisa, 2005. Una visión general sobre el tránsito de la sociedad disciplinaria de FOUCAULT a la sociedad de control de la actualidad, se puede ver en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007.

<sup>5</sup>Vid. FOUCAULT, Michael, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975. En este clásico libro, FOUCAULT vinculaba el interés económico de la burguesía a los mecanismos por los cuales el delincuente es controlado, perseguido, punido y reformado. El interés económico de la clase dominante y la disciplina de la cárcel son las dos caras de la misma moneda, que es el sistema penal. A partir de la noción acuñada de “economía de la ilegalidad”, FOUCAULT prueba definitivamente que el desarrollo de la sociedad capitalista se estructuró a partir de un doble derecho penal, la “ilegalidad de bienes” (el derecho penal de clases bajas) y la “ilegalidad de derechos” (derecho penal de clases altas). En la Criminología, este ocultamiento de los fines clasistas del derecho penal es revelado en la crítica severa de BARATTA, Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, Bolonia, Il Mulino, 1982. Antes de todo eso, es fundamental la obra *Punishment and Social Structure*, de RUSCHE y KIRCHHEIMER, publicada en 1939 por la Columbia University Press de New York. Hay versión en español (*Pena y estructura social*, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984) y tardíamente en portugués (*Pena e estrutura social*, 2ª ed., trad. de Gizlene Neder, Rio de Janeiro, REVAN/Instituto Carioca de Criminologia, 2004). En Brasil, estos fines ocultos del sistema penal fueron revelados principalmente por la tesis doctoral de CIRINO DOS SANTOS, Juárez, *A criminologia radical*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

<sup>6</sup>En este sentido, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, T. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, reimpresión, 2003, p. 61. La justificación de la criminalización, según ROXIN, estaría en la “incontrolabilidad” de la difusión y el peligro de las drogas para consumidores no responsables. De todos modos, ROXIN anota que “una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes” (p. 59).



expresión de un funcionalismo extremo en Derecho penal, que no cumple con la importante encomienda de contención del poder punitivo. Además, un concepto colectivista en extremo desprecia la necesaria retro-referencia a intereses individuales, como manda el Derecho penal liberal. SCHÜNEMANN ha acuñado la expresión “bien jurídico intermedio” para definir esta “hipostasia de aparentes bienes jurídicos colectivos” en los casos que más bien se trata de “bienes jurídicos individuales”<sup>7</sup>.

En realidad, en el Estado democrático de Derecho sólo el concepto personal de bien jurídico, como entidad real, puede servir para asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica. Los bienes jurídicos de la comunidad sólo son legítimos cuando sirven al ciudadano. ROXIN ha enseñado que “*la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico*”. En concreto, dice que “el bien jurídico “*sociedad sin drogas*” no es suficiente para legitimar el precepto. La razón está en que con ello sólo se indica lo que quería el legislador. Lo importante es, sin embargo, si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas, y esto es algo que ha de negarse cuando los excesos puedan evitarse mediante controles estatales”<sup>8</sup>.

También es contradictorio que siendo toda droga nociva para la salud pública, solo se sancionen los actos relacionados con algunas y no con todas. Con razón, BUSTOS RAMÍREZ ha dicho que no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege la salud pública frente a toda droga y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario.<sup>9</sup> De hecho, comparativamente baste pensar que 0,4g de nicotina tiene efectos mortales, mientras que la morfina y la cocaína tienen, al contrario, un efecto tóxico menor (0,3g o 1-2g actúan mortalmente).<sup>10</sup> Además, hay más enfermos por drogas lícitas que ilícitas (tabaco y alcohol, por ejemplo).

---

<sup>7</sup>SCHÜNEMANN, Bernd, *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 223.

<sup>8</sup>ROXIN, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *op. cit.*, p. 449. También HASSEMER ha acuñado un concepto crítico de bien jurídico que impide “*generalizaciones nebulosas: una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería un terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado ingerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido*”. Cfr. HASSEMER, Winfried, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, en HEFENDEHL, Roland, *op. cit.*, p. 103. Muy crítico con la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, sobre el cannabis, es SCHÜNEMANN: “*la salud humana, tanto de los individuos como de la población*”, no representa otra cosa que el bien jurídico individual de cada uno de los ciudadanos, es decir, que en modo alguno constituye un bien jurídico colectivo susceptible de ser protegido autónomamente, porque carece de sentido hipostasiar la suma de todos y cada uno de los bienes jurídicos individuales singulares en un bien jurídico colectivo”. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 214. Lo que parece suceder en el caso de las drogas, es una confusión entre función (política pública) y bien jurídico (salud individual). Como ha dicho TAVARES, “*la función no existe en sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores*”. Véase TAVARES, Juarez, E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 65: “*Si no se puede reducir la acción a situaciones concretas de peligro o de daño a la salud, no se estará delante de un bien jurídico, sino de una función*”.

<sup>9</sup>BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 93.

<sup>10</sup>ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminología: una fundamentação para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso, Curitiba/Rio de Janeiro, ICPC/Lumen Juris, 2010, p. 512.

En la sociología de las drogas, las imágenes iniciales de las drogas tampoco corresponden a la realidad.

*En primer lugar*, no se debe asumir como “verdad absoluta” la existencia de una relación necesaria entre consumo y dependencia. Este vínculo hasta ahora se basa en una creencia sin base científica. Por eso también es posible partir de la idea contraria de que la mayoría de las personas que consumen drogas no son, necesariamente, dependientes. Por ejemplo, la mayoría de las personas que consumen alcohol no padecen alcoholismo. La relación de causa y efecto depende de múltiples factores, tanto en las drogas lícitas, como en las ilícitas.

*En segundo lugar*, el consumidor de drogas no integra una subcultura.<sup>11</sup> No se trata de que quienes consumen drogas sean “otra gente”. Es idéntico problema al que se da respecto al delincuente cuando se piensa que existe una distancia entre ellos (delincuentes) y nosotros (personas honradas). El consumo, el comercio y la producción de drogas está presente en todas las capas sociales, aunque la criminalización opere en las clases subalternas. Esto se explica porque los más privilegiados socialmente son invisibles a los estereotipos creados por la comunicación de masas y, además, por mantener la “identidad social” intacta, son inmunes al proceso de criminalización secundaria, que se mueve siempre por etiquetas y prejuicios.<sup>12</sup>

*En tercer lugar*, no es cierto que las drogas creen un comportamiento asocial que provoque aislamiento de la vida productiva, ni que los drogodependientes estén insertos en verdaderas carreras criminales. Tampoco existe aquí un dato científico real que fundamente tal argumento. Evidentemente, los consumidores son más vulnerables que las personas no consumidoras, pero también es cierto que gran parte de las personas que consumen drogas están integradas plenamente en la dinámica de producción capitalista. Esto último puede explicar por qué el consumo de estas sustancias es mayor en las grandes ciudades que en zonas rurales. En realidad, las carreras criminales se explican mejor por la existencia de la prohibición penal, que eleva el precio de la droga (si la represión penal es mayor, el precio también es mayor) y fomenta la relación personal entre consumidores y delincuentes en el proceso de compra de la droga. Si los precios aumentan por la naturaleza del mercado, los consumidores no pueden adquirir las drogas por las vías legales, de modo que se ven envueltos en actividades ilegales. Esto ha sido calificado por HULSMAN como “*problemas secundarios para el consumidor*”.<sup>13</sup>

*Por último*, el estado de salud de los drogodependientes no es algo irreversible. El proceso de tratamiento de los dependientes de drogas responde a variantes distintas, tanto personales, como sociales. No es posible definir la irreversibilidad general del daño a la salud, incluso porque los efectos primarios son distintos en relación a las diversas sustancias. Además, los éxitos dependen

---

<sup>11</sup>En el caso de Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, *O Brasil no mundo das drogas*, 2ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999, p. 26. En este libro se muestra como la estructura de las empresas que operan en el negocio de la droga ha nacido vinculada al contrabando, a la evasión de las riquezas nacionales y a la corrupción estatal.

<sup>12</sup>Después del libro de MALAGUTI BATISTA, Vera, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003, ya no es más posible negar la selectividad histórica del poder punitivo en temas de drogas en Brasil. Este libro analiza la criminalización de las drogas por el derecho penal juvenil en Rio de Janeiro entre los años 1968 y 1988. Ahí es posible entender como el proceso de demonización de las drogas ha fortalecido los sistemas de control social y reforzado el carácter genocida del poder punitivo de la periferia contra las clases populares.

<sup>13</sup>HULSMAN, Louk, *Consecuencias negativas de la penalización de las drogas*, en *La política de las drogas, fuente de colonización y represión*, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 35, 1987.

siempre de la disposición personal del adicto y de la “calidad” del tratamiento. Pero la política de salud pública debería buscar antes de la represión la efectividad del principio la *ayuda para sobrevivir* en busca de *la reducción de daños a la salud*, sea buscando espacios reservados para el consumo responsable de drogas, auxilios de emergencias, etc., sea mediante la entrega controlada de la droga por indicación médica.<sup>14</sup>

Con independencia de estos problemas dogmáticos y sociológicos, políticamente también la criminalización de las drogas destruye las bases del Estado de Derecho. La política actual de control de las drogas es un avance hacia condiciones totalitarias, como ha señalado CHRISTIE al describir las similitudes de estos modelos de Estado en sus metas, en la forma de comunicación, en el poder y en los tipos de control (objetivos, volumen y formas).<sup>15</sup> Las *metas* son únicas y corresponden a la producción, el dinero y el consumo. Domina el libre mercado y los éxitos en la vida son recompensados con dinero y el consecuente consumo de bienes.<sup>16</sup> La *comunicación* depende de la selección de las informaciones que alimentan la venta del sueño americano. Es impresionante como la comunicación en masa vende informaciones que intentan legitimar la masacre. La imagen del excluido es la imagen del delincuente y del fracasado en el sistema de capital. El *control* rompe los límites entre las áreas pública y privada: escuchas telefónicas, policías espías, agentes encubiertos, calles vigiladas por cámaras, etc., son los nuevos instrumentos de las democracias para el control. El control de las personas ahora ya no es por lo que éstas *hacen*, sino por lo que *son*. Los dictadores del siglo XX se quedarían fascinados ante nuestros actuales aparatos de control. Tiene toda la razón CHRISTIE cuando pone de manifiesto las similitudes de las democracias actuales con los regímenes totalitarios de ayer: la guerra contra las drogas ha funcionado como un tranquilizante social, la miseria ha sido justificada como resultado del uso de las drogas y la debilidad interna de las sociedades altamente industrializadas ha quedado sin cuestionar.<sup>17</sup>

Por su parte, la criminalización de las drogas ha cumplido siempre finalidades ocultas. La criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO las reveló hace más de veinte años. Así, en los años cincuenta, en el discurso jurídico de las drogas predominaba la idea de *peligrosidad* expresada por el *estereotipo moral* del consumidor. En la postguerra, el problema era la sobreproducción del opio, que convertido en morfina y heroína, constituía la esencia de los negocios de organizaciones mafiosas. En los años sesenta las drogas, especialmente la marihuana, forman parte de la llamada “contracultura”, lo que fundamentaba el discurso médico-jurídico: la no participación de los jóvenes consumidores en el ideal de vida americana justificaba la necesidad de tratamiento médico de la “enfermedad”. Se crea la idea de enemigo interno y el discurso se politiza en defensa de la seguridad nacional. En los setenta el consumo de heroína mantiene al consumidor como enemigo interno, mientras que los productores ahora aparecen como enemigos externos. En los últimos años de la década de los setenta surge el estereotipo de la cocaína y, más tarde, en los años ochenta se internacionaliza el discurso de la criminalización.<sup>18</sup> En los años siguientes la situación empeora de

---

<sup>14</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, *op. cit.*, pp. 520-522.

<sup>15</sup> CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias*, en *El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris, 1993, pp. 147-161.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>18</sup> *Vid.*, por ejemplo, el problema de la criminalización de las drogas en las décadas de los cincuenta, sesenta, setenta y ochenta en el clásico libro de DEL OLMO, Rosa, *La cara oculta de la droga*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpresión de la primera edición, 1998.

manera considerable: se mantiene el discurso médico de tratamiento de los consumidores y se refuerza la internacionalización la lucha contra algunas drogas (fármacos, cocaína, marihuana, etc.) por medio de la guerra: militarización de lucha en los países periféricos productores y punibilidad extrema en los países centrales consumidores. Tras la caída del muro de Berlín, el enemigo subversivo consumidor de drogas, identificado como guerrillero, desaparece y entonces era necesario justificar la “alucinación de una nueva guerra y mantener niveles más represivos”. Ahí se reforzó, como ha dicho ZAFFARONI, la guerra contra la droga.<sup>19</sup>

En mi opinión, en todas estas etapas de la historia, la política criminal oficial oculta el vínculo entre la criminalización de las drogas y las estructuras económica y religiosa de las sociedades capitalistas. El mercado libre crea economías complementarias que sin la criminalización de las drogas no evitaría la recesión, mientras que las religiones necesitan del moralismo para cegar a la gente.

