

Conflicto & Sociedad

Revista Institucional UNISABANETA
Vol. 2 - N° 1 / Sabaneta, Colombia / Enero - Junio de 2014 / ISSN 2322-6900

Distribución gratuita

Facultad de Derecho

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta



Unisabaneta
Innovación y Emprendimiento para la paz



ALAS

Asociación Latinoamericana
de Sociología

La Revista Conflicto y Sociedad está registrada
en la base de datos ALAS. <http://alasrevistas.blogspot.com>

Conflicto y Sociedad

Es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la
Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta
ISSN 2322-6900

Vol. 2, N° 1, enero - junio de 2014

Hernán Moreno Pérez

Presidente de la Honorable Asamblea de Corporados

Juan Carlos Trujillo Barrera

Rector

Luis Fernando Ospina Vanegas

Vicerrector de Extensión y Comunicaciones

Carlos Mario Ramírez Betancur

Vicerrector Académico

Luz Elena Mira Olano

Decana Facultad de Derecho

José Saúl Trujillo González

Vicerrector de Investigación

Dirección y contactos

Calle 75 sur 34 – 120

Teléfono: 301 18 18 ext. 106

Vicerrectoría de Investigación

dirección.investigaciones@unisabaneta.edu.co

Fecha de publicación: julio de 2014

Tiraje: 1.000 (distribución gratuita)

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales

S.A. N° 2014 – 658 4-72, vence 31 de Dic. 2014.

Editor

José Saúl Trujillo González
Vicerrector de Investigación

Comité Editorial

Namiko Matsumoto Benitez

Licenciada en Derecho, Universidad Veracruzana.
Doctora en Derecho, Instituto Universitario de Puebla. México.
Universidad Veracruzana de México.

Andrés González Serrano

Abogado, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá
Magister en Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, España.

Luz Elena Mira Olano

Abogada, Magister en Derechos Humanos
y Democracia y Derecho Internacional
Universitat Oberta de Catalunya

Carlos Mario García Ramírez, Ph.D. (c)

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Evaluadores

Andrés González Serrano

M.A. Universidad Militar Nueva Granada

Cesar Castillo

Ph. D. Universidad Externado.

Gabriela Neira Hidalgo

M.A. Universidad San Martín de Porres, Perú

Namiko Matsumoto

Ph.D. Universidad de Puebla, México

Carlos Mario García R.

Ph.D (C) Universidad de Buenos Aires, Argentina

César Augusto Cano

Abogado - Universidad de Antioquia, Colombia.

Los artículos son responsabilidad moral de los autores y, por tanto,
no comprometen ni legal, ni moralmente, a la Corporación Universi-
taria de Sabaneta, Unisabaneta.

Canje y/o Donación: Biblioteca

Teléfono. (4) 301 18 18 ext. 118 ó 152

E-mail: biblioteca@unisabaneta.edu.co

Diseño, diagramación e impresión:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Teléfono: 372 77 16

Ciudad: Itagüí



Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento -No Comercial –
Sin Obra Derivada 3.0 Unported.



Contenido

Artículo corto de investigación

- El tratado para lograr la paz perpetua en Europa del
Abad de Saint Pierre y su contexto histórico 11
Oscar Mauricio Castaño Barrera

Revisión de tema

- Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo 33
José Saúl Trujillo González, Sergio Andrés Giraldo Galeano

Artículo de reflexión

- Too soon to foresee the reality of global law 49
International Criminal Law Constitutes the Sole Field Where
the Promise of Global Law Provides Solid Ground
Juan Daniel Jaramillo-Ortiz

- El proceso de paz con las FARC-EP, 2010-2013:
descripción y análisis sobre el tema procedimental 65
Germán Darío Valencia Agudelo, Claudia Gisela Bedoya Tobón

- Derechos patrimoniales de herencia y existencia 89
Juan Rodrigo Vega Henao

- Competências constitucionais ambientais no federalismo brasileiro 111
Aluisio Celso Affonso Caldas

- Competencias constitucionales ambientales en el federalismo brasileiro 137
Aluisio Celso Affonso Caldas

- Alcance de las sentencias de unificación del consejo de estado y la corte
constitucional en sede administrativa a la luz de la ley 1437 de 2011 163
Luis Yesid Villarraga Flórez

- Violencia política y violencias privadas, un análisis desde la perspectiva
de Stathis Kalyvas sobre las lógicas y las teorías de la violencia y el
conflicto interno armado de Colombia 181
Diego Andrés Montoya Calle

- Antecedentes jurídico-políticos del código penal colombiano de 1890 209
Yecid Echeverry Enciso

Presentación

La revista *Conflicto y Sociedad* es una publicación semestral de la Facultad de Derecho, cuyo principal propósito es la difusión de artículos, informes, reflexiones, artículos cortos de investigación, discusiones académicas, reseñas, traducciones alrededor de temas jurídicos y otros que se relacionan con el saber jurídico, para el enriquecimiento y consolidación de la cultura académica y la discusión crítica.

En la edición del volumen 2 No. 1 de *Conflicto y Sociedad*, se publican artículos que denotan rigor, calidad y hondo contenido académico sobre distintos temas especializados y alrededor de lo socio-jurídico. En ese orden de ideas, la Revista se está convirtiendo en un espacio de divulgación para que académicos, investigadores, profesores investigadores y estudiantes, presenten para el debate, los resultados de su producción investigativa y académica.

Conflicto y Sociedad quiere en el presente número,

COMITÉ EDITORIAL

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicado, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o en la web.

Requisitos:

- Enviar el artículo inédito, una copia impresa y una en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabanta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G. Editor responsable y a la calle 75 sur No. 34-120 Sabaneta-Antioquia.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.
- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas, de preferencia en normas APA. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Se señalará con un asterisco en el título la naturaleza del artículo. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación, tesis de grado, ensayo o reseña crítica, reflexión o reporte de casos y traducciones. Para los casos pertinentes debe señalarse en el título del proyecto la entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización.
- Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:
Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación al que se encuentra vinculado, si es el caso.

- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista *Conflicto y Sociedad*, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista *Conflicto y Sociedad*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: En la feria 2
Autor: Alejandro Ariel Silva Zamora
País: MÉXICO

El tratado para lograr la paz perpetua en Europa del Abad de Saint Pierre y su contexto histórico*

■ Por: *Oscar Mauricio Castaño Barrera***

Resumen

La idea de establecer la paz perpetua entre las naciones del mundo, particularmente en el caso del continente europeo, mediante la idea de un orden internacional claro y un pacto de asociación de países, ha ido incrementando su valor en las últimas décadas, sobre todo luego de la segunda guerra mundial. Este artículo presenta un resumen de las propuestas federativas del Abate de Saint-Pierre, partiendo de una amplia exposición del contexto de guerra y paz de la Europa del siglo XVI y XVII.

Palabras clave: Guerra de los treinta años, paz de Westfalia, paz perpetua, estado territorial, soberanía, cosmopolitismo, derecho de gentes.

* El artículo es producto del Proyecto de Investigación “Las transformaciones contemporáneas del Estado, la seguridad y los conflictos: Un estado del arte sobre la Construcción de Paz y la Paz Liberal”, financiado por el Comité de Apoyo a la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia y por el Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta (Unisabaneta). Desarrollado por el grupo de investigación en Filosofía Política, línea Guerra, derecho, paz y orden mundial de la UdeA y la línea de investigación en Conflicto y sociedad de Unisabaneta.

** osmacaba@gmail.com. Politólogo, docente e investigador en Unisabaneta y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Miembro del Comité científico de la Cátedra UNESCO en Resolución Internacional de Conflictos y Construcción de Paz y de los grupos de investigación y líneas mencionadas en la nota anterior.