Desde un realismo jurídico-penal, ya no es posible negar las relaciones funcionales de la criminalización de las drogas y los objetivos del capital. Como ha puesto de relieve BARATTA, “el consumo de la droga está ya afectado negativamente por la estructura misma de su economía de mercado, como es la economía capitalista, en la cual la producción no está fundamentalmente determinada por las necesidades del hombre productor y consumidor, sino que son potencial o actualmente manipulados y el hombre convertido en un instrumento de magnificación del beneficio y de acumulación del capital en el interés de la reproducción del sistema económico global”.<sup>20</sup> En otras palabras, la criminalización de las drogas eleva el precio de las drogas, coloca a los consumidores, productores y comerciantes en los ámbitos criminales, genera un aumento de la violencia social y, principalmente, perpetúa el proceso de producción de grandes beneficios y de acumulación del capital.<sup>21</sup>

En el neoliberalismo excluyente, caracterizado por la *subsunción real de la sociedad bajo el capital*, en que los individuos se relacionan siempre como *propietarios del capital* y como *poseedores de la fuerza de trabajo*, la criminalización de las drogas representa lo que NEGRI ha llamado el “*complemento de la idea de mercado, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento social y ampliar los términos del mercado*”.<sup>22</sup>

Naturalmente, la criminalización de las drogas produce lo que pretende el capital neoliberal: la distinción de las personas, la separación inevitable del trigo de la paja. La exclusión social es, por lo tanto, la mayor marca de la política actual de lucha contra las drogas.

El resurgimiento de la guerra como instrumento de gobierno y de solución de los problemas y controversias relacionados con las drogas, también contribuye a la exclusión social y genocidio de las clases populares. Esta política criminal forma parte esencial del proceso de unificación de los objetivos del capital mundial neoliberal, que consiste (a) en la definición de la homogeneidad

---

<sup>19</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 50.

<sup>20</sup>BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga, op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>21</sup>*Ibidem*, p. 133.

<sup>22</sup>NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008, p. 69.



de los valores dominantes por parte del poder soberano e imperialista (valores establecidos por los países del Norte en clara destrucción de los pueblos del Sur del mundo), (b) en la predominancia de la especificidad sobre la generalidad a través del viejo racismo y, finalmente, (c) en el equívoco de la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha.

En la definición de la homogeneidad de los valores, los pueblos del Sur son los que más sufren los efectos de la criminalización de las drogas. Los campesinos productores de drogas son arrestados en muchos países latinoamericanos y sus propiedades confiscadas. Los trabajadores son encerrados en la prisión. La coca, que domina culturalmente los países andinos, ha sido sustituida por la cultura del terror y de la cárcel, como forma de adiestramiento.

Por otro lado, el viejo racismo sigue determinando el proceso de criminalización: las agencias del control penal siguen orientadas por estereotipos racistas. En Estados Unidos la población de color es mayoría en las cárceles y el tráfico siempre se vincula con el estereotipo de latinoamericano y extranjero. También en España se relaciona con personas latinoamericanas, africanas o gitanas<sup>23</sup>. En nordeste de Brasil, por ejemplo, numerosas mujeres africanas, mulas del tráfico de drogas, cumplen penas privativas de libertad de duración excesiva. En general, las prisiones están pobladas de negros y pobres, que buscan en las drogas la última posibilidad de salir de la exclusión social; salen de la calle y van directamente a la cárcel.

Finalmente, la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha encuentra su punto alto en la criminalización de las drogas. En el panorama actual, de subsunción real de la sociedad bajo el capital, el Derecho penal de la lucha contra las drogas emplea sin escrúpulos la violencia de los medios ilegítimos al servicio de fines injustos. La militarización de la política criminal de la drogas difuminó las fronteras que existían entre la guerra y el Derecho penal.<sup>24</sup> La dureza de las penas privativas de libertad nos recuerdan tiempos sombríos de irracionalidad y barbarie. En los países periféricos dependientes del capital externo, miles de personas son asesinadas por las fuerzas estatales o por milicias que disputan los lucros del capital ilícito de las drogas. Colombia, Brasil y México representan la estupidez de una política criminal bélica determinada por Estados Unidos de América. La administración norteamericana, integrada por demócratas o republicanos, presionó a las dictaduras latinoamericanas para que declararan la *guerra a la droga*. Ahora ellos presionan a las democracias inestables del continente. Son como vampiros en busca de la sangre. Por cobardía, la élite latinoamericana que domina la política, permite que su propio pueblo sea asesinado por empresarios de la moral yanqui. No es necesario mucho esfuerzo para saber que la gran mayoría, si no la totalidad, de las víctimas pertenecen a las capas sociales más vulnerables de los países de la periferia. No es una triste coincidencia de la vida. Es la finalidad buscada por el capital y su maquinaria de criminalización: mantener la división social por medio de la criminalización de las clases subalternas. Por ende, la razón está con NEGRI cuando dice que el Derecho penal -y creo que la criminalización de las drogas es un ejemplo claro- reproduce los mecanismos de la reproducción del despotismo capitalista sobre la sociedad, cada vez más irracional e inhumano, más allá de un *faux frais* (gastos adicionales).<sup>25</sup> Triste realidad de nuestra triste periferia en las manos del autoritarismo penal del capital.

---

<sup>23</sup>Por ejemplo, PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 29, afirma que la manía de culpar las minorías étnicas, en España, es una herencia del franquismo.

<sup>24</sup>Críticamente, también PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 83.

<sup>25</sup>NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2003, p. 408.

### III. Los efectos de las drogas y los efectos de la criminalización de las drogas

BARATTA recuerda MARX: te sacas siempre, como la mujer del médico, de la ceguera blanca de que hablaba SARAMAGO. En el Derecho penal de las drogas, también pasa lo mismo.

BARATTA ha descrito los efectos de las drogas primarios y secundarios.<sup>26</sup> Los primarios son los efectos relacionados con la naturaleza misma de la droga y sirven para desarrollar estudios, estrategias y procedimientos preventivos, educativos, asistenciales y terapéuticos. Son efectos que definen el grado de dañosidad y riesgo que provoca en la salud de las personas. No se confunde el consumo con el problema de la droga. El efecto de la droga depende también de la situación personal y condiciones en que la droga es consumida.<sup>27</sup>

Sin embargo, los efectos secundarios son mayores e inciden sobre el consumidor, el ámbito social, el sistema penal, el sistema terapéutico, asistencial y educacional y, finalmente, sobre la economía de mercado. Estos efectos de la criminalización de la droga pueden clasificarse en efectos secundarios individuales concretos y efectos secundarios sociales. Los costos individuales son el aislamiento, la estigmatización, el riesgo de marginalización, el elevado precio de la droga, el sufrimiento familiar y el daño a la salud derivado de la mala calidad de las sustancias consumidas y de las malas condiciones higiénicas en las que el consumo se realiza.<sup>28</sup>

Por otro lado, los efectos secundarios sociales inciden sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional y sobre la economía. El potencial problema social no es algo exclusivo de las drogas ilícitas. Baste pensar en las muertes o gastos por drogas culturalmente establecidas, como el alcohol y tabaco. Por una cuestión de tiempo, aquí interesan los efectos de la criminalización de las drogas sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal.<sup>29</sup> Estos efectos son: a) aumento de la población carcelaria; b) aumento de la corrupción; c) erosión de la dogmática jurídico-penal.

El aumento de la población carcelaria está conectado con el aumento de la represión en el ámbito de las drogas. Brasil es un ejemplo claro: en 2006 eran 401.236 personas presas; en 2007, 422.590 personas; en 2008, 451.429 personas; en 2009, 473.626 personas; en 2010, 496.251 personas. En 2008, eran 66.604 hombres presos por delitos de drogas (19%); en 2009, eran 78.725 hombres

<sup>26</sup>BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, op. cit., pp. 122-133. Esta importante distinción entre problemas de drogas primarios y secundarios ya aparece en HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, *Evaluation critique de la politique des drogues*, en *Déviante et société*, vol. VII, no. 3, Gêneve, 1983.

<sup>27</sup>Así, por ejemplo, ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 511.

<sup>28</sup>En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, op. cit., pp. 123-124: "En realidad, la mayor parte de los efectos más graves de la droga sobre la salud y el status social del drogadicto dependen de las condiciones en las que el consumo de la droga ilícita se realiza en un régimen de prohibición; la calidad de las sustancias que llegan a la calle, no controladas, por el hecho de ser una mercancía ilícita; las condiciones higiénicas y de vida en las que el consumo se realiza y que añaden muchos nuevos riesgos a los efectos primarios".

<sup>29</sup>Las consecuencias sobre el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional son evidentes: los millones que se usan para hacer funcionar la máquina genocida del sistema penal, podría servir para algo preventivo y educacional a respecto de los efectos primarios y secundarios individuales de las drogas. En la economía, los daños causados por la ilegalidad de las drogas son terribles: gastos de la persecución, gastos terapéuticos, gastos de la criminalidad secundaria, disminución de los impuestos, etc. Cfr. ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 510. Además, la criminalización de las drogas provoca la huida del capital para otros sitios para ser "limpio", fomentando la economía capitalista sobre todo en tiempos de recesión.



presos por delitos de drogas (20%). La situación de las mujeres es aún más dramática: en 2008, había en prisión 10.767 mujeres por delitos de drogas (59%); en 2009, 12.312 (59%). El tasa de encarcelamiento (el número de presos por cada 100.000 habitantes) ha aumentado: en 2008, 237,97 presos por cada 100.000 habitantes; en 2009, 247,35 presos por cada 100.000 habitantes.<sup>30</sup> En 1994, los presos en Brasil eran 129.000 y la tasa era de 88 presos por cada 100.000 habitantes. No se precisa mucho esfuerzo para ver la consagración de la cultura punitiva.

La criminalización de las drogas fomenta la corrupción generalizada.<sup>31</sup> La prohibición del comercio de las drogas hace que el precio dependa de variantes como la eficacia de la represión. Así, el precio de las drogas se relaciona con la oferta existente en el mercado, siendo muy elevado el lucro de los traficantes: el valor agregado al producto hace que el lucro del proveedor sea exorbitante. El poder económico de los productores y vendedores de las drogas fomenta la economía capitalista, en un sistema de magia en que el dinero sucio es enviado a paraísos fiscales, donde se limpia y regresa como inversiones. El sistema financiero es ciego a los intereses de los comerciantes de las drogas, pues necesita del dinero y por ello presta poca atención a la procedencia. En efecto, la fuerza de la estructura económica de los productores y comerciantes de las drogas hace que algunas agencias del sistema penal sean contaminadas por la corrupción, para evitar daños a la economía “informal”. La policía, que integra la punta del sistema de represión penal, es la que más sufre los efectos de la corrupción: a los traficantes les interesan la circulación de las drogas más que la libertad de una u otra persona detenida por la justicia. Esto explica, además de otras variantes, por qué la corrupción de esta agencia del sistema penal es mayor que otras.

Ya he descrito como la criminalización destruye una de las bases fundamentales del Derecho penal democrático, que es el principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Pero la política criminal actual (mundial) de las drogas afronta un principio político-dogmático mayor: la idoneidad de la criminalización como método útil para proteger el bien jurídico-penal y controlar determinado problema social. En el Derecho penal del Estado democrático de Derecho, este principio está vinculado con la idea de intervención mínima.

Ya en 1975, mi maestro, MUÑOZ CONDE, afirmaba que la “*norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales*”.<sup>32</sup> A partir de ahí se plantea el problema de los límites al poder punitivo estatal y crea, desde el principio de dignidad humana y Justicia, el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. El principio intervención mínima consiste en que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y únicamente en cuanto

---

<sup>30</sup>Estos datos son oficiales del Departamento Penitenciario Nacional de Brasil/DEPEN, del Ministerio de Justicia de Brasil.

<sup>31</sup>Sobre este problema en Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 58: “O grande número de excluídos na sociedade, a pobreza e o alto nível de desemprego e subemprego cercam as ilhas sociais com altíssimo poder de consumo. Isso mais a vizinhança com os principais centros produtores de cocaína e a existência de infraestrutura de transportes e de comunicações colocaram inicialmente o Brasil em posição privilegiada nos negócios dos entorpecentes. Hoje, o que principalmente ajuda o país no negócio das drogas é a corrupção generalizada, o sistema judiciário que funciona muitíssimo mal e o sistema financeiro que absorve dinheiro sem mecanismos de controle eficaz”.

<sup>32</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 47.

fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho (principio de subsidiariedad).<sup>33</sup> Siguen vigentes, por tanto, la triple cualidad del bien mencionada por MAYER: “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”.<sup>34</sup> Además, el principio de intervención mínima se refiere, como consecuencia, también a la gravedad de la penas, en el sentido de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave. Por ello, el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad son consecuencias del principio de intervención mínima.<sup>35</sup> Por otro lado, el *principio de intervención legalizada* quiere decir que la intervención punitiva debe estar regida, en todos sus aspectos, por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”.<sup>36</sup>

En sentido similar, en 1985 FERRAJOLI afirmaba que el utilitarismo penal en la versión “*minima sofferenza necessaria* da infliggere alla *minoranza dei devianti*” es una doctrina de limitación del Derecho penal al mínimo necesario.<sup>37</sup> El máximo beneficio posible a los no desviados y también el mínimo mal necesario a los desviados. Ahí se funda un utilitarismo penal reformado en que el Derecho penal cumple dos fines: la prevención del delito y la prevención de la pena informal.<sup>38</sup> La prevención sería un aspecto de doble minimización de la violencia, por un lado de la violencia del sistema penal, y por otro de la violencia informal existente en la sociedad.

De hecho, la legitimidad del sistema penal existe siempre y cuando la suma de las violencias (delitos, venganzas y punitivas arbitrarias) que pretende prevenir sea superior a la violencia constituida por los delitos no prevenidos y de las penas por estos conminadas.<sup>39</sup> BENJAMIN ya definía esa dialéctica de la violencia: “*toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho*”.<sup>40</sup> La violencia que establece el derecho (la licitud de un acto que de otra forma sería ilícito) al mismo tiempo lo conserva, ya que el contenido del nuevo derecho es la conservación del antiguo. Así, pues, la guerra ilegítima se convierte en legítima, de modo que en esta nueva guerra legal se conserva la misma violencia de la antigua. En efecto, el poder queda garantizado por la violencia creadora de derecho.<sup>41</sup> A partir de ello, BENJAMIN parece encontrar el significado de esa problemática, que es el origen del dogma de la sacralidad de la vida, especialmente la relación entre la sacralidad de la vida y el poder del derecho, entre el carácter sacro de la vida y el poder soberano.<sup>42</sup>

La dialéctica de la violencia, que permite la justificación de la existencia del sistema penal en los casos en que la violencia que el Derecho crea es menor que la violencia que se intenta prevenir, encuentra en la pena la idea de un *mal menor* (y sólo está justificada si es menor y menos arbitraria

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 60.

<sup>34</sup>*Ibidem*, p. 72.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 77.

<sup>36</sup>*Ibidem*, p. 80.

<sup>37</sup>FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en *Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, p. 504.

<sup>38</sup>*Ibidem*, p. 507.

<sup>39</sup>*Ibidem*, p. 512.

<sup>40</sup>BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1995, p. 27.

<sup>41</sup>*Ibidem*.

que la violencia privada) en relación a la reacción no jurídica. En otras palabras, la pena y el propio Derecho penal solamente están justificados cuando causan un mal menor respecto a la violencia que pretenden prevenir, pues el monopolio estatal del poder punitivo es tanto más justificado cuanto más bajo es el costo del Derecho penal respecto al costo de la *anarquía punitiva*.<sup>43</sup>

En la defensa de un Derecho penal como instrumento de minimización de la violencia, FERRAJOLI también analiza cuatro conocidas posibilidades de sistemas de control social: *a) el sistema de control social-salvaje (sociale-selvaggio)*, del derecho penal arcaico, como expresión de la venganza; *b) el sistema de control estatal-salvaje (statale-selvaggio)*, el ordenamiento primitivo del poder despótico, como expresión autoritaria y arbitraria de la pena, sin garantías para el condenado; *c) el sistema de control social-disciplinar (sociale-disciplinare)*, de la comunidad primitiva de fuerte sentimiento ético e ideológico, como expresión de una policía social moralizante; *d) el sistema de control estatal-disciplinar (statale-disciplinare)*, producto moderno del estado totalitario, caracterizado por el desarrollo de una función preventiva de policía mediante el espionaje del ciudadano.<sup>44</sup>

Estos sistemas (sociedad salvaje, estado salvaje, sociedad disciplinar y estado disciplinar), como la actual expansión del Derecho penal (estado preventivo extremo), provocan la actual crisis del Derecho penal y los nuevos y justificados intentos abolicionistas. Los dos últimos sistemas (el del estado disciplinar y el del estado preventivo extremo) son efectivamente los más alarmantes, no solamente por el simbolismo penal, sino también por la capacidad de manipulación para alcanzar fines distintos del Derecho penal y, como ha dicho FERRAJOLI, de convivir ocultamente en la moderna democracia.<sup>45</sup>

En mi opinión, la política penal de lucha contra las drogas representa un medio inidóneo de protección a la salud pública y un medio idóneo de aumento de la violencia social: exterminios, muertes, cárcel, sangre, tortura y organizaciones criminales son las consecuencias de esta política. Esta política criminal de drogas es la renovada función de gestión de la creciente exclusión social por parte del sistema penal de que habla el joven penalista gallego BRANDARIZ GARCÍA.<sup>46</sup> Es, en definitiva, una política criminal que expresa una fuerte visión autoritaria y arbitraria de la pena, moralizante y altamente totalitaria.<sup>47</sup>

<sup>42</sup>En sentido diferente, pero partiendo del planteamiento de BENJAMIN, el filósofo italiano AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006, p. 31, afirma que la dialéctica de la doble violencia es un poco diferente, pese a partir de los mismos fundamentos. Porque la violencia del estado de excepción, esa tierra de nadie y ese espacio biopolítico del poder soberano, no sustrae la regla, sino que la regla, suspendiéndose, da lugar a la excepción y, sólo de este modo, se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquella. Es decir, p. 86, "la violencia que se ejerce en el estado de excepción no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él". Por eso, concluye AGAMBEN, p. 85, "la violencia no establece ni conserva el derecho, sino que lo revoca".

<sup>43</sup>FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo, op. cit.*, p. 512. Esta anarquía punitiva, evidentemente, es derivada de la ausencia de control social penal, como ha dicho FERRAJOLI, Luigi, *Ibidem*, p. 514: "libero abbandono del sistema social al bellum omnium e alla reazione selvaggia e incontrollata alle offese, con inevitabile prevalenza del più forte".

<sup>44</sup>*Ibidem*, pp. 514-515.

<sup>45</sup>*Ibidem*, p. 515.

<sup>46</sup>BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *op. cit.*, pp. 39-52.

<sup>47</sup>Muy crítico a la actual política criminal de drogas en Brasil, véase CARVALHO, Salo de, *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010; BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Rio de Janeiro, 1990, pp. 59-69; KARAM, Maria Lúcia, *Revisitando a sociologia das drogas*, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, Florianópolis, Boiteux, 2002, pp. 133-145.

La política criminal de la exclusión en el ámbito de las drogas no puede ser legitimada por el discurso penal democrático. La legitimidad del Derecho penal se encuentra en la *racionalidad* del actuar del sistema penal. Legítimo es el ejercicio de un poder planificado racionalmente cuando existe *coherencia interna* y un *grado de verdad en su operatividad* (los fines declarados y reales deben ser coincidentes). ZAFFARONI apunta como características la existencia de “coherencia interna del discurso jurídico-penal” y “valor de verdad en cuanto a la operatividad social”.<sup>48</sup> Concreta la coherencia interna del discurso jurídico penal no sólo con la ausencia de contradicción o lógica, sino precisamente con la existencia de una *fundamentación antropológica*: si el Derecho sirve al hombre, la planificación del ejercicio del poder del sistema penal debe presuponer una antropología filosófica básica.<sup>49</sup>

En efecto, la presencia del ser humano en el centro del Derecho es una premisa básica fundamental para legitimar el ejercicio del poder del sistema penal. A *contrario sensu*, la desconsideración del ser humano como *persona*, como hace actualmente el llamado “derecho penal del enemigo en el ámbito de las drogas”, por ejemplo, nunca puede construir un saber legitimado. La legitimidad del poder del sistema penal, como vemos, depende del grado de verdad operacional. El discurso penal no puede elaborarse mediante la declaración de fines que son imposibles o abstractos, sin contacto con la realidad del ser. El Derecho penal es un eterno “deber ser” que encuentra en la realidad del ser la materia necesaria para la construcción del delito. Por tanto, la verdad operacional consiste en la simetría de hecho y norma, entre realidad e idealismo. La legitimidad del saber exige entonces que el Derecho penal sea un *medio adecuado* para cumplir los fines propuestos (la defensa de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad). De ahí que el saber debe ser capaz de influenciar la realidad. Si el Derecho penal quiere proteger la salud pública contra los males causados por las drogas, su legitimación existirá siempre que pueda reducir estos efectos indeseados. Pero si la intervención penal causa más muertes que el propio consumo de drogas, entonces es evidente que se trata de un medio inadecuado para tal fin y, por tanto, deslegitimado.

También me parece un equívoco confundir los vocablos *legitimidad* con *legalidad*. La *legitimidad* depende del grado de coherencia interna del discurso y de adecuación para la obtención de los fines propuestos. En cambio, la *legalidad* exige sólo que el discurso penal obedezca al proceso de producción de normas jurídicas, como determina el Estado de Derecho. Pero el cumplimiento de las exigencias formales del principio de legalidad no implica necesariamente la afirmación de la legitimidad. El ejemplo de la criminalización de las drogas es claro: la política de lucha contra las drogas cumple muy mal la legalidad penal y está hace años deslegitimada por la realidad de los hechos (por la violencia que genera).

#### IV. Hacia una Política Criminal Alternativa de las Drogas

La legitimidad del poder del sistema penal de las drogas requiere la reconstrucción del discurso penal a partir de la ética “universal” de los derechos humanos y el único camino posible en este sentido es la propuesta de minimización, es decir, el Derecho penal mínimo.

---

<sup>48</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 20.

<sup>49</sup>*Ibidem*, p. 21.

El Derecho penal mínimo está legitimado porque consiste en un modelo de discurso penal que se estructura en una dogmática jurídico-penal con un alto grado de coherencia interna y con grandes posibilidades de cumplir las finalidades que expresamente declara.

Internamente evita contradicciones lógicas porque está regido por principios de limitación del poder: legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y humanidad. Materialmente también se legitima porque minimaliza la intervención específicamente para la protección de la persona, evitando, por tanto, los riesgos de las doctrinas organicistas o funcionales. Finalmente se muestra como un modelo adecuado porque es modesto en los fines que propone: quiere defender los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad y sólo en los casos en que las otras ramas de control social son insuficientes. Por estas razones, otra política criminal de las drogas debe imponerse. Debe imponerse “ahora” *de lege lata* y “mañana” *de lege ferenda*.

A corto plazo, la política penal alternativa debe intentar reducir el ejercicio del poder punitivo que opera por medio de las agencias del sistema penal. Esta contención se puede realizar, en la práctica, mediante las siguientes medidas: 1. Declarar la inconstitucionalidad de la criminalización del consumidor poseedor de drogas, con fundamento en el principio del bien jurídico, que impide la criminalización de autolesiones; 2. Reforzar las penas alternativas a la cárcel a los traficantes que no dominen las “estructuras de poder del tráfico”; 3. Reducir la prisión preventiva a los casos de extrema necesidad para protección exclusiva del proceso y no para satisfacer los intereses materiales de la criminalización; 4. Desmilitarizar las acciones de las policías que ejecutan la política criminal de combate a las drogas; 5. Restringir el uso de instrumentos totalitarios como el agente encubierto, escuchas telefónicas y buscas domiciliarias; 6. Por fin, humanizar la cárcel!