The treaty to achieve the perpetual peace in Europe by the Saint-Pierre abate and its historical context

Abstract

The idea of perpetual peace among the nations of the world, particularly in the case of Europe, through the idea of a clear international order and a pact of association of countries, has been increasing in value in recent decades, especially after the Second World War. The article presents a summary of the federal proposals of Abate of Saint-Pierre, from a wide presentation of the context of war and peace of Europe in the XVI and XVII centuries.

Keywords: Thirty-year-old war, peace of Westphalia, perpetual peace, territorial state, sovereignty, cosmopolitanism, law of nations.

Introducción

El debate sobre la “**guerra justa**” o derecho de la guerra, que tiene que ver con las circunstancias de defensa ante un ataque, o de injusticia (o quebrantamiento del derecho divino, natural o humano) en la que se hace necesario reestablecer el derecho y la paz mediante el castigo o la venganza, o mediante la declaración de guerra legítima y regulación de la violencia en las mismas, conocidas como la doctrina de *ius ad bellum* y *ius in bello* respectivamente, nutrida desde el siglo XIV dC. por autores como Francisco de Vitoria, Hugo Grocio, Alberico Gentili, Samuel von Pufendorf, Bartolomé de las Casas, Juan Ginéz de Sepulveda, entre otros; se ha desarrollado en relación con otros debates como el del establecimiento y legitimidad del orden político y del Estado, refiriéndose al **contractualismo moderno** con autores como Thomas Hobbes, Jhon Locke, Rousseau, Emmanuel Kant, entre otros. De igual manera tales debates han resignificado los **pactos de paz** que han tenido lugar entre Estados o entre estos y otras fuerzas políticas. Estos se han venido constituyendo en un nuevo campo de producción jurídica, en un nuevo ámbito de “constitucionalismo líquido” como diría Christine Bell, los pactos de paz han jugado el papel de institucionalizar y formalizar el fin de conflictos bélicos o de fuertes tensiones políticas, y han aportado a la comprensión y asimilación de la fase posbélica de los conflictos en los que se busca transformar el tratamiento de los mismos hacia vías políticas pacíficas y democráticas.

Un cuarto fenómeno de importancia en la historia moderna de occidente tanto para la filosofía política como para el derecho y los estudios de paz, aunado a los debates mencionados, es el de los **planes de paz** o tratados de paz interestatales elaborados por políticos y filósofos que han tenido entre sus propósitos responder críticamente al *jus ad bellum*¹ y a los planes de guerra, incentivar la conformación

1 Por ejemplo, tal línea de pensamiento sostiene frente a la doctrina del derecho de guerra, que la guerra es la antítesis del derecho, y que por tanto esta no puede ser reglada por fuente de derecho ni puede ser portadora de justicia.

de coaliciones, federaciones o uniones de estados, elaborar modelos políticos que superen tales coaliciones o que garanticen el equilibrio de fuerzas y la estabilidad, entre otros (Muñoz y López; p. 57-58).

Este artículo presenta una contextualización histórica sobre el surgimiento del Estado territorial y del derecho internacional en el siglo XVII en Europa, a la luz de la evolución de las ideas políticas y de algunos de los sucesos que acompañaron las transformaciones de esta región del planeta como lo fueron la guerra de los treinta años, la paz de Westfalia, la guerra de sucesión española, y los pactos de paz de Utrecht, para finalmente exponer de manera sintética la propuesta de tratado de paz del Abad de Saint Pierre, publicada en 1713, y reproducir algunos de los comentarios que posteriormente haría Rousseau a tal obra.

Se trata de plantear un contexto histórico que permite tener una mayor comprensión y una mejor valoración del tratado de paz del Abad, la cual no es una propuesta de un diplomático sino más bien un ejercicio de reflexión con pretensiones normativas sobre las prescripciones necesarias a tener en cuenta para llegar a un orden europeo pacífico para la época. La obra es una de las inspiradoras, décadas posteriores, de la grandiosa obra de Emmanuel Kant, La paz perpetua.

2. El contexto circundante a la obra del Abad de Saint Pierre. El estado dinástico en el orden político feudal

El orden político feudal en Europa, entendido a través de la experiencia de la guerra de los treinta años y de la paz de Westfalia, fue evolucionando de la “república cristiana”, a la emergencia del Estado territorial o Estado nacional entendido como una estructura política que comprende un gobierno con jerarquía en todo el territorio (que a la vez puede contar con unidades políticas regionales pero supeditados o con claras correspondencias respecto del gobierno nacional), un territorio con fronteras claramente delimitadas, y una población con un grado importante de estabilidad; la cual comparte elementos variables de identidad colectiva en lo jurídico, cultural, lingüístico, etc.

El sistema feudal se caracterizaba entre otras cosas por una dispersión de poderes fácticos, por una tendencia a una repartición de los poderes entre las diferentes clases, lo cual se reflejaba en inestabilidad y debilidad de las fronteras y en los procesos de centralización del poder de coacción y coerción en lo jurídico y fiscal sobre las poblaciones. Tal centralización es la que también marca algunos de los rasgos del Estado nacional moderno. La estructura jerárquica de dicho antiguo régimen era descrita por los teólogos mediante una pirámide coronada por el papado y el imperio, seguido de la nobleza y aristocracia, y culminada por los siervos (Bremer, 2013: 17-18). Según Brierly (Cf. Brierly, 1905) la transformación puede verse en la medida en que la lealtad del vasallo pasó del señor feudal, al monarca.

La existencia del Estado territorial como sentimiento de sumisión al rey no representó una conciencia de independencia nacional en las unidades políticas, hasta que los gobernantes (reyes, duques o líderes republicanos de las provincias) reconocieron los límites de su jurisdicción (Bremer, 2013). Durante los siglos XVI y XVII, el proce-

so de la Reforma protestante permitió un debilitamiento de la influencia de la iglesia católica sobre las monarquías territoriales.

El patrimonio del antiguo estado dinástico absolutista no se distinguía del patrimonio del monarca. La base jurídica de tal régimen descansaba en el derecho romano que fue promovido por la iglesia Católica en el este y el occidente de Europa, incluyendo en el Sacro Imperio Romano-Germánico donde este reemplazo al derecho consuetudinario. Tal codificación fue fuertemente impulsada ya en la edad media avanzada, por las cátedras de Canon, Decreta y por su institución en las nacientes universidades. En tal sentido los conceptos básicos de *ius naturale*, *ius Gentium* y *ius civile* fueron tomados y transferidos a la emergente comunidad intelectual (Bremer, 2013: 19- 20)

El desarrollo que dio la Iglesia a esta tradición del derecho romano la convirtió en la única institución política que congregaba e integraba a una comunidad interestatal (o en términos modernos, internacional), lo que fue la llamada “República cristiana” (Bremer, 2013: 19).

2.1 Ambiente intelectual, surgimiento del Estado nación y del derecho internacional

Oswaldo Plata (2006: 58) hace una importante aclaración antes de proseguir, afirma que los pensadores modernos si bien apuntalaron la idea de la separación de la política, la filosofía y la moral de la teología, también respaldaron sus teorías sobre la secularización del Estado teniendo como fondo la creencia de que la razón constituía una vía válida para conocer la obra de Dios,

este es el concepto de fe racional (racionalización de la religión) que incentivó el debate de la Reforma protestante y ayudo a configurar uno de los elementos centrales de la modernidad ya mencionado: la secularización del Estado.

En este sentido, la evolución hacia la secularización en las ideas políticas en Europa desde el siglo XVI, se vio reflejada en la afirmación de la autoridad de las casas reales de Inglaterra, Francia y Suecia, sobre el papado y el imperio; esto llevo a un progresivo resquebrajamiento de la concepción teocéntrica y unitaria del medio evo centrada en el Papa y el imperio. Tal fortalecimiento de estos estados dinásticos llevaron al continente a transitar de la republica cristiana medieval a un conjunto de unidades políticas independientes en lo territorial y fronterizo tras la paz de Westfalia en 1648 (Bremer, 2013: 16).