A largo plazo, la política penal alternativa de las drogas, la única respetuosa del Estado democrático de Derecho, debe seguir este camino: descriminalización completa del uso, de la producción y del comercio de las drogas.<sup>50</sup>

Estoy seguro de que tal planteamiento todavía puede resultar impopular, pero impopular también debería ser el fracaso de la actual política criminal de las drogas. Quizá esta satanización de las drogas desaparezca si desaparece la confusión que se promueve entre descriminalización y desreglamentación. El control de la producción y tráfico debe seguir en las manos del Estado, pero no a través del Derecho penal sino de un derecho administrativo sancionador eficiente, que entiendo puede solucionar mejor los problemas que las drogas pueden generar.

Paralelamente, el refuerzo de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo puede ayudar sensiblemente en la decisión sobre el consumo. Los gastos para mantener el sistema penal genocida de las drogas podrían muy bien ser utilizados para reforzar otros sistemas de control. Naturalmente, las medidas administrativas sancionadoras y fiscales podrían controlar los suministros de las sustancias a menores y drogodependientes, así como también en espacios públicos, en la conducción de vehículos y en ciertos trabajos<sup>51</sup>. También pienso que el aumento de la

---

<sup>50</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis, *op. cit.*, pp. 521/525-526, habla de un refuerzo a la prevención y conservación de la salud y renuncia amplia a la prohibición penal. Esta reforma de la política de las drogas que sostiene ALBRECHT –correcta desde todos los puntos de vista- tendría las siguientes premisas: (a) el principio de prevención y el principio de intervención política de salud como finalidad del Estado Social; (b) en el Estado de Derecho la autolesión debe ser enfrentada, precipuamente, por medios de control no represivos; (c) combate a la desgracia de la droga por intervención económica.

<sup>51</sup> En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, *op. cit.*, p. 138.



oferta y no necesariamente de la demanda -por cuenta del fortalecimiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo- quizás evitaría la creación de una nueva criminalidad organizada. De todos modos, siempre sería conveniente implementar políticas públicas de incentivo a la producción agrícola alternativa, precisamente porque la ausencia de prohibición rebajaría el precio de las sustancias y no sería económicamente viable para los campesinos, al contrario de lo que sucede en la actualidad.<sup>52</sup>

Para concluir, soy consciente de la impopularidad de este planteamiento en tiempos de “pensamiento único”. Sin embargo, el debate democrático en torno de la cuestión de las drogas no puede ser aniquilado por un discurso fracasado en la realidad de la vida. Vivimos ahora con los mismos problemas de que ya hablaba ORTEGA Y GASSET en 1929: “Hoy, en cambio, el hombre medio tiene las “ideas” más taxativas sobre cuanto acontece y debe acontecer en el universo. Por eso ha perdido el uso de la audición. ¿Para qué oír, si ya tiene dentro cuanto hace falta? Ya no es sazón de escuchar, sino, al contrario, de juzgar, de sentenciar, de decidir. No hay cuestión de la vida pública donde no intervenga, ciego y sordo como es, imponiendo sus “opiniones”.<sup>53</sup> Ya llegó la hora de hacer pensar al “hombre-masa” y para eso sería importante que los políticos escuchasen lo que dicen los criminólogos, sociólogos y penalistas. Quizá así la política criminal de las drogas sería fruto de un pensamiento científico y no del simbolismo que usa la imagen del problema social para alcanzar otros objetivos.

## Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso, Curitiba/Rio de Janeiro, ICPC/Lumen Juris, 2010.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006.

BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, trad. de Mauricio Martínez, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, IBdeF, 2006.

\_\_\_\_\_, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, Bolonia, Il Mulino, 1982.

BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Rio de Janeiro, 1990.

BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007.

---

<sup>52</sup>PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 115

<sup>53</sup>ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 21ª ed., Madrid, Alianza, 2009, pp. 96-97.



BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1996.

CARVALHO, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06), 5ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CHRISTIE, Nils, El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias, en El poder punitivo del Estado, Rosario, Editorial Juris, 1993.

CIRINODOS SANTOS, Juarez, A criminologia radical, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

DEL OLMO, Rosa, La cara oculta de la droga, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpresión de la primera edición, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, Il diritto penale minimo, en Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, núm. 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.

FOUCAULT, Michael, Surveiller et punir, naissance de la prison, Paris, Gallimard, 1975.

HASSEMER, Winfried, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en HEFENDEHL, Roland (ed.), en La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

HULSMAN, Louk, Consecuencias negativas de la penalización de las drogas, en La política de las drogas, fuente de colonización y represión, en Nuevo Foro Penal, n.º 35, 1987.

HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, Evaluation critique de la politique des drogues, en Déviance et société, vol. VII, n.º 3, Gêneve, 1983.

KARAM, Maria Lúcia, Revisitando a sociologia das drogas, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva, Florianópolis, Boiteux, 2002.

MALAGUTI BATISTA, Vera, Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1975.

NEGRI, Antonio, La forma-Estado, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2003.

\_\_\_\_\_, La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008.

ORTEGAY GASSET, José, La rebelión de las masas, 21ª ed., Madrid, Alianza, 2009.

PROCÓPIO, Argemiro, O Brasil no mundo das drogas, 2ª ed., Vozes, Petrópolis, 1999.

ROXIN, Claus, Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, T. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, reimpresión, 2003.

\_\_\_\_\_, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, Pena y estructura social, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Juárez E. X., Bien jurídico y función en Derecho penal, trad. de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, Situations defined as real are real in their consequences, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., Social Psychology through symbolic interactions, 2ª ed., New York, Wiley, 1981.

THOMAS, William Isaac, The child in America: behavior problems and programs, New York, A. A. Knopf, 1928.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el Derecho penal, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

\_\_\_\_\_, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Buenos Aires, Ediar, 2003.

## L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISES EN AMÉRIQUE LATINE AU XIX<sup>E</sup> SIÈCLE

INFLUENCIA DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA  
FRANCESAS EN AMÉRICA LATINA EN EL SIGLO XIX

Cathalina Sánchez Escobar, Mg.\*

**Résumé:** Une fois les nouveaux États indépendants, il était urgent et indispensable de réformer, voire d'abolir, de supprimer et de reconstruire. Reconstruire sur des nouveaux principes, pour mettre en œuvre des nouvelles valeurs. Les nouveaux États latino-américains rejetant le droit de leur ancien colonisateur, sont attirés par les idéaux révolutionnaires et la correspondance existant entre leur société et la société française. Par conséquent, ouvrir le Code Napoléon en Amérique, revient donc à sentir souffler l'esprit des Lumières et des grands idéaux de la fin du siècle précédent, écrit dans une langue que toutes les élites cultivées maîtrisent. Mais, surtout, et c'est ce qui marquera le plus le droit d'Amérique latine, la doctrine et la jurisprudence françaises serviront directement dans l'élaboration juridique des nouvelles républiques.

**Mots clés:** Droit comparé; Droit latino-américain; Histoire du droit; Influence française; XIX<sup>e</sup> siècle.

**Resumen:** En cuanto los nuevos Estados obtuvieron su independencia, fue urgente e indispensable reformar, incluso abolir, suprimir y reconstruir. Reconstruir sobre nuevos principios para desarrollar los nuevos valores. Los nuevos Estados latinoamericanos rechazan el derecho de su antiguo colonizador, son atraídos por los ideales revolucionarios y la correspondencia existente entre su sociedad y la sociedad francesa. Por consiguiente, abrir el Código Napoleónico en América es sentir el espíritu de las luces y de los grandes ideales de finales del siglo precedente, escritos en un lenguaje que todas las élites cultivadas dominan. Pero, sobre todo, y esto es lo que más marcará el derecho latinoamericano, la doctrina y la jurisprudencia francesas servirán directamente en la elaboración jurídica de las nuevas repúblicas.

**Palabras clave:** Derecho comparado; Derecho latinoamericano; Historia del derecho; Influencia francesa; Siglo XIX.

**Sommaire:** I. Introduction. II. Rejet du droit colonial. III. Influence parmi les droits européens, du système du droit français. IV. Réception et acceptation de l'influence française par les pays latino-américains.

**Sumario:** I. Introducción; II. Rechazo del Derecho Colonial; III. Influencia del Sistema de Derecho Francés entre los Derechos Europeos; IV. Recepción y Aceptación de la Influencia Francesa por parte de los Países Latinoamericanos.

---

\*Abogada especialista en Derecho financiero y de los negocios de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín; Master en Historia del Derecho de la Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III France; Candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Francia y Externado de Colombia. Correo electrónico: cathalina.sanchez@hotmail.com

## I. Introduction

Les droits de l'Amérique latine<sup>1</sup> tendent-ils à s'affranchir des influences européennes qui ont été déterminantes dans leur période de formation.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les pays de l'Amérique latine ne s'efforçaient pas de développer des conceptions et des institutions juridiques propres, ils avaient emprunté leurs théories et doctrines politiques aux philosophes et publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle et de la Révolution française. De la même manière, le corps de leurs lois avait reproduit les lois européennes. Les droits de l'Amérique latine «gravitaient dans l'orbite de la science juridique de l'Europe occidentale».<sup>2</sup> Les juristes latino-américains reconnaissaient entièrement la suprématie et la supériorité des juristes européens.

C'est d'une manière souvent directe, parfois indirecte que la France va servir de modèle pour les systèmes juridiques que voudront se donner les nouveaux États indépendants. L'esprit du droit français, ses concepts, les nouvelles idées amenées par la France, veulent être adoptés mais ils ont besoin d'être adaptés aux peuples où ils vont s'appliquer ; ils doivent correspondre à l'imaginaire et à l'histoire de ces nouveaux pays. L'influence française sera déterminante dans certains domaines et dans l'adoption de plusieurs concepts ; la doctrine française va jouer un rôle essentiel dans presque tous les pays latino-américains. La jurisprudence, de son côté, joue un rôle dans l'élaboration des droits latino-américains et cette influence existe encore de nos jours.

En développant l'influence de la science juridique française sur les systèmes juridiques latino-américains, il ne s'agit pas de faire une litanie des vertus du droit français mais de se poser la question de sa dimension transnationale et son influence sur la jurisprudence et la doctrine qui se sont développées sous son inspiration en Amérique latine. L'ouverture des systèmes juridiques de l'Amérique latine aux normes de provenance française est un phénomène historique qui mérite d'être étudié pour discerner ses conséquences sur la culture du droit. Avec cette présentation générale des droits de l'Amérique latine nous voulons montrer l'intérêt de notre histoire commune (histoire latino-américaine), celle de nos institutions et des lois qui nous gouvernent.

Comprendre comment les droits de l'Amérique latine se sont constitués (II); de quelle façon l'influence de la doctrine et la jurisprudence française a contribué à la formation de leurs systèmes juridiques (III) et la manière dont cette influence a été accueillie (IV), c'est l'objectif de ce travail.

## II. Rejet du droit colonial

Lorsque les pays d'Amérique latine qui ne supportaient plus le joug colonial ont aspiré à l'indépendance, c'est vers l'Europe qu'ils se sont tournés: d'une part, car l'Europe, et particulièrement la France, représentait les idées d'indépendance et de liberté dont ils étaient épris et, d'autre part, car il est difficile de rejeter en bloc un système de pensée qui a régi pendant plusieurs siècles les mentalités.

---

<sup>1</sup>La recherche faite pour ce travail prend seulement comme référence les pays de l'Amérique latine qui étaient des anciennes colonies espagnoles.

<sup>2</sup>DAVID, René, *Le droit comparé – droits d'hier, droits de demain*, coll. Études juridiques comparatives, Paris,

L'indépendance a signifié une rupture culturelle avec l'Espagne et c'est à cause d'elle que les jeunes États ont eu besoin de nouvelles sources d'inspiration. Dans les premiers temps, il a été nécessaire de créer des nouvelles institutions pour consolider les régimes, républicains pour la plupart.

Un facteur important et déterminant que l'on trouve en Amérique, c'est l'existence d'un mécontentement à l'égard des lois qui gouvernaient les pays, manifesté non seulement par le peuple, mais également par les pouvoirs politiques. En général les nouveaux États, connaissaient les lois civiles de l'époque coloniale, compliquées et contradictoires, qui formaient un vrai labyrinthe de sources légales. Le corps de lois existantes avait également un autre défaut : le simple fait d'être des lois coloniales signifiait qu'elles n'étaient pas faites pour être les lois d'un nouveau pays indépendant et qu'en conséquence elles n'étaient pas adéquates.<sup>3</sup>

Des nombreuses critiques étaient dirigées contre les défauts formels ou externes de l'ancienne législation : la multiplicité des lois, leur hétérogénéité, leur incohérence et leur dispersion, la confusion produite par l'excès de commentaires de doctrine, l'ancienneté du langage employé; le caractère désuet de nombreuses parties de ce droit. Tous ces défauts causaient des difficultés pour connaître le droit et créaient incertitude et insécurité dans son application et, en définitive, une mauvaise administration de la justice.

Cet ensemble de critiques extérieures était souvent mêlées avec un argument touchant au caractère interne de la vieille législation, c'est-à-dire avec l'accusation d'avoir été produite par un gouvernement «despotique et féodal» qui n'existait plus en Amérique, de telle sorte que cette législation, encore en vigueur, n'était plus en harmonie avec la «constitution de la liberté» mise en place dans l'intervalle. D'autre part, les critiques ne manquèrent pas à l'encontre du droit généré par les nouveaux États qu'on accusait, vu son caractère non structuré, d'aléatoire et d'avoir aggravé la confusion qui existait dans la législation ancienne.

Ces invocations cherchaient simplement à doter les nouveaux États des lois – et surtout de corps de lois – qui soient d'accord avec la réalité des nations indépendantes. Les lois héritées des espagnols étaient «viciées», désordonnées, parfois incompréhensibles, incomplètes, insuffisantes ; et toutes ces «imperfections» les rendaient désormais inapplicables. Même avant l'indépendance on voyait déjà les défauts de cet ancien régime, lequel on devait changer pour l'adapter aux besoins des nouvelles sociétés émergentes.

Tous ces inconvénients ont été signalés par divers fonctionnaires et juristes qui ont plaidé pour obtenir un ordre et une codification pour remédier la dispersion et la méconnaissance des règles

---

<sup>3</sup>Ainsi, Simón Bolívar, dans son message du 14 février 1819 au Congrès d'Angostura, lors duquel la « Grande » Colombie allait être fondée, qui déclarait : « [...] nos lois sont de funestes reliques de tous les despotismes anciens et modernes ; puisse cet édifice monstrueux se défaire et tomber, afin que, une fois ses ruines écartées, nous puissions élever un temple à la justice et que, sous les auspices de sa sainte inspiration, nous édictions un code de lois vénézuéliennes » et qui continuait ainsi : « En demandant la stabilité des juges, la création de jurys et un nouveau code, j'ai demandé au Congrès la garantie de la liberté civile [...]. J'ai demandé la correction des abus les plus regrettables dont souffre notre magistrature du fait de l'origine vicié de cet océan de législation espagnole qui, semblable au temps, regroupe toutes les époques et tous les hommes, les œuvres de folie comme celles de talent, les productions sensées comme les extravagantes, les monuments du génie comme ceux du caprice. Cette encyclopédie légale, monstre aux dix mille têtes, qui jusqu'à présent a été le fléau des peuples espagnols, est le supplice le plus raffiné que la colère du ciel ait permis de déverser sur ce malheureux Empire ».

de droit, donner unité et sécurité au droit et clarté à la norme ; et, ainsi éliminer les superpositions abondantes et les contradictions légales qui compliquent les tâches du gouvernement. Au-delà des objectifs politiques, les juristes assignaient aussi à la codification des fonctions techniques et de réformation, car la systématisation du droit entraîne souvent sa réforme.

Les critiques sur l'inadéquat ancien régime révèlent le refus créole de continuer avec l'application d'un système des lois qui n'est plus adapté au nouveau milieu politique et juridique ; et, qui montrent le désir des hommes «du pouvoir» de se doter des lois propres, c'est-à-dire, faites pour eux-mêmes.

Les États devenus indépendants voulaient rejeter l'application du droit imposé par les Espagnols, qui représentait alors un rappel de leur soumission abolie. Mais ils ne voulaient pas cependant abandonner toutes leurs traditions. Ils voulaient se donner un nouveau droit, témoignage de leur indépendance, qui réglerait leurs nouveaux rapports.<sup>4</sup> Ils n'ont pas tenté de copier servilement un seul modèle de droit européen qui ne pouvait correspondre aux conditions économiques et sociales de leurs pays.<sup>5</sup> Pourtant, ils ne voulaient pas chercher une inspiration ailleurs que dans les droits européens, qui représentaient leurs nouvelles aspirations, et particulièrement l'idéologie française leur semblait la plus séduisante.<sup>6</sup>

### III. Influence parmi les droits européens du système du droit français

Les nouveaux gouvernements qui vont apparaître sont imbus des idées libertaires et égalitaires, idées qui avaient inspiré la Révolution et que Napoléon, homme de la Révolution avant de la dépasser, avait su inscrire dans le Code Civil. La Révolution française est à la base de l'indépendance de l'Argentine,<sup>7</sup> et aussi des autres républiques latines. Le prestige de la culture française, la connaissance de la langue française, parlée par les élites sud-américaines, la coïncidence à cette époque de la pensée, de la mentalité, de l'esprit français, et du nouvel esprit sud-américain, le goût de liberté commun aux nations, ont influencé les nouveaux systèmes juridiques en création.

---

<sup>4</sup>Le Chili devient indépendant le 18 septembre 1810. La Constitution prévoyait qu'en attendant la réunion du congrès, le pouvoir judiciaire jugerait les affaires en appliquant les lois (cédulas et pragmatikas) en vigueur à ce jour à l'exception de celles qui seraient en opposition avec l'actuel système libéral de gouvernement. Mais c'est seulement en 1831 qu'on remarquera officiellement l'anomalie du maintien de la législation coloniale et la nécessité de créer un véritable code et non pas seulement une simple compilation de lois.

<sup>5</sup>JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Rapport Introductif – La circulation du modèle juridique français en Amérique latine, En La circulation du modèle juridique français (journées franco-italiennes), Paris, Litec, 1994, p.109-120.

<sup>6</sup>On peut constater l'admiration qu'a suscitée alors en ce début du XIX<sup>e</sup> siècle, la culture française, la philosophie du siècle des lumières, l'esprit révolutionnaire et les codifications napoléoniennes. La contribution juridique française s'est manifestée d'abord sous la forme d'une pénétration en Amérique latine de la pensée libérale.

<sup>7</sup>En ce sens s'exprime Maître URBANO SALERNO, Marcelo in Argentine En La circulation du modèle juridique français (journées franco-italiennes), *op cit.*, p 121: L'indépendance argentine signifie une rupture culturelle avec l'Espagne et c'est à cause d'elle que l'on a eu besoin de nouvelles sources d'inspiration. Le mouvement de l'indépendance a reçu l'influence des philosophes français du XVIII<sup>e</sup> siècle, et surtout des encyclopédistes et des idéologues de la Révolution de 1789.



L'Espagne au début du XIX<sup>e</sup> siècle, n'avait plus la gloire des temps passés. La France, en revanche, venait de promulguer le Code Civil,<sup>8</sup> œuvre nouvelle, et pour l'époque remarquable ; le droit espagnol étant suffisamment proche du droit français pour qu'il n'y ait pas de rupture. Les anciens États colonisés rejetaient ainsi le passé colonisateur, et rajeunissaient et renouvelaient leur droit sans que les structures traditionnelles soient pour autant brisées.

Les nouveaux États sont admiratifs de la France pour son histoire et son idéologie. Les codifications françaises vont inspirer les nouveaux États mais, ce n'est pas question de les adopter sans les adapter ; tout en s'inspirant du Code français, les juristes latino-américains vont faire œuvre originale. C'est à cette influence de la pensée libérale, que l'on doit les premières réflexions civilistes latino-américains lors du processus d'indépendance.<sup>9</sup> Les nouveaux États ont emprunté le modèle français pour l'établir dans leurs institutions de droit civil.

### a. La législation civile latino-américaine, héritage de la législation française

Les droits civils de l'Amérique présentent dans l'ensemble les mêmes caractéristiques que ceux de l'Europe. Ils ont subi, pourtant, une œuvre d'adaptation sous la pression des nécessités de la vie sociale et sous l'influence des conceptions nationales. D'autre part, ils ont été la conséquence de l'idéologie politique, basée sur les postulats de la Révolution Française qui ont pesé d'une façon décisive sur l'organisation étatique des jeunes nations américaines.<sup>10</sup> La législation civile latino-américaine a donc été, et continue à être, une fille de la législation française.

Les droits civils des pays de l'Amérique latine ont été élaborés avant tout, pour des raisons historiques, en vue de régler les rapports entre les citoyens ; les autres branches du droit n'ont été que plus tardivement et moins parfaitement développées en partant des principes du «droit civil», qui est demeuré pendant longtemps le siège par excellence de la science du droit.<sup>11</sup>

Tous les codes des pays de l'Amérique latine élaborés au XIX<sup>e</sup> siècle se sont inspirés du modèle français d'une façon plus ou moins remarquable ; plus ou moins directe. Le plus important de tous, qui a marqué la codification latino-américaine et qui est l'exemple de cette inspiration française dans la législation de la région, c'est le Code Civil du Chili rédigé par Andrés Bello en 1855 (rentré en vigueur le 1 janvier 1857).<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup>WALD, Arnaldo. L'influence du code civil en Amérique latine, *En* 1804 – 2004 Le Code civil, un passé, présent, un avenir, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2004, p. 855-870.

<sup>10</sup>CORDEIRO ALVAREZ, E. Amérique Latine *En* Travaux de la Semaine Internationale de Droit à Paris 1950 : L'influence du Code Civil dans le Monde, Paris : A. Pedone, 1954, p. 740.

<sup>11</sup>DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de droit contemporains. 11<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz. 2002. p. 16-18. coll. Précis.

<sup>12</sup>En 1833 Bello commence à réviser la législation privée du Chili, que comme celle des autres pays de l'Amérique, était centrée sur les anciennes *Partidas* Alphonsines. Bello, avec son nouveau esprit, sait que la République n'est pas compatible avec le complexe système des lois espagnoles qui survient et sont encore obligatoires malgré l'indépendance et qu'il le faut un nouveau corps des lois.

Ce statut juridique que par son structure, sa forme externe, la précision du langage, son contenu juridique et sa remarquable adaptation à l'environnement dans lequel devaient s'appliquer ses dispositions, peut être considéré entre les meilleurs codes modernes. Traditionnellement on dit que sa principale source d'inspiration a été le Code Napoléon (Code Civil Français de 1804). Si cela est vrai en ce qui concerne les obligations et les contrats, il n'est pas du même dans les autres domaines.<sup>13</sup> Dans ces deux matières on peut apercevoir clairement l'influence française mais il n'est pas une simple transcription du Code français. Tandis que le Code Napoléon parle "des contrats", le Code de Bello traite "des actes et déclarations de volonté" (Titre II, Livre IV), comprenant ainsi toute la théorie de l'acte juridique. Ce dernier trouve ses sources dans le *Corpus Iuris Civilis*.

Dans les sources françaises matérialisées, utilisées par Bello on trouve : Le Code Civil de 1804. Les ouvrages des jurisconsultes Pothier et Domat. Les commentaires au Code Napoléon de Delvincourt (Cours du Droit Civil, Paris : 1824), Rogron (Code civil expliqué, Paris, 1834), Duranton, Troplong et Marcadé.

Le Code civil de Bello a servi d'inspiration à des nombreux codes civils de l'Amérique latine comme l'Uruguay et l'Argentine;<sup>14</sup> a été reçu presque intégralement –a été adopté avec quelques ajustements aux besoins nationaux- par l'Équateur (1858), Le Salvador (1859), Le Nicaragua (1867 à 1904), Honduras (de 1880 à 1899), la Colombie (1887) et le Panamá (au XX<sup>e</sup> siècle). C'est pour cette raison que l'on parle d'une influence «indirecte» du Code français dans les législations de l'Amérique latine.

Selon quelques experts comme Augusto Teixeira de Freitas (auteur de l'*Esboço de un Código Civil pra Brasil*) o Dalmacio Vélez Sársfield (rédacteur du *Code Civil Argentin*) le code civil de Bello est l'œuvre juridique plus importante de l'Amérique latine. On peut sans risque d'erreur affirmer, que d'une façon analogue à son ancêtre français, ce code est un paradigme de la bonne utilisation du langage, exemple également de tempérance et d'authenticité.