En el siglo XVI algunos importantes juristas teólogos de la Europa continental, comenzaron a cuestionar tal idea de una estructura monolítica en cabeza del papa y el emperador y sustentada en la idea medieval de la existencia de un orden finalístico unitario que conducía a Dios.

Uno de sus elementos característicos fueron los primeros pasos dados, aunque a partir de fundamentos teológicos, dirigidos a cuestionar la legitimidad de la autoridad del rey y sobre la posibilidad del tiranicidio, bajo la premisa: “el monarca puede ser sujeto a juicio y a las sanciones más severas como al común de los hombres”, esta constituye un antecedente del derecho a la revolución y a la desobediencia civil (Bremer, 2010: 25). Tales ideas se dieron también en el marco de las conquistas de América y de las luchas del poder por el control de Europa y sus colonias.

El siglo XVI y XVII vio el surgimiento de más ideas preliberales arrastradas por el conflicto entre los señores feudales y los monarcas y la incorporación de las ciudades en el mismo, así como por la emergencia, de manera precoz, del concepto y praxis de la representación parlamentaria en el caso de la guerra civil inglesa, la cual termina con la sentencia de muerte del monarca Carlos I en 1648, el mismo año en el que se firma el pacto definitivo de paz de Westfalia. Tales avances liberales en Inglaterra no se transmitieron inmediatamente a la Europa continental (Bremer, 2010: 25).

El desarrollo de las ideas modernas alrededor de la época de la guerra de los treinta años, sobre la posibilidad de construcción de un orden pacífico en Europa mediante la elaboración de teorías del Estado, derecho de guerra y de un derecho de gentes, pasa así por los aportes de diferentes autores, se hará mención de algunos de los más importantes.

Las obras de Nicolás Maquiavelo (Florencia, 1469-1527) quien desde una mirada propia del dualismo humanista italiano entre República que expresa libertad y representación, y Principado que representaba el absolutismo y la tiranía, logro influenciar a las Provincias Unidas en tiempos de la dominación tiránica española, y a los alemanes con su concepto republicano, el cual fue visto como fórmula que permite proteger las libertades públicas (Carvajal, 1992: 77). Fue uno de los precursores del concepto de Estado (Stato). Piensa que la única paz viable es la que tiene como base el equilibrio de fuerzas, exalta la fuerza como elemento determinante para la conservación del Estado, aporta a la idea inicial

de crear ejércitos nacionales los cuales se hacían necesarios dada la creciente desconfianza en la dependencia a tropas mercenarias (Uribe, 1999: 45).

Una idea que permite reflejar la dirección de las ideas de la escuela española por la época del descubrimiento de América, es la siguiente: “la verdadera paz o convivencia política no es posible sin la justicia y la libertad de los ciudadanos. Por eso el hombre tiene derecho a la paz y convivencia pacífica entre los ciudadanos” (Cf. Peñaranda, 1982: 109). En 1557 Francisco de Vitoria² (1492-1546) escribió sobre lo que se consideraban los problemas emergentes de la conquista de América (Bremer, 2013: 21). Ostenta el título de fundador del Derecho Internacional, fue uno de los principales teóricos del derecho de guerra, exponía una doctrina representativa del fundamento del derecho natural como base de la comunidad internacional, pero además, en cuanto a la relación con el “nuevo mundo”, introdujo alegatos a favor de los derechos de los nativos y los límites que imponía la ley natural a los conquistadores (Uribe, 1999: 41). Consideraba que “el emperador no tiene autoridad para forzar a estos infieles a cumplir la ley natural y privarlos de su antiguo dominio” (Cf. de Vitoria, 1946). Si bien reconocía la autoridad absoluta del Papa en el ámbito espiritual, la negaba en términos temporales. Aportó a la transformación del derecho de gentes en un derecho interestatal a partir de una “cosmopolítica de la libertad de los

2 Francisco de Vitoria fue un fraile católico Dominicano, perteneciente a la escuela del derecho natural de la Universidad de Salamanca.

pueblos contra las potencias conquistadoras”³ (Cf. Gautier, 2007).

Jean Bodin (1530 - 1596), introduce el concepto de soberanía, concepto que comienza a formar parte integral del concepto de Estado, y por supuesto, de los debates sobre Derecho Internacional. La soberanía como elemento esencial del poder del Estado, rechaza el sometimiento del mismo por parte de otro, lo cual implica entonces la ausencia de subordinación a cualquier otro orden, como por ejemplo, esto represento cierto rechazo al derecho de gentes. Considera que la soberanía es perpetua, indivisible, absoluta y hereditaria. Por esta vía Bodin provee de elementos conceptuales claves a la monarquía para que surja de si el Estado Nacional (Uribe, 1999: 46).

El protestante jurista, escritor y poeta de las Provincias Unidas de los Países Bajos, Hugo Grocio (1583-1645), quien tuvo que observar la modernización de la guerra, en su obra de 1625 *iure belli ac pacis* –en plena guerra de Treinta años–, trata los temas del derecho de navegación y la guerra justa, influencia al mundo protestante con su concepción del derecho de gentes (Bremer 2013: 21).

Hugo Grocio parte de comprender la dimensión jerárquica del sistema internacional, la cual no puede ser coronada más que por la autoridad soberana del Estado por sobre cualquier otra, y a

partir de esta base, entiende las relaciones entre las diversas unidades políticas y las dinámicas competitivas a las que arrastran los intereses particulares de cada una de ellas, es por ello que concibe la necesidad de un único código universal de conducta que establezca obligaciones y derechos de los Estados y que este a su vez sea aprobado o consentido por los mismos. En tal sentido, el desafío consistía para Grocio en la correcta acomodación de los intereses de los distintos Estados en la elaboración del mencionado código universal. Define el Derecho Internacional como “aquel que por la voluntad de todos los pueblos ha recibido su fuerza obligatoria” (Arriola, Bonilla y Campo, 2010: 31).

Thomas Hobbes (1588-1679) con su obra *Leviatan* publicada en 1651 (tres años después de la paz de Westfalia) dio grandes aportes a la conceptualización de Estado y del derecho gentes, que interpretaba como derecho entre los Estados y no entre los pueblos. En tal sentido el proceso de maduración de las ideas políticas fue aportado por las interpretaciones de la soberanía de Hobbes, ya desde una posición moderna (Bremer, 2013: 22).

2.2 La guerra de los treinta años

Para el año de 1517, un siglo antes del estallido de esta guerra, el fraccionado imperio Romano Germánico, pasaba por el proceso de reforma religiosa impulsada por Martín Lutero⁴, el cual

3 Otro importante intelectual religioso de la escuela española fue Francisco Suarez (1548-1617). Vivió la situación de los Jesuitas en el siglo XVII, el embate de la reforma protestante y el fraccionamiento del imperio romano-germánico (Bremer, 2013: 20-21 y 23), describió el derecho de gentes como “la ley común a todas las naciones “. A este respecto Francisco Suárez apuntaba hacia el “reconocimiento no solo de la independencia, sino de la interdependencia y no solo de los estados, sino de una real sociedad de estados”.