On voit cette influence française par toute l'Amérique latine ; prenons par exemple, le Mexique. Passées les premières heures de l'indépendance, le Mexique entre dans ce que l'on appelle la période du système central (1835–1846) ; le contexte n'est guère favorable à la spéculation en matière de législation, mais la nécessité pousse à l'adoption d'un code civil. Aussi voit-on paraître des projets privés, tels ceux de Vicente González Castro ou de Juan N. Rodríguez de

---

<sup>13</sup>La principale source a été les *Siete Partidas* d'Alphonse X (un texte de droit commun) ; dans certains aspects concernant les biens et les possessions ainsi que les successions, il suit le droit romain. En matière immobilière il a pris l'ancien système d'inscription allemand, en l'adaptant à la société chilienne. Il a été le premier à régler les personnes juridiques d'une façon systématique avec les personnes physiques. De la même façon, il a réglementé certains aspects matrimoniaux basé sur les normes du droit canonique. En ce qui concerne l'interprétation des lois, il s'est inspiré des normes du code de la Louisiane de 1822, en établissant un système complètement originale.

<sup>14</sup>Le Code civil de l'Uruguay, mis en vigueur le 19 avril 1868, présenterait selon ses auteurs, une certaine originalité : « Les codes de l'Europe, ceux de l'Amérique, celui en tous points digne d'éloges du Chili, les plus sages critiques du Code Napoléon, le projet du Docteur Acevedo, celui du Docteur Goyena, celui du Docteur Freytas, celui du Docteur Velez Sarfield, ont été les antécédents sur la base desquels a été élaboré l'œuvre que nous avons révisée, discutée, et approuvée ». Pour sa part, au Code Civil argentin de 1869 on l'attribue généralement une triple origine — le projet de Freitas, Aubry et Rau, le code civil français et le code chilien.

San Miguel, ce dernier intitulé *Pandectas Hispano-Megicanas* (sic). La première compilation offre une forte empreinte française, tandis que la seconde se trouve plus marquée par l'Espagne. Certes, Vicente González Castro reconnaît que les lois espagnoles ne sont pas «*totalelement inutiles et vicieuses, ni totalelement injustes et impraticables*», pour reprendre les mots de J. Sanchez Cordero, mais il souhaite ordonner la législation et préfère, pour ce faire, rassembler et systématiser les lois «*conformément à la méthode adoptée par les auteurs savants des codes français*».

Le Panama hérite de l'influence française de manière indirecte, par les travaux de don Andrés Bello. Au demeurant, le droit panaméen se présente comme un hybride entre le droit français et le droit américain, en raison du contexte géopolitique du territoire du canal construit par Ferdinand de Lesseps. Hormis en ce qui concerne les modes d'acquisition des biens, la codification panaméenne demeure fidèle aux conceptions françaises, notamment dans ce qui touche au statut personnel et à la propriété d'immeubles par des étrangers (les biens situés au Panama sont soumis aux lois panaméennes, même s'ils sont possédés par des étrangers).

Au Costa Rica, en 1841 est promulgué un code civil, ultérieurement désigné sous le nom de «*code général*» car il regroupe le droit civil, le droit pénal et le droit processuel. L'influence du Code Napoléon est médiata, car passée par l'intermédiaire du code bolivien de 1831, mais elle est substantielle : hormis le mariage, qui sera régi par les règles du droit canonique et les successions, dont le régime est fourni par Castille, les autres branches du droit civil viennent de France. Ce code général est abandonné à la fin du siècle et remplacé par le code civil de 1888. La structure de ce nouveau texte est semblable à celle du Code Napoléon, même si l'on constate quelques modifications de détail. Cela se comprend aisément si l'on recherche les sources de ce document : outre le code civil français, il convient de mentionner le projet de code civil espagnol de 1851 et le Cours de droit civil français d'Aubry et Rau.

Le Pérou connaîtra un code civil en 1852, conçu sur le modèle du code civil français, dans son plan d'abord, mais aussi dans le domaine des contrats ou dans les règles qui président au transfert de propriété. Le Paraguay a adopté le Code civil argentin depuis la loi du 27 juillet de 1889, de telle sorte que tout ce qui a été dit du code argentin est valable pour le paraguayen, ce qui nous permet de parler d'une influence indirecte. Contrairement, on trouve une influence médiata du droit français dans le droit civil de la Bolivie car Le Code de la Bolivie, en vigueur depuis le 18 novembre 1845, est une simple traduction du Code civil français, sauf quelques modifications de détail.

Bien que le Code civil français ou des autres dispositions législatives soient à la base de l'inspiration, ce sera l'influence de la doctrine et de la jurisprudence qui se fera le plus fortement sentir dans l'élaboration des systèmes de droit des États latino-américains aussi bien au moment de la codification que postérieurement à celle-ci.

## **b. La doctrine française en l'Amérique latine.**

On observe comment dans tous les pays de l'Amérique latine il y a une persistance dans la loi des traditions et usages juridiques des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, qui très fréquemment sont en conflit avec les législations. Cela s'explique pour la continuité des idées et traditions juridiques comme par la situation économique de ces pays, dont les traditions répondent souvent mieux que la loi légalement créée. Le droit «*vivant*» plus que le droit «*légal*», est rempli des traditions et

réminiscences du passé ; il contient tous les motifs, complexes et contradictoires qui se mêlent dans l'histoire et la physionomie d'un pays, lesquels sont supprimés ou unifiés dans la nécessaire rationalisation de la loi écrite. De là, le contraste entre la pratique et la loi qui correspond avec la situation désirée mais ne pas avec la situation existante.

Ce contraste, propre de l'Amérique latine, s'est remédié par l'élaboration d'une doctrine nationale qui d'un côté, prend conscience de la réalité du pays et d'un autre, tend à une élaboration propre et moderne, en s'éloignant ainsi des modèles étrangères. Ces modèles ont dominé jusque la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle tout le droit de l'Amérique latine de telle façon, que même les livres de texte consultés étaient en langue étrangère. Cette situation a été il y a longtemps dépassée mais l'influence de la doctrine étrangère est encore notable (surtout avant la première guerre mondiale) dans certaines allégations juridiques élaborées doctrinalement ou dans plusieurs décisions où l'on pouvait trouver la citation d'œuvres et d'auteurs étrangers.

Parmi les droits européens, c'est la doctrine française qui aura la plus grande influence, car elle était alors la plus abondante, puisque le Code civil datait de 1804 et que les grands auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle avaient déjà commencé à commenter le Code, en faire l'exégèse, l'interpréter. Il n'y avait pas encore de doctrine espagnole, portugaise ou italienne ; la doctrine allemande au début du XIX<sup>e</sup> siècle n'étant elle-même pas encore prépondérante.

La portée de la pensée qui a été distinguée est celle d'auteurs, tels que les romanistes comme Cujas, ainsi que les juristes de l'Ancien Régime, comme Pothier, Domat et Loisel, puis les collaborateurs du Code, comme Portalis, et les exégètes Delvincourt, Proudhon, Toullier, premier commentateur du Code français, dont son ouvrage «*Le droit civil français suivant l'ordre du Code*» a servi d'inspiration au rédacteur du code civil argentin, entre autres. Merlin ; Duranton, avec son ouvrage «*Cours du droit français suivant le Code civil*». Demolombe, avec son traité en 30 tomes. Marcadé, qui a été rédacteur et fondateur de la Revue Critique de Jurisprudence et qui a beaucoup apporté avec son ouvrage «*Explication du Code*» en 7 volumes. Troplong, avec ces 13 traités du droit civil en 26 volumes. Aubry et Rau qui ont été les commentateurs du Code français avec plus d'influence sur le codificateur argentin ; leur ouvrage «*Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zacharie*» a été la source doctrinale plus puissante dans le code civil de l'Argentine.

On reconnaît aussi dans les textes des législateurs latino-américains l'influence de Jean-Baptiste Duvergier, George-Anthoine Chabot d'Allier avec son commentaire sur la loi des successions et les questions transitoires sur le Code civil ; et le complément fait au cours analytique du Code civil d'Anthoine-Marie Demante fait par E. Colmet de Santerre.

La doctrine symbolisait la culture juridique française, ce qui semble-t-il, pour les juristes d'Amérique du Sud, représentait beaucoup plus qu'un texte loi ou qu'un ensemble de textes, aussi remarquable soit-il. Les différents législateurs se sont grandement inspirés, pour leur codification, de la doctrine française.<sup>15</sup> Et cette influence continue à être exercée aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècle, par des juristes français comme Planiol, Josserand, Saleilles, Ripert, Savatier et Carbonnier, parmi d'autres.

---

<sup>15</sup>Vélez Sarsfield, codificateur argentin, a souvent cité les auteurs français dans les notes explicatives de ces articles. Andres Bello pour le code chilien, a inséré des notes pour chaque article et dans nombre de ces notes il indique ses sources. Lors de l'élaboration du Code civil costaricain de 1888, le cours de droit civil français d'Auby et Rau eut une influence décisive sur la commission de rédaction du code. Ainsi, l'article 27 de ce code est emprunté directement au texte d'Auby et Rau et non pas au code français.

Le manque de littérature juridique d'auteurs des nouveaux États indépendants a conduit les juristes de ces pays, qu'ils soient avocats, professeurs ou juges, à étudier dans des livres étrangers.<sup>16</sup> L'importance que commence à acquérir l'opinion des auteurs – et qui ébauche la constitution d'une doctrine, comprise non seulement comme le reflet d'interprétations variées autour de la loi, mais aussi comme la matérialisation d'une véritable collectivité, érigée en source du droit – ainsi que l'irruption de la jurisprudence sur la scène sociale, mettront ainsi le *Code* (et sa «validité») au centre du débat juridique. La doctrine française a ainsi permis la réflexion scientifique.

La doctrine latino-américaine s'est peu intéressée à l'application du droit ; les ouvrages de doctrine qui existaient n'étaient guère plus que des commentaires pratiques des lois existantes, sans prétention philosophique ni visée politique, destinés essentiellement à faciliter le travail des praticiens.<sup>17</sup> Les monographies sont rares ; les revues sont préférablement consacrées à la publication des décisions judiciaires et aux articles du caractère général. Il existe une certaine timidité des juristes latino-américains pour exposer des idées originales en contraste avec la doctrine européenne et peut-être aussi, l'habitude de préférer se cacher qui met en évidence une contribution propre.

La formation de la doctrine nationale modifie les formes à travers lesquelles s'aperçoit l'influence de la doctrine étrangère. Probablement, la doctrine locale a passé de l'utilisation des textes originaux, puis aux textes traduits et plus tard, aux traductions avec des notes pour revenir après, dans un nouveau climat, à l'utilisation du texte original. L'influence de la doctrine française au moment de la formation des droits de l'Amérique latine fut donc très importante, plus importante que celle de la jurisprudence française qui pourtant fut souvent utilisée.<sup>18</sup>

### c. La jurisprudence française et son rôle dans l'élaboration des droits latino-américains

Quand on analyse les systèmes du droit des pays peu peuplés ou qui viennent d'accéder à leur indépendance, l'importance de la jurisprudence doit être appréciée seulement en considération des compilations publiées dans ces pays. C'est possible, en effet, que l'État national fasse usage, avec les réserves pertinentes, des compilations jurisprudentielles d'un autre pays dont le système de droit soit ressemblant à son droit national. C'est la manière dont la jurisprudence française a transcendé ses frontières ; les décisions de la Cour de Cassation et celles du Conseil d'État sont étudiées et exercent une certaine influence dans des autres pays qui appartiennent à la famille romano-germanique, où la jurisprudence française a une importance particulière.

Le Professeur David souligne l'importance de la législation, de la doctrine et des juges dans l'élaboration des droits des pays de l'Amérique du Sud. En schématisant, on peut dire que si la législation et sa technique ont été, dans un grand nombre de pays, inspirées de la science et de

---

<sup>16</sup>L'absence d'une véritable doctrine menace la viabilité d'un processus de codification. Seul un corps professoral productif, doté d'une réelle identité, d'une méthode de travail, et attentif aux réalités sociales, serait à même d'offrir à un processus de codification les bases nécessaires à la pérennité d'un Code.

<sup>17</sup>DAVID, René, *L'originalité des droits de l'Amérique latine*, Paris, Centre de documentation universitaire, p. 1.

<sup>18</sup>*Op. et loc. cit.* dans la note 5.



l'expérience allemandes ainsi que la doctrine italienne, c'est l'influence de la jurisprudence française qui est encore aujourd'hui dominante. Le Professeur David justifiait cette constatation par « la supériorité technique » du juge français.

Comme le signale le Professeur Jauffret-Spinosi, on peut bien apprécier l'influence de la jurisprudence française dans des constructions des droits des nouveaux États. Ainsi, le droit français de la famille a servi de modèle et s'est adapté au contexte costaricain ; l'inspiration provenant aussi bien du texte de la loi française que de la jurisprudence et de la doctrine. On trouve aussi l'influence française dans les publications régulières des extraits des décisions de la Cour de cassation et des tribunaux supérieurs costariciens, où ils mettent en œuvre la méthode proposée par Capitant pour établir et classer des jugements de principe.

Au Mexique, l'évolution du système juridique français ne s'est pas forcément manifestée par une modification des textes légaux. C'est ainsi la jurisprudence qui a marqué l'évolution de son Code civil en ce qui concerne les articles relatifs à la responsabilité civile.

En ce qui concerne l'Argentine, la jurisprudence française a eu une grande transcendance pendant le processus de codification. Son influence au XIX<sup>e</sup> siècle fut remarquable, et l'on pourrait dire qu'elle continue jusque la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Dans le domaine du droit public, le modèle français a inspiré des projets des constitutions, par exemple, la Constitution de 1853, en tout ce qui concerne la déclaration des droits et garanties, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fut la source immédiate.

Il y a toute une gamme de catégories juridiques provenant du droit français qui marque la présence de l'intelligence juridique gauloise au Panama. On reconnaît la jurisprudence dans le domaine civil en ce qui concerne la notion et la structure de la responsabilité qui a suivi en grande partie le droit judiciaire français.

L'œuvre jurisprudentielle et doctrinale réalisée par les juristes français conserve tout son autorité et son actualité dans le droit dominicain et dans le comportement des juges, professeurs et juristes en général. La doctrine et la jurisprudence françaises par la vigueur de leur raisonnement ont leur pleine application en République Dominicaine même s'il existe quelques divergences dans la jurisprudence de la Cour suprême de Justice.

En droit administratif, certaines constructions élaborées par la jurisprudence du Conseil d'État français (la responsabilité administrative et le régime des contrats), ont été imitées par les droits de différents pays latino-américains. Or, l'on sait que notre droit administratif est presque exclusivement l'œuvre de la jurisprudence du Conseil d'État.<sup>19</sup>

On voit aussi comment certains juristes français vont en Amérique latine enseigner le droit français et commenter la jurisprudence de l'époque. On peut citer comme exemple : Guret Bellemere, qui en 1822 arrive en Argentine. Ce juriste français a donné des cours à l'Académie théorique-pratique de jurisprudence de Buenos Aires. En 1829 il a donné une grande impulsion à l'organisation judiciaire de la province de Buenos Aires et a également étudié le problème de la peine de mort.

---

<sup>19</sup>Le Conseil d'État français n'est pas simplement l'une des institutions les plus importantes en France mais, son jurisprudence a créé une nouvelle branche du droit et il est devenu un élément fondamental dans l'évolution du droit public dans le monde.



En revanche, la jurisprudence locale latino-américaine était ignorée, c'était celle venant de l'étranger – surtout de la France- qui était employée pour trouver des théories et des solutions qui pouvaient être appliquées dans les systèmes latino-américains. La jurisprudence française a joué un rôle dans l'élaboration des droits latino-américains, mais il semble que contrairement à la doctrine, qui a dû souvent céder la place à la doctrine allemande et italienne, les décisions des tribunaux français intéressent encore les juges latino-américains.<sup>20</sup>

#### IV. Réception et acceptation de l'influence française par les pays latino-américains

Les pays de l'Amérique latine ont connu un phénomène particulier : l'acceptation volontaire du droit apporté par les colonisateurs européens dans certains domaines, et l'adaptation dans certains autres. Ce qui a permis le maintien du droit européen dans la culture juridique et la science du droit latino-américaine. Tous les États ont donc fait une certaine place aux idées européennes. Ils ont aussi ajusté ce droit européen au regard du contexte socioculturel, parce que cela leur a paru nécessaire pour maintenir leur indépendance et pour réaliser certains progrès.<sup>21</sup>

Dans les pays de l'Amérique latine on a pu recevoir les droits européens, mais il existait déjà dans ces pays, avant que cette réception n'ait lieu, une civilisation autochtone, comportant certaines manières de voir ou de se conduire et certaines institutions. La réception n'a souvent été, dans ces conditions, que partielle, divers secteurs des relations juridiques demeurant régis par les principes traditionnels; les manières anciennes de voir et de se conduire peuvent également entraîner une application du droit nouveau, assez différente de ce qui est appliqué en Europe.

Pendant longtemps les droits locaux ont copié et adapté ceux de l'Europe, mais à un moment donné cette pratique n'était plus efficace, et il a fallu développer le droit des anciennes colonies. Inspirés non seulement par le désir d'indépendance de l'ancien système du droit, mais aussi par l'originalité juridique, et par le besoin de donner des solutions aux grands problèmes sociaux et économiques qu'ils devaient résoudre, les juristes ont cherché, et continuent à le faire, dans la mesure du possible, avec un effort valable de créativité, les solutions qui s'adaptent aux circonstances de leurs pays.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup>La réflexion de la doctrine atteste d'un changement substantiel dans la façon d'étudier et d'enseigner le droit civil. Une volonté explicite d'adapter le droit à la réalité sociale commence à se faire sentir : les professeurs, conscients des profonds changements expérimentés par la société, et de l'évolution des processus productifs, font évoluer leur façon de voir les choses.

<sup>21</sup>C'est certain que quelques pays de l'Europe et de l'Amérique parlent les mêmes langues, sont attachés à de mêmes traditions, participent aux mêmes croyances, et parfois professent le même idéal. Cependant, les conditions géographiques, l'économie des divers pays, leur structure sociale et même raciale, sont essentiellement différentes en Europe et en Amérique. Malgré toutes ces discordances, les juristes de l'Amérique continuaient à être attachés à la tradition et à la manière de voir en Europe, beaucoup plus qu'à souligner l'autonomie et l'originalité de leurs droits.

<sup>22</sup>En ce sens s'exprime le professeur R. David, en affirmant que les juristes latino-américains ont fait des nouveaux apports à la science du droit récoltés par eux dans des traditions indigènes. Il mentionne comme exemple, l'organisation foncière mexicaine, avec l'institution des ejidos qui perpétue certaines formes d'appropriation collective, traditionnelles chez les indiens du Mexique. On peut trouver des institutions similaires au Pérou, la Bolivie, la Colombie ou le Venezuela, où des centres importants de population indienne ont subsisté et où des institutions indiennes traditionnelles ont pu être maintenues en place à leur usage.

Les juristes, les juges et les législateurs ont pu donner leurs contributions au progrès et au développement équitable dans leurs pays, en continuant à chercher des possibles solutions, même dans les droits d'autres pays, mais avec une touche de nouveauté.

On peut donc se demander pour la place et rôle du juge face à cette influence française. Chargé de gérer la diversité et la complexité juridiques d'un Empire sans menacer l'efficacité de gestion et le prestige d'une autorité coloniale, investie des leviers de commandement, la justice, dans l'arsenal des institutions mises en place, a joué un rôle privilégié pour les grandes puissances coloniales.<sup>23</sup>

Pendant la colonisation, les juges sont nommés par l'Espagne pour dire le droit. Mais ils doivent s'adapter à la culture locale et aux coutumes; les lois sont faites en Espagne mais les juges sont sur le terrain. Ces lois sont appliquées aux habitants de la péninsule (les Espagnols) et aux «*criollos*» (Espagnols nés en Nouvelle Espagne)<sup>24</sup> alors que les métis (né d'un Espagnol et d'un Indien) étaient eux régis par le droit dit indien. Les indigènes purent conserver leurs us et coutumes dans certaines matières, tant qu'ils n'attaquaient pas «*contre la religion catholique*».<sup>25</sup>

Comme le dit la Professeure Martine Fabre, l'État Espagnol joue un rôle direct par la sélection, par le recrutement, par le statut et les affectations mais les juges, sur le terrain, ont apporté leur participation à l'édification de l'empire colonial en adaptant et en gérant cette situation frontrière où le droit doit être constamment adapté soit dans le sens d'une mise en adéquation du droit espagnol aux mœurs locales, soit dans le sens d'une nécessaire compréhension d'une culture différente lorsque le juge est tenu d'apprécier le droit coutumier indigène.

Une fois les États devenus indépendants, les juges se sont trouvés face à une polémique : fallait-il faire abstraction des institutions coloniales et prévoir un droit unique et nouveau, inspiré de la France et des autres modèles européens ou bien était-il préférable de conserver les coutumes et les juges naturels en place ? Ils se sont orientés vers une coexistence de deux sortes de droit. Cependant, il existait des vides juridiques qu'aucune des deux sources de droit n'avaient pu combler. Sur les points non réglés par le législateur, c'est la doctrine et la jurisprudence française –de préférence– qui sont intervenues.

Pour reprendre les mots du Professeur Bernard Durand, le juge doit alors trouver sa place dans différents arts combinatoires. En premier lieu, *l'art d'organiser* : mettre en place une organisation qui réponde aux besoins des nouveaux États. En second lieu, *l'art d'adapter*, parce que la table rase qu'auraient pu privilégier les nouveaux États n'exclut pas que l'on s'inspire du système français en l'adaptant aux besoins locaux et si possible en le modernisant. En troisième lieu, *l'art d'innover*, parce que l'originalité des situations et les buts assignés autorisent les innovations. On va alors tenter, par le droit et l'organisation judiciaire, de transformer progressivement les règles et d'aller vers des solutions plus conformes à la justice et à la modernité.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup>DURAND, Bernard et FABRE, Martine (dir.). Le juge et l'outre-mer, Tome 2 : Les roches bleues de l'Empire colonial, Lille : Centre d'histoire judiciaire éditeur, 2004, coll. Histoire de la Justice.

<sup>24</sup>Ils étaient au commencement régis par l'ordonnance espagnole ainsi que leurs transactions, mariages, contrats, etc.

<sup>25</sup>Il est important de souligner qu'à cette époque, Face à la difficulté de transposer automatiquement le régime juridique espagnol sur le territoire mexicain, le droit indien commença à se répandre et à s'unifier. La législation indienne regrouper dans la compilation des lois des Royaumes des Indes et le Nouveau Recueil de lois était fondée sur la casuistique.

<sup>26</sup>*Op. et loc. cit.* dans la note 23.

On peut, pour conclure, constater que l'influence française sur le droit de l'Amérique latine est toujours présente et bien qu'il est difficile de la reconnaître de nos jours, au XIX<sup>e</sup> siècle, il en était autrement, lorsque les nouveaux États ont procédé à une véritable réception globale du droit civil français. La France avait un Code civil moderne, reflétant une certaine idéologie et la doctrine faisait bloc pour considérer que tout le droit était dans ce code. L'on suivait l'exemple du droit français en Amérique latine comme en Europe, en se donnant un code, aussi voisin que possible du Code français, par son contenu, son esprit, sa technique. Aujourd'hui, les choses sont beaucoup plus complexes. Les États latino-américains ont inséré dans leurs codes ou en dehors d'eux une foule de lois nouvelles, dont l'esprit est souvent différent de celui de 1804.

Cependant, beaucoup plus importante semble être l'influence française reçue par les pays de l'Amérique latine «par-delà le Code». L'influence de la doctrine française, de la jurisprudence française, l'éducation reçue par les juristes latino-américains, l'importance de la littérature juridique française, présente dans les bibliothèques publiques ou privées, ont semble-t-il, joué un rôle important pour l'élaboration des systèmes de droit des États latino-américains au temps de la codification et après celle-ci.

### Références Bibliographiques

AUTORES VARIOS. Travaux de l'Association Henri Capitant. La circulation du modèle juridique français – Journées franco-italiennes. Paris : Litec, 1994. Tome XLIV

DAINOW, Joseph. Travaux de la semaine internationale de Droit, Paris, 1950. L'influence du Code Civil dans le Monde. Paris : A. Pedone, 1954, 912 p.

DAVID, René. Le droit comparé : droits d'hier, droits de demain. Paris : Economica. 1982. 161 p. Coll. Études juridiques comparatives.

\_\_\_\_\_. L'originalité des droits de l'Amérique latine, Paris : Centre de documentation universitaire, 30 p.

DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de droit contemporains. 11<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz. 2002. p. 16-18. coll. Précis.

DURAND, Bernard et FABRE, Martine (dir.). Le juge et l'outre-mer, Tome 2 : Les roches bleues de l'Empire colonial, Lille : Centre d'histoire judiciaire éditeur, 2004, coll. Histoire de la Justice

LAMBERT, Jacques. Amérique latine. Structures sociales et institutions politiques, Paris : PUF, 1963, 448 p. coll. Themis.