4 Cien años antes del estallido de la guerra, según (Bremer, 2010: 28), el desafío de Martín Lutero estaba dirigido más hacia la reforma de la “desviada” o “corrompida” Iglesia Católica, que hacia la escisión o a la secesión, llevando a su enfrentamiento doctrinal con la autoridad Papal.

progresivamente rebaso las cuestiones de dogma y termino por crear una revolución contra la débil estructura del católico imperio germánico (Bremer, 2013: 6). La expansión del luteranismo hacia 1540 llevo a la expropiación de las tierras de la Iglesia Católica y el reemplazo de sus clérigos, lo cual reprodujo el conflicto que fue apoyado por los poderosos obispados y principados del centro y norte del imperio, y que logro frenarse de manera momentánea con el pacto de paz de Ausburgo en 1555, pacto que generó algunos de los puntos que llegaron a constituir parte de la base del acuerdo de la paz de Westfalia en 1648. Dicho pacto introdujo reformas seculares en materia económica y tributaria, y en cuanto a lo religioso, institucionalizó por primera vez la coexistencia de las religiones católica y luterana en el imperio, configurando la formula *cuius regio, eius religio* que significa, aquel que gobierna decide la religión (Bremer, 2013: 7).

Así, en la guerra de los treinta años que se desarrolla entre 1618 y 1648, se conjugan la inestabilidad del imperio en cabeza de Fernando II de Habsburgo (entre 1619 y 1637), sucedido por Fernando III de Habsburgo (entre 1637 a 1657) en alianza con el papado, que enfrentó las dos oleadas del protestantismo: la calvinista y la luterana. El imperio romano-germánico tuvo que lidiar con las ambiciones particulares de los principados y obispados de su interior, con la creciente influencia del reino de Suecia que apoyaba a los protestantes, con las revueltas en los países bajos en contra del dominio de su aliado España, que estaba en cabeza también de la casa de los Habsburgo (línea de España y Austria), y con el ascenso del reino de Francia en cabeza de la casa real de los Borbones y que pese a su filiación cató-

lica, en la última etapa de la guerra apoyo la lucha de los protestantes en contra del emperador y del papado (Bremer, 2013: 27).

La guerra en este contexto puso a prueba la capacidad administrativa de las unidades políticas, cuyos gobiernos luchaban por asegurar y movilizar los recursos necesarios para su financiación y sostenimiento en condiciones competitivas, mediante muchas prácticas como el reclutamiento, el cobro de impuestos, etc. (Elliott, 1999: 136). Para mejorar la gestión administrativa, requisito para poder afrontar las exigencias de la guerra, se dio la tendencia a la delegación y concentración del poder de los reyes y príncipes en manos de ministros privados y sus grupos de colaboradores. Esto generó una serie de atropellos de los derechos y privilegios corporativos de sectores sociales y regiones que hasta el momento no habían tenido que contribuir con recursos al Estado a tal nivel.

Tal dinámica de intervencionismo estatal pro bélico, a su vez, vio la emergencia de nuevos ricos que se lucraron con la guerra (financieros, empresarios militares, oficiales, ministros, etc.), lo cual nutrió de manera drástica una serie de tensiones y conflictos sociales que ya existían, y que dieron al traste con los levantamientos revolucionarios que estremecieron al continente durante la década de 1640⁵. La liberación de fuerzas sociales que hicieron sentir amenazados

5 Para Elliott (1999: 136-138), “las poblaciones urbanas, exprimidas por los recaudadores de impuestos, encontraron blancos adecuados para su odio en aquéllos que sacaban provecho de la guerra y en los oficiales reales enriquecidos. Miembros de la vieja nobleza y de la clase dirigente tradicional se resentían de verse orillados por ministros de clase social baja aupados hacía poco.”

a los sectores propietarios y privilegiados, hizo que estos llegarán a oponerse al proceso de transformación que estaba viviendo el Estado en Europa a partir de las dinámicas de la guerra, y que llegarán a ver en la reconstitución de la lealtad con los monarcas como era antes, la única posibilidad la supuesta armonía perdida.

2.3 El pacto de paz de Westfalia

El pacto de paz de Westfalia que permitió la finalización de la guerra de los treinta años en Europa, fue firmado por alrededor de doscientos representantes de unidades políticas de este continente (Bremer, 2013: 28, 29 y 30), constituyó una convención jurídica multilateral que fijo por vez primera las reglas de una comunidad de estados, los cuales comenzaban a reconocerse mutuamente en términos formales, y llevo al establecimiento de los límites territoriales, y en términos más amplios, constituyó el inicio de lo que conocemos como derecho internacional moderno, por la serie de razones que se expondrán a continuación. La paz de Westfalia fue la primera asamblea de estados que se llevó a cabo para abordar problemas generales, nunca se había firmado antes un tratado con prescripciones de alcance tan amplio y general (texto 1 p. 28, 29 y 30). Bremer (2013: 29-30) señala que “en resumen, desde la perspectiva del derecho internacional, Westfalia creó las primeras bases de un sistema de estados fundados en la soberanía, la territorialidad, la igualdad jurídica entre los estados y la doctrina de no intervención en los asuntos internos de un estado soberano. Desde el punto de vista de las ideas políticas, Westfalia contribuyó a la maduración del estado moderno, y constituye el primer pacto

de tolerancia que definió las normas de convivencia de tres religiones cristianas: el catolicismo, el protestantismo y el calvinismo.”

Los grandes vencedores de la guerra de los treinta años fueron el reino de Francia, que era católico pero que se coligo con los protestantes como se ha mencionado, y el protestantismo (Bremer, 2013).

La primera etapa de las negociaciones de paz se dio entre 1643 y 1645, lo que podría denominarse la prenegociación, el establecimiento de las reglas de juego y de los temas a negociar. Entre 1645 y 1647 se llevaron a cabo las negociaciones entre España y las Provincias Unidas, lo que llevo posteriormente a los acuerdos finales de paz de **Osnabrück** y **Münster** en 1648, acuerdos que constituyen conjuntamente lo que se ha denominado la paz de Westfalia. El primero de estos pactaba el fin del conflicto entre el Emperador del Sacro Imperio y el Reino de Suecia; también permitió la definición de una nueva constitución del imperio Germánico en el que este quedo reducido a una confederación de entidades políticas en cabeza de Austria, y en la que se estableció que las prerrogativas de política exterior del Emperador quedaban sujetas a la supervisión del Congreso imperial. El pacto de paz de Münster estableció las concesiones territoriales y políticas y jurídicas en materia religiosa entre Francia y el Imperio.

En palabras de Bremer (2013: 22, 23 y 24) el tratado de Paz de Westfalia (tratados de Osnabrück y Münster) puede ser visto como “el primer estatuto de la Europa moderna”, al ser la primera acta de constitución que permitió clarificar y formalizar de manera vinculante la correspondencia y relación del impe-

rio con/de y entre los distintos estados que hacían el papel de federales que lo formaban. También contribuyó en la tendencia que animó a los estados y ciudades estado libres como Inglaterra, los cantones suizos, Génova y Venecia a formular cartas constitucionales más complejas, sistémicas y determinantes del orden público y la correlación de fuerzas sociales de los países en términos formales⁶. Hizo parte del proceso de maduración política y jurídica al establecer libertades a los distintos estamentos de los principados y ciudades burguesas alemanas.

Bremen (2013) señala algunos aportes del pacto de Westfalia en términos jurídicos:

“a) un nuevo orden territorial con fronteras mejor delimitadas”, a partir del reconocimiento de las jurisdicciones soberanas de cada unidad política o “entidades públicas” en Europa. Suárez incluso hablaba de la idea de interdependencia de una comunidad de estados. “b) un nuevo orden legal con derechos y obligaciones bien definidos para el sacro imperio romano-germánico, que sustituyó a su viejo y confuso régimen tradicional. Mediante una nueva acta constitucional se determinaron las facultades y derechos de los estados alemanes en sus relaciones con el emperador”, permitiendo la discrecionalidad de cada príncipe elector de los estados federales de “declarar la guerra, firmar tratados de paz, establecer alianzas y gobernar a sus respectivos estados” (*ius territoriale* y *iura comitalia*), tanto prin-

cipes (con su nuevo derecho al sufragio) como el emperador comenzaban a ser representantes del imperio por derecho propio. “c) Un nuevo orden legal para regular la convivencia en el espacio germánico entre los poderes establecidos y las tres religiones institucionales (el catolicismo, el luteranismo y el calvinismo)”, lo cual llevó al colapso de la unión universal entre imperio y papado católico (Bremer, 2013: 22, 23 y 24).

De esta forma ayudó a la emergencia y posicionamiento de los conceptos de gobernabilidad territorial, principio de no injerencia en asuntos internos y de igualdad jurídica de los estados independientemente de su dimensión territorial y militar. En el caso del Imperio romano-germánico, el tratado de Westfalia legitimó a muchos de sus trescientos territorios autónomos, a partir de dos bases novedosas: una constitución reconocible del estado que no riñera con el *Statu quo*, y una aceptación razonada y explícita por el Congreso de Westfalia y de la sociedad europea, de dicha constitución.

Con el advenimiento del Estado territorial, se transformaron las amenazas ya que a diferencia del Estado dinástico cuya legitimidad y capacidad giraba alrededor de la persona del monarca, el Estado territorial dependería claramente de la defensa y aprovechamiento de su territorio, lo cual pone en el centro de las preocupaciones el cuidado de las fronteras, es por eso que estos estados comenzaron a depender sobre todo de una activa y comprometida relación entre los estados, en la conformación de una verdadera comunidad o sociedad de estados. En este sentido el pacto de Westfalia brindó elementos para regular tales relaciones interestatales, aportando seguridad jurídica y preservando el *statu quo* (Bremer, 2013: 25-26).

6 Algunas constituciones como la inglesa se perfilaron hacia la representación parlamentaria –república civitas-, sin embargo muchas de las otras mantenían estados absolutistas (Bremer, 2013: 22 y 23).

La aceptación y delimitación de los campos católico, calvinista y protestante por parte del pacto de paz, dio paso a la laicización de la política, al dejar de ser la religión la causa central de los conflictos, surgieron nuevos paradigmas. Por un lado el de la tolerancia en las relaciones interpersonales en materia de fe constituyó un paso inicial para la posterior lucha por la libertad de conciencia. En segundo lugar, el cálculo pragmático denominado razón de Estado se impuso como criterio de actuación dentro del nuevo sistema internacional. Y por último el concepto de equilibrio de poderes se posicionó como garantía de la estabilidad interestatal regional (Bremer, 2013: 26 y 27).

2.4 De la paz de Westfalia a la firma de los pactos de paz de Utrecht y Rastatt en 1714

Haciendo una breve reconstrucción transversal del periodo histórico de Europa entre el siglo XVII y el siglo XX, como lo sugiere J. H. Elliott (1999), resulta evidente en los hechos registrados que los pactos de paz de Westfalia de 1648 no lograron conseguir la pacificación duradera de Europa, tampoco lograron extirpar las pasiones religiosas como elemento potente para la pervivencia y reactivación de conflictos violentos. De hecho, el mencionado autor sugiere razonable ver dicho pacto de paz como un factor que hizo más rígido y que perpetuó la división entre la Europa protestante y la Europa católica. Durante el siglo XVII, el siglo de la paz de Westfalia, Europa solo vivió siete años sin guerras (Cf. Coudert, 1999: 16.).

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XVII cobra gran importancia la tendencia cada vez más clara de los estados a hacerse con el monopolio de

la fuerza en sus territorios, lo que permite apaciguar las guerras internas. De esta manera los monarcas buscaban tener bajo control a los factores de desestabilización y lograr un control más directo sobre sus ejércitos. Es en estas circunstancias que los príncipes se benefician de las críticas que amplios sectores de la burguesía y de la nobleza hacían al denominado gobierno de los ministros. De hecho, debido a tal presión los monarcas tuvieron que hacer concesiones, entre ellas, el desmantelamiento de dicha práctica de gobierno (Elliott, 1999).

De esta manera, se presenció un avance en la pacificación al interior de los estados, pero en el ámbito internacional los estados seguían manteniendo una postura competitiva y belicosa, aunque la emergencia de una sociedad europea ilustrada que permitía suavizar las fronteras confesionales y que era favorecida por la difusión de las academias y de la formación inicial de una opinión pública, permitieron la aplicación de algunas contenciones y moderaciones en la conducción de la guerra.

El final del siglo XVII comienza a ver el florecimiento de la sociedad cortesana. Norbert Elias (1982), a través de su análisis de la corte de Luis XIV —el nuevo monarca más poderoso—, presenta “la corte monárquica como un instrumento para la domesticación de la nobleza que contribuyó a la gradual reducción de la violencia en la Europa posterior a Westfalia. La cultura y el ceremonial cortesanos jugaron, sin duda, su papel en refrenar las pasiones”, apuntalando, principalmente la corte de Viena, una serie de valores e ideales políticos, religiosos y culturales que llevaron al posicionamiento de la cultura barroca (Elliott, 1999: 140). Las cortes resultan configurándose como espacios de inte-

racción para el equilibrio y la conciliación de los intereses tanto de la monarquía (que debían jugar el papel de administradores, dirigentes ceremoniales y dispensadores de patronazgo), como de la nobleza (que jugaba el papel de reflejar las tradiciones nacionales). (Eliott, 1999: 140)

En esta Europa pos pacto de Westfalia se evidencian también dos rumbos que toman los estados en cuanto a la relación entre credo religioso y la búsqueda de avance económico. Una de las creencias que fueron cuestionadas por los hechos, era que la conjunción de gobierno e iglesia católica constituía la única manera de mantener la solvencia económica del Estado. El caso holandés mostraba que esto no era axiomático, “sino además que una sociedad relativamente abierta, que estaba dispuesta a aceptar una diversidad de credos y que alcanzaba sus decisiones políticas mediante la discusión en el seno de asambleas representativas, podía de hecho tener una mayor capacidad de resistencia y adaptación que una sociedad cerrada, caracterizada por la uniformidad en religión y por el monopolio del poder en el príncipe” (Eliott, 1999: 143).

Como preludio de lo que sería la difusión de la idea de la paz perpetua en el siglo XVIII, la paz de Westfalia dejó a las élites políticas “indagando sobre una fórmula que impidiera una vuelta a los horrores de la guerra de los treinta años” (Eliott, 1999: 146).

Sin embargo, varias situaciones sobresalen en términos de la imposibilidad de la paz duradera en la Europa de fines del siglo XVII y comienzos del XVIII, lo cual lleva a una reedición de los pactos de paz de Westfalia, mediante el pacto de paz de Utrecht en y Rastatt en 1713 y 1714.

En primer lugar, el rey de Francia Luis XIV de Borbón quiso aprovechar la derrota obtenida por los Habsburgo en su lucha por intentar mantener y ampliar el dominio universal y católico del imperio romano germánico. La paz de Westfalia estableció esta imposibilidad, esto se tradujo en ventajas que el rey de Francia quiso aprovechar mediante varias estrategias, entre ellas, la toma de la corona española, hecho que se consumó tras la muerte de Carlos II de Austria o Habsburgo, quien en su testamento deja como sucesor al Borbón francés Felipe V de España en 1700⁷. Tal suceso fue visto por las restantes potencias europeas como una gran amenaza pues la casa Borbón ampliaría poderosamente su dominio, esto llevó a Austria a ocupar los territorios españoles en Italia y a firmar el Tratado de La Haya en 1702 junto a Inglaterra y las Provincias Unidas, para acto seguido declarar la guerra a Francia y España. De esta manera estalla la Guerra de sucesión española que va hasta 1714 con el pacto de paz de Utrecht y de Rastatt⁸.

Tales pactos de paz permiten reforzar la idea del balance de poder entre las naciones como la única manera de hacer posible la paz en Europa, esta es formulada por Walpole

7 Esta coronación estuvo marcada por el rompimiento del pacto de repartición de España que habían negociado en La Haya en 1698 Luis XIV y los restantes reyes europeos, y que había llevado a establecer que tras la muerte de Carlos II, la sucesión quedaría en manos de José Fernando de Baviera, pero que por la muerte de este en 1699, se cambian los planes y Carlos II nombra como heredero a su sobrino-nieto Felipe (Felipe V) esperando que su abuelo Luis XIV de Francia evitara la división del imperio español.

8 Para resumir un poco algunos resultados relevantes de la guerra de sucesión y los mencionados pactos de paz, se señalaran los siguientes puntos, a partir del trabajo de J. Iñíguez (2010): 1. Gracias a sus últimas victorias, Francia logra conservar sus fronteras (Alsacia y Estrasburgo siguieron bajo

en el parlamento inglés en 1714 (Iñíguez, 2010). Tal idea es expuesta como crítica a Luis XIV que con sus ambiciones buscaba otra vez poner a Europa bajo la hegemonía de un Estado, lo cual amenazaba la supervivencia de los demás. Es por esto que el artículo VI del tratado de Utrecht señala: “La seguridad y las libertades de Europa no pueden soportar bajo ninguna circunstancia la unión de los reinos de España y Francia si esta se realiza bajo un mismo rey” (Iñíguez, 2010: 3). Sin embargo, resultaba repulsivo pensar en una exigencia de este tipo viniendo de un país como Inglaterra, el cual se había aliado militarmente con otros estados mediante el tratado de La Haya, logrando arrancar a España el monopolio del esclavismo y el comercio de las Indias, y el cual había logrado tal grado de superioridad en cuanto al control de puntos estratégicos para la navegación en el Mar Mediterráneo, el Mar Báltico y el Atlántico.

Otras guerras que rodearon el clima de la Europa del siglo XVIII fueron la gran guerra del norte (1700-1721), la guerra de la cuádruple alianza (1717-1721), la guerra de sucesión de Polonia (1733-1735), la guerra de sucesión austriaca (1740-1748), la guerra de los siete años (1756-1763), y la guerra de independencia de EEUU (1775-1783).

Como preludio de lo que sería la difusión de la idea de la paz perpetua en el siglo XVIII, la paz de Westfalia dejó a las élites políticas “indagando sobre una fórmula que impidiera una vuelta a los horrores de la guerra de los treinta años” (Elliott, 1999: 146), lo mismo podría decirse de los pactos de paz de Utrecht.

3. El tratado de paz del Abad de Saint Pierre (1658 - 1743)

La obra a la que nos referiremos de Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre, conocido como el Abate de Saint-Pierre es la denominada “Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe” publicada en tres volúmenes entre 1713 y 1717.

El proyecto de paz perpetua del Abate Saint-Pierre⁹, expuesto en su obra “Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe”, surge en medio del sentido fracaso

su dominio). Sin embargo la monarquía francesa queda debilitada por las deudas contraídas para la guerras y por el desprestigio que para la época comienza a cobrar la Monarquía Absoluta. Cabe recalcar además, que Francia logra colocar a Felipe V como rey en España. 2. Portugal logro mantener su territorio continental y logro ampliar sus dominios en Brasil y en África. 3. Holanda consiguió garantías para su territorio y para sus actividades comerciales. 4. Saboya fue reconocido como reino y consiguió salida al mar. 5. Uno de los hechos decisivos para Europa fue la conversión del elector de Brandeburgo Federico III, de la Casa Hohenzollern, en rey de Prusia, esto significo el nacimiento de una potencia al interior del imperio que gracias a sus victorias militares y progresos económicos, logró convertirse en el reino hegemónico de Alemania tras el fin de las guerras silesias de sucesión austriaca en 1763. 6. Inglaterra como la mayor beneficiada por los tratados, gana de España Gibraltar y las islas de Menorca, además del asiento de negros en 1715, con lo que España pierde el monopolio comercial propio de la economía de las Indias. 7. España se convierte en una potencia de segundo orden al tener que ceder a Austria los territorios italianos y flamencos y Sicilia a Saboya. 8. tras los tratados en mención Italia es convertida en un territorio inestable y conflictivo (Iñíguez, 2010: 5 y 6).

9 El contexto que Bello (2010: 122-124) expone sobre la época de la obra del Abate, se puede sintetizar así: Entre el siglo XVII y el siglo XVIII Europa vivía incesantes guerras, el poder Luis XIV “sólo brilló tras la reorganización de la corte y de las finanzas, pero sobre todo mediante la formación de un poderoso ejército que le permitió mantener una política agresivamente expansiva. Acabar con la

de la paz de Westfalia y de los tratados de Utrecht (1713) y Rastatt (1714) que habían puesto fin a la Guerra de Sucesión, tal obra tenía el objetivo de exponer los medios para conseguir la paz perpetua entre los estados cristianos, buscaba convencer a los príncipes y reyes cristianos de Europa de formar una unión europea¹⁰. Tales medios se disponen entonces alrededor de las relaciones entre los soberanos y los mecanismos de solución pacífica de sus conflictos, pero también sobre la base de disponer condiciones que garanticen la seguridad interna, en particular en torno a la sedición y sublevación (Bello, 2010:125).

En este sentido, la paz interna del proyecto del Abate tiene como base un orden interno absoluto en cabeza de los monarcas, los cuales sustentan la soberanía; esto significa que la legitimidad del orden político está basada en el poder absoluto de los monarcas para contener la violencia de y entre los súbditos, y para establecer un orden que permitiera el intercambio comercial y los beneficios económicos que estos traían a los países. De hecho, se reconoce en el proyecto del Abate una concepción utilitarista: “pensaba que el comercio iba a traer mucha más prosperidad a cada uno de los estados que las posibles conquistas territoriales mediante la guerra, y que, sin una sociedad permanente, el comercio sería interrumpido a menudo” (Espinosa, 2012: 64).

La manera de llegar a la paz perpetua pasa entonces según el Abate, por la conformación una asociación de 24 estados¹¹ cristianos, es la idea embrionaria de una unión europea de naciones, la cual debía estar dotada de un Senado con representación de los miembros, que tendría entre sus funciones principales, la de servir de espacio de deliberación pública y de tribunal que permita prevenir y dirimir los

hegemonía de los Habsburgo e incrementar el poder de Francia fue el doble objetivo de su reinado. Francia había sido un actor directo en la Guerra de los 30 años. Pero la derrota final de la contrarreforma y el triunfo de la concepción protestante, en el tratado de Westfalia, no había sido un resultado suficiente para el monarca más absoluto y ambicioso de Europa. El clima de conquista estaba marcado por la obsesión de Luis XIV de más que ganar territorios, anexionar a la corona de Francia la de España y sus inmensas posesiones, y en no permitir el aumento del poder de la casa de Austria”.

- 10 Como parte del ambiente e impacto de las obras del Abate de Saint Pierre, Espinosa (2010: 72), señala que una carta de un diplomático de La Haya en 1712, expone lo que a su juicio constituyó uno de los impactos de la obra del Abad entre los filósofos: “Este libro ha dado lugar a dos partidos. Los de los que creen que el proyecto del autor es practicable se llaman irenistas; los otros, anti irenistas. Y veo que los irenistas, que al principio no se atrevían casi a declararse así, ahora comienzan a levantar la cabeza y a sostener sus opiniones en las conversaciones. Es sabido que hay muchos más irenistas en Amsterdam que aquí... Es natural que el irenismo agrade más a las gentes de comercio que a las gentes de guerra”.
- 11 El emperador de Romanos, el emperador de Rusia, El rey de Francia, el rey de España, el rey de Inglaterra, Los Estados Generales, el rey de Dinamarca, Suecia, Polonia, el rey de Portugal, El soberano de Roma, el rey de Prusia, el elector de Baviera y sus coasociados, el elector palatino y sus coasociados, los suizos y sus coasociados, los electores eclesiásticos y sus asociados, la república de Venecia y sus coasociados, el rey de Nápoles, el rey de Cerdeña. Además, se tenía en cuenta el vincular a varios “soberanos menores” como la república de Génova, los duques de Módena y de Parma, y otros que se unirían a los menos poderosos en asociación y tendrían con ellos un derecho de sufragio del tipo «*votum curiatum*», que era similar al de los condes del Sacro Imperio Romano Germánico (Rousseau, 1998: 16).

conflictos entre los asociados, declarar a los enemigos de la unión y las acciones contra ellos, defender la soberanía de cada monarca en caso de revoluciones, y aportar al mejoramiento de las condiciones del comercio. Para el Abate la sociedad de Estados europeos no debe convertirse en un súper Estado ni en un imperio para evitar reproducir sus vicios como son las conquistas, las anexiones y el temor permanente a la guerra.

A continuación se presentará un recuento de los artículos más importantes del tratado del Abate de Saint Pierre.

El artículo primero del tratado del Abate señala que la sede del Senado será una ciudad libre, el segundo señala que la unión solo intervendrá en los problemas internos de los países miembros, en apoyo contra los sediciosos y rebeldes. El artículo tercero señala que la unión será el protector de los derechos de los soberanos frente a extranjeros o súbditos, sobre todo en situaciones como las sucesiones, o de sospechas de asesinato del soberano o de sedición, revuelta o conspiración, enviando comisarios para aclarar la situación. El cuarto artículo proponía que cada soberano debía conformarse con las posesiones territoriales que tenía al momento de suscribir el pacto, es decir, ceder o detener toda pretensión de disputar territorios a otros soberanos¹².

El artículo séptimo propone crear leyes que regulen la actividad comercial, las cuales deben estar fundadas en equidad, igualdad y reciprocidad entre las naciones, así como estas deben ser elaboradas por los delegados de los príncipes y reyes, y su aprobación requeriría de las tres cuartas partes de los votos de todos los delegados. El artículo señala: «La Unión establecerá Cámaras, en diferentes ciudades, para el mantenimiento del comercio, compuestas de diputados autorizados para conciliar y juzgar con rigor, como último recurso, los procesos generados con violencia, ya sobre el comercio, ya sobre otras materias, entre los súbditos de diferentes Soberanos, que superen las diez mil libras» (Bello, 2010: 127)

El artículo octavo prohíbe las hostilidades armadas de los soberanos, excepto solo contra quienes hayan sido declarados enemigos de la unión. Se podía ser enemigo de la unión en dos formas, en la primera, mediante el rechazo del soberano de Europa a entrar en el pacto de unión, lo cual debe ser aprobado por catorce votos sobre 24. En tal caso la unión le hará la guerra hasta que entre o hasta que sea derrocado. Otra causal de declaración de enemistad es cuando un soberano toma las armas contra la unión antes se habérselo declarado la guerra, y cuando rechace ejecutar una ordenanza o sentencia judicial del Senado. Esto llevaría a la unión a hacerle la guerra hasta que quede desarmado y cumpla las ordenanzas o sentencias, y además, se le penalizaría con el pago de los gastos de la guerra, y con la separación

12 Esto incluye que ningún Estado podía ser separado de ninguna soberanía ni por las vías de la sucesión, elección, donación, cesión, venta, conquista, ni por sumisión voluntaria de un súbdito a otro. De igual manera, «dos Soberanos no podrán intercambiar ningún territorio entre ellos, ni firmar ningún tratado entre ellos, sin el consentimiento y la garantía de la Unión expresada mediante tres cuartas partes de la totalidad de los votos; la Unión será el garante de la ejecución de las promesas recíprocas». Tal artículo también prescribía que las rentas que los soberanos debían a los particulares de otros estados, debían ser pagadas (Bello, 2010: 126).

o toma del territorio conquistado por la unión. Sobre la búsqueda de relaciones pacíficas con países externos a la unión, señala establecer con los soberanos mahometanos tratados ofensivos y defensivos para mantener a cada soberano dentro de los límites de su territorio recibiendo de ellos y proporcionándoles de manera recíproca todas las seguridades. (Bello, 2010: 128).

El artículo diez señala que los asociados o miembros de la unión aportarían para el sostenimiento de la misma, bajo el criterio de equidad, es decir, en proporción a la riqueza de sus estados. El artículo once establece como función del senado, deliberar sobre los problemas de la unión especialmente los concernientes a la seguridad como la sedición y la sublevación.

Bello (2010) retomando el análisis de Goyard-Fabre (1998), señala que pese a que el proyecto del Abate de Saint Pierre fue y es calificado de “optimismo jurídico”, para su momento consistió en una propuesta que se fundamentaba en una concepción humanista ya que pone en el centro “la confianza en la razón humana universal” y la posibilidad del progreso humano por medio de la **reforma jurídica** dejando de lado las tesis providencialistas. En tal sentido el proyecto del Abate opta por la vía jurídica para la concreción de su proyecto federativo, la cual se ve hoy en día reflejada en los siguientes aspectos: 1. En el rechazo a la violencia como forma expedita y aceptada para la solución de las controversias entre los Estados; 2. “el llamamiento a la idea de justicia arbitral bajo el signo de la sabia razón”; y 3. En el recurso en caso de necesidad, hacer uso de la violencia legal para hacer respetar el derecho institucionalizado por los Estados.

4. Alguno de los comentarios de Rousseau en Escritos sobre la paz y la guerra

Rousseau que posteriormente tuvo la tarea de reeditar las obras del Abate de Saint Pierre, consideraba que para su época el proyecto de paz de este era utópico y que solo dejaría de serlo si en lugar de reproducir teorías se pasara a la política práctica y se dinamizara de manera intensiva la acción diplomática. También pensaba que la manera de llegar al proyecto de la unión que traería la paz perpetua era mediante una revolución violenta. Sin ampliar su postura sobre esto Rousseau señala que las cosas malas nacieron espontáneamente pero que las cosas buenas tenían que ser introducidas por la fuerza, situación que lo obligaba a pensar en que el hecho de tener que implementar la violencia para avanzar en tal proyecto, podría conllevar altísimos costos humanos, que a la larga podría convertir la idea de la liga federativa, en algo no deseable, pues traería más males que soluciones (Espinosa, 2012: 126).

En cuanto a la viabilidad de su concreción según sus posturas, Bello (2010: 132) expone sintéticamente una de las polémicas planteadas por Rousseau cuando este señalaba que la mayor dificultad del proyecto del Abate de Saint-Pierre tiene en cuenta a los hombres como deberían ser y no como son: para Rousseau los monarcas sólo piensan en incrementar su poder absoluto al interior de sus Estados y ampliar sus dominios en el exterior, en tal sentido es iluso pensar que quienes gobiernan “por la fuerza de la espada” se van a someter a un tribunal superior.

En segundo lugar Rousseau consideraba que para regular el comercio

se debe tener en cuenta el movimiento circular de los monarcas: si estos solo se preocupan en incrementar la hacienda para aumentar su poder, el cual les permite aumentar las ganancias, y si las guerras son una de las fuentes de dicho doble objetivo, no consentirán fácilmente en asociarse en plan de paz con los demás.

De modo similar, Rousseau consideraba que a tal proyecto se opondrían los ministros, afirmaba que estos necesitan la guerra “para hacerse imprescindibles [...]”; la necesitan para vejar al pueblo so pretexto de exigencias públicas; la necesitan para colocar a sus protegidos, ganar en los mercados, y para crear clandestinamente miles de odiosos monopolios; la necesitan para satisfacer sus pasiones y derribarse unos a otros; la necesitan para adueñarse del príncipe [...]; con la paz perpetua perderían todos estos recursos. [...] ¿Qué harán para oponerse? Pues lo mismo de siempre — responde—: presentarlo como algo ridículo” (Bello, 2010: 132).

Rousseau pensaba en la idea de la construcción de una federación basada en la voluntad popular, en la unidad cultural y moral europea de las naciones pequeñas y en el respeto de la diversidad de tales naciones.

A diferencia del Abate de Saint-Pierre, la idea federativa de Rousseau¹³ en su obra *Emilio*, consistía en una federación de no todos o cualquier Estado europeo, sino de los estados “pequeños”, pues eran estos quienes debían protegerse de los atropellos de las súper potencias y era en los países grandes don-

de se daba más la tiranía. Rousseau, con una visión nacionalista romántica, veía marcadamente en los países pequeños el genio, el carácter y los hábitos morales de los pueblos, el patriotismo y cierta democracia sin tiranía; esto le permitía hablar de una comunidad cultural y moral de los individuos, los cuales sirven de base para la comunidad política de los países. Tal comunidad cultural y moral difícilmente podría darse en países grandes ya que en estos además de reinar la tiranía, era imposible porque eran un conglomerado de pueblos. (Espinosa, 2012: 126)

La confederación según Rousseau debía ser fuerte y rígida hacia afuera para mantener la paz, pero flexible hacia adentro, de tal modo que el derecho de la confederación no anulara o permitiera a cada gobierno el mantenimiento de su soberanía territorial y política.

La idea federativa de Rousseau y su base deliberativa ya no partiría de un senado europeo compuesto por los representantes de cada príncipe, sino que para poder eliminar la guerra o la amenaza de guerra, tal federación tenía como requisito que partir de estados republicanos en los que dominara la soberanía popular. Esto debido a que Rousseau pensaba que era fundamental luchar contra la tiranía que representaban las monarquías absolutas, así como contra la tiranía internacional. En tal sentido para el ginebrino era de gran importancia que la política interior y exterior no dependiera de los soberanos sino de los pueblos o de la “voluntad general”; como señala Espinosa (2012: 125).

13 En el *Emilio*, el Contrato social y en el *jugement sur la paix perpetuelle*. Rousseau pasó de meros apuntes y atisbos.

5. A modo de conclusión

La trayectoria que han tenido organismos interestatales como la Unión Europea, en su búsqueda de establecer un orden continental pacífico, al menos entre sus miembros, ha tenido que conllevar la maduración y la convergencia de circunstancias y concepciones alrededor de las tensiones entre soberanía nacional y derecho internacional, entre la pervivencia de monarquías junto a sistemas democráticos liberales y republicanos de bienestar, entre la creación de bloques o tratados de defensa intercontinentales y la pervivencia de los ejércitos nacionales, entre la defensa de las economías nacionales y la creación de espacios comunes, entre muchos otros.

La concepción absolutista que en la época del Abate se concibió como el mejor régimen para lograr una paz interna estable, dio paso luego en el marco de las revoluciones burguesas a concepciones de orden legítimo de carácter republicano y liberal, en los cuales se exigía ya no solo la sumisión de los súbditos a la ley del soberano, sino la participación directa y por la vía representativa de los ciudadanos en la elaboración de la ley, el control de su cumplimiento, y en la elección de los gobernantes, es decir, exigía convertirse en su propio soberano. Tales nociones permitieron dar un giro a la discusión sobre el estado de derecho y el constitucionalismo liberal con su división de poderes, y el orden internacional legítimo a nivel europeo, con una cantidad de discusiones que reflejan tensiones en temas como el de independencia y autonomía de los países en términos de sus políticas económicas, la tensión entre sujeto nacional y sujeto europeo como nuevo sujeto histórico, la tensión que crean los trata-

dos como el de la OTAN que impone formas de relacionarse con el resto del mundo con gran influencia de la mayor potencia militar del planeta como lo es EEUU; entre otras.

De esta manera, el mundo ha entrado en una fase de constitución de bloques de cooperación militar, económica y política que tienen repercusiones sobre el equilibrio de fuerzas en las decisiones que se toman en materia de intervenciones militares o lo que en el lenguaje de la ONU se denomina operaciones de *peace enforcing*, pero también en materia de políticas económicas y comerciales que tienen grandes consecuencias sobre las poblaciones del mundo.

Así, el debate sobre la paz perpetua y su instrumento de federación de naciones, conserva una gran relevancia, la pregunta clave es si tal dinámica de federaciones en la que interviene a la vez una concepción de la paz por medio del derecho (como lo diría Kelsen), con la profusión de cortes internacionales y de otros instrumentos no gubernamentales que buscan alertar y proteger los derechos humanos, ha debilitado el *animus belli* (disposición de crear y usar la fuerza propia) entre las naciones o por el contrario ha alimentado una dinámica de disuasión militar a nivel global.

Bibliografía

- Abate de Saint-Pierre, (1713) *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*
- Arriola, Jonathan; Bonilla Saus, Javier; Campo, Macarena del (2010) *Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno*. Departamento de estudios internacionales, Universidad ORT, Uruguay.

- Bello, Eduardo (2010) La construcción de la paz: el proyecto del abbé de Saint-Pierre. *Res publica*, 24, 2010, pp. 121-135. Universidad de Murcia.
- Bremer, Juan José (2010) Tiempos de guerra y paz. Los pilares de la diplomacia: de Westfalia a San Francisco, México, Taurus.
- Bremer, Juan José (2013) De Westfalia a post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional. UNAM, México D.F.
- Carvajal, Patricio (1992) Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 76. Abril-junio 1992
- Coudert, A. P. (1999) *The language of Adam*, Wiesbaden, Harrassowitz.
- De Vitoria, Francisco (1946) *Derecho Natural y de Gentes*. Emecé Editores, Buenos Aires.
- Elias, Norbert (1982) *La sociedad cortésana*, México, FCE.
- Elliott, J. H (1999) Europa después de la paz de Westfalia. En: *Revista Pedmihes*, 19, 131-146
- Espinosa Antón, Francisco Javier (2012) *Inventores de la paz, soñadores de Europa. Siglo de la Ilustración*. Biblioteca Nueva
- Gauthier, F. (2007) Soberanía, república, democracia y derechos son bienes comunes de todos los pueblos libres. En *www.sinpermiso.info*, 29/07/07
- Goyard-Fabre, S. (1998) «L'optimisme juridique de l'abbé de Saint-Pierre», en J. Ferrari et S. Goyard-Fabre (eds.), *L'Année de 1796. Sur la paix perpétuelle: de Leibniz aux héritiers de Kant*, Vrin, Paris, 1998.
- Iñiguez, J. (2010). "El equilibrio europeo en el siglo XVIII. Los tratados de Utrecht-Rastadt" (Sección Temario de oposiciones de Geografía e Historia), Proyecto Clío 36. ISSN: 1139-6237. <http://clio.rediris.es>
- Kant, Immanuel. *Hacia la paz perpetua*, traducción de Joaquin Abellan, Tecnos, 1998,
- Kant, Immanuel. En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica". En Kant, Immanuel. *Teoría y Práctica*. Madrid: Tecnos, 2002
- Muñoz Francisco; López, Mario (2004) *Historia de la Paz*. En: *Manual de la paz y los conflictos*. UGR
- Peñaranda, Luciano (1982) *La intervención de España en América*. Escuela española de la paz. Segunda generación. 1560-1585, Madrid.
- Plata Pineda, Oswaldo (2006) *Religión y política en el leviatán de Thomas Hobbes*. Praxis Filosófica. Nueva serie, No. 23, Jul. - Dic. 2006: 57-79, Universidad del Cauca.

- Rousseau J. J. Jugement sur le «Projet