LEMPERIERE, Annick *et al.* *L'Amérique latine et les modèles européens*, coll. Recherches et documents Amériques latines, Paris : L'Harmattan, 1998, 540 p

MARTÍNEZ, Frédéric. El nacionalismo cosmopolita. La referencia europea en la construcción nacional en Colombia, 1845-1900, Bogotá: Banco de la República, Instituto Francés de Estudios Andinos, 2001, p. 109

PÉREZ-PACHECO, Mateo. La culture française en Amérique latine, En Bulletin de l'Amérique latine, n° 6/7, 1921 p.272.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Cathalina. L'influence du "Code" civil Français de 1804 sur les Codes civils de l'Amérique Latine. Aix-en-Provence, 2006, 113 p. Trabajo de grado (Master en Historia del derecho). Université Paul Cézanne. Facultad de derecho.

WALD, Arnaldo. L'influence du code civil en Amérique latine. En: Université Panthéon-Assas. 1804 – 2004 Le Code civil, un passé, présent, un avenir. Paris : Dalloz, 2004. p. 855 – 870.

## RESEÑA: "FUMANDO MAÑAS. CONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO DE LA REALIDAD SOCIAL EN UN CONTEXTO DE ILEGALIDAD" CESAR AUGUSTO TAPIAS. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD DE ROSARIO. 2010

Nicolás Espinosa Menéndez\*

Me permito redactar esta reseña desde algunas generalidades que embargan el sentido común que inunda el ámbito académico y desde la primera persona del singular que, como una forma particular de asumir la apuesta por el conocimiento, comparto con el autor del libro que embarga estas letras: César Tapias. La apuesta a la que me refiero, desde su versión etnográfica, permite explorar aspectos de la vida social que escapan -en su definición y comprensión- a metodologías clásicas de la investigación social propias de la sociología; se trata entonces de un ejercicio que, parafraseando a Cleeford Geertz, supondría una "etnografía densa". Y fue con ella que César pudo rastrear las múltiples fuerzas sociales que se cruzan en la vida de una familia inmersa en un mundo de ilegalidades y legitimidades cuya vida, como lo propusiera Agnes Heller, es la vida cotidiana. Es por ello una investigación que se orienta a sujetos de investigación, no a objetos.

Se trata de un libro que a la manera de las advertencias que incorporan algunos programas de televisión ("véase bajo su discreción") y algunos productos ("consúmase con precaución"), tiene la suya propia: léase bajo su responsabilidad. No se trata de advertirle a usted, como lector, que quizá se encuentre con un lenguaje académico cargado de sobreestréjulas que quizá resulte no apropiado; o que a lo mejor se encontrará con imágenes explícitas de fuertes contradicciones sociales que puedan herir su cómoda susceptibilidad burguesa y occidentalizada. No. Es una responsabilidad que Ud. como lector, ante el libro y su lectura, tiene. La definió Francisco Ortega, uno de los evaluadores de la Tesis de Maestría de César (este libro es producto de su investigación monográfica en Antropología) quien exhorta al lector con los siguientes términos:

*"Esta experiencia etnográfica queda plasmada en el manuscrito mediante una escritura simultáneamente reflexiva (que atestigua) e indignada (que denuncia). Una escritura que acerca el manuscrito a lo que Barthes llamó en S/Z un texto escribible, es decir, un texto que el lector tiene que escribir con su lectura".*

Esto quiere decir que el libro de César permite algunas lecturas que me permiten rastrear las distintas pautas desde las cuales me es posible definir su trabajo como una etnografía transgresora, etnografía que hace posible incorporar al lente con el que miramos la sociedad un filtro que nos permite, por un lado politizar el ejercicio académico y por otro hallar la matriz política que atraviesa la vida diaria. Pero, antes de referirme a este ejercicio de reescritura del libro que como lector me compete... ¿de qué va el texto?

---

\*Sociólogo y Magíster en Antropología de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador del Grupo Cultura Violencia y Territorio de la Universidad de Antioquia y docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Correo electrónico: nicolas.espinosa@usbmed.edu.co

“Fumando mañas...” es una etnografía que, en el sentido más pleno y dinámico del término, trasciende al texto escrito: es una etnografía que como experiencia incorpora la investigación en sí misma sobre el microtráfico, las reflexiones del autor sobre las redes de poder que le regulan, el análisis de la relación investigador/investigados con los sujetos cuyas vidas (y contextos) César investigó. Son cuatro partes y varios capítulos en donde se tejen las historias de los personajes de la historia, las condiciones, causas y consecuencias de vivir en medio de una ilegalidad que se dinamiza por las legitimidades que se construyen, las solidaridades que le sostienen. ¿Cómo se construye un mundo así? Dice César: “...a partir de las relaciones sociales más básicas estos de sujetos sociales como las de parentesco, de filiación familiar, y luego en las más complejas como las alianzas, se construye un modelo cultural que delinea la acción que desarrollan, al tiempo que les permite entender la acción social: el mundo, los otros y lo que hacen, el campo donde desarrollan el juego social de existir” (Tapias 2010:148)

Para dar cuenta de esta creación del mundo, César se apoya en dos modelos analíticos que demarcan, por un lado las pautas de la acción de los sujetos de su trabajo (pág. 96) y por otro los campos de poder que definen las fronteras (y naturaleza) de la acción social (pág. 99).

Talleres de pintura, de fotografía; entrevistas grupales, historias de vida, el juicioso diario de campo, la convivencia permanente durante varios meses e incluso la adopción de tareas que como habitante de la casa le competen, por el sólo hecho de ser habitante de la casa, fueron las técnicas de investigación que se articularon a una metodología etnográfica que hace posible tejer agencias, estructuras y experiencias para comprender, en suma, como se crea y se vive el mundo en este contexto de ilegalidad, legitimidades y solidaridades.

Pero regreso a mis lecturas del trabajo de César, pues más que el desarrollo temático del libro prefiero centrarme en las consecuencias del mismo. Así que expondré tres momentos que han estado ligados al desarrollo del trabajo de César:

El primero tiene que ver con la doble experiencia; esta es aquella que da cuenta de la forma en que el trabajo de investigación involucró al autor, no sólo con la investigación (en abstracto) sino con los sujetos a quienes, y con quienes, investigaba. Esta cercanía le permitió dar cuenta de la relación que se teje entre una tradicional familia de barrio popular y el contexto social de la marginalidad en Medellín. Esta lectura del trabajo de César, si bien permea todo el texto, la hice cuando el trabajo de César aún estaba por escribirse pues ya tenía estructura conceptual pero apenas cobraba forma gramatical. Apenas estaba en apuntes dispersos y en ideas pensadas en voz alta que nos fueron expuestas por él en una de nuestras clases. Con la intensidad que sólo se logra gracias a la lectura pausada de historias cuya velocidad es inverosímil, nos leyó apartes de la biografía de uno de los personajes de su trabajo, miembro de esta familia que vive de la venta de drogas y la circulación de billetes falsos. La narración de la vida que involucra mas a allá de los lazos familiares que une a la madre (la cucha), el ex marido y las hijas, e hijos de ellos; sus nietos, nietas y cuñados (uno de ellos policía) en una casa que se pierde en el mar de casas, en medio de conflictos que se pierden en la amalgama de conflictos que se remontan montaña arriba. Esta familia no resultó extraña para César, ni él para ellos, porque se trata de familiares en segundo grado de consanguinidad, primer grado en confianza y un grado no medible de complicidad que le permitió proponer, por exótico que pareciese, investigar sus vidas diarias aunque a ellos su vida diaria –llenas de luchas por el día a día- no parece nada extraordinario.



La segunda lectura que realicé del trabajo de César tiene que ver con la incrédula recepción de algunas personas que dentro del medio académico observaron su trabajo con sospecha. El carácter participante, aunque criticado como un elemento de trivialización de la etnografía, está latente en el trabajo de César y no se limita a una participación artificial, fría y estéril. Es claro que el suyo se trató de un posicionamiento que como académico le permitió ser y estar como tal en "la casa de la cucha", en donde su trabajo no incomodó y fue aceptado. Era un trabajo más en torno a la vida de la casa. El sentido común académico (como dije al principio, me permito generalizar) ubica a la etnografía como simple y llana descripción de fenómenos que no va más allá de la descripción. Y desde esta concepción algunas personas consideran aspectos del trabajo de César como muy descriptivo; de tal suerte que el apartado más enriquecedor de su texto (una reconocida ponencia presentada en un congreso de antropología) no fue aceptado en una revista porque no era suficientemente teórico. O de tal suerte que el tono y el acento con el que Cesar escribe su texto causó extrañeza en un colega nuestro quien, al leer apartes de su tesis, cuestionó si acaso un texto así sería recibido para su evaluación.

Y no es que al texto de César le falte teoría, o citas y notas al pie. No quiero trivializar este aspecto, pues es claro que el trabajo de César no se limita a describir un día en la vida de... Esta etnografía analiza y explica, define y trata la confluencia de fuerzas sociales en la vida de la familia. Para ello César crea sus propias categorías y, como antes he citado, diseña modelos analíticos que sin duda han de ser útiles para dar cuenta de otros escenarios y contextos sociales en donde la ilegalidad, el poder y a legitimidad marquen la pauta. Es más, me parece que al texto le sobran citas y notas al pie.

A continuación escribo en plural porque esta crítica que va para César, también cabe a la generación de académicos con la que nos formamos y por supuesto y tiene que ver con el fetichismo de la citas. El tener que citar casi que a cada párrafo es una tara de la cual muchos etnógrafos aun no nos desprendemos y es una práctica a la cual acudimos no sólo para dar cuenta de nuestro juicio académico (vean: hemos leído), sino también para validar nuestras apreciaciones (vean: este señor también lo dijo) o situarlas como legítimas (vean: algo similar piensan estos autores). No se trata, aclaro, de evitar el apoyo en otros autores y autoras cuando este de a lugar, pero se trata de evitar, como he dicho antes, la fetichización. Y al respecto, el texto de César me resulta pesado por las constantes citas de rigor que tal vez poco aportan.

La tercera lectura del trabajo de César es la lectura que hicieron sus sujetos de investigación. El texto de César (a pesar de la pesadez de las sucesivas citas) incorpora amplias secciones dispuestas para ser leídas no solo por el medio académico, sino por las personas sobre quienes escribe y, en últimas, para quienes escribe: el libro de César hace parte del paisaje de la casa y se encuentra en un atril en el que los personajes de la historia de reconocen y se muestran, con orgullo, a los visitantes. Su mundo, si bien no ha cambiado, por lo menos se ha hecho más complejo: las reflexiones a que en esta casa ha dado el trabajo que sobre ellos hizo César es un enorme valor agregado ético y político, en cuanto al papel de la etnografía, que si bien escapa a las evaluaciones de rigurosidad académica... esto último, no importa. Pues no todo en la etnografía se hace (o lo hacemos) para ser evaluado y reconocido por los evaluadores.

Finalmente, quiero terminar señalando que uno de los debates más frecuentes en torno a la Etnografía (como perspectiva de investigación que desde la antropología se ha adaptado a casi todas las disciplinas de la ciencia social) tiene que ver con las pretensiones de objetividad con la

que se le califica o descalifica, según sea el caso. Esta discusión se ve amenizada con las estrategias de autoridad académica que, como respuesta a estas pretensiones de objetividad, se despliegan desde ámbitos etnográficos, pues según sea la capacidad de presentarse y representarse como copia fiel de la realidad un trabajo de esta naturaleza se posicionará como válido. Ahora bien ¿tal posicionamiento le garantiza, por ende, el reconocimiento de objetividad con el que el espíritu de la ciencia social positivista califica la validez de un estudio?

No necesariamente. Y en el caso de César tal vez porque, sin cinismo y sin ánimo de ofender a nadie, no le interesa.

Muchas etnografías son criticadas por la ficción que se presume dada la falta de veracidad o verificación que dan las citas, por ejemplo, o por el carácter que imprimen los recursos literarios. Pero, como se desprende de la crítica que hace César en su trabajo, si de ficción se trata para eso tenemos los estudios que dan cuenta de la gente y sus experiencias a partir de categorías tan genéricas como generales.



**UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
SECCIONAL MEDELLÍN**  

---

**Calidad Humana y Profesional**

Esta edición se terminó de imprimir en Diciembre de 2011 en el taller de Publicaciones de la Universidad de San Buenaventura Medellín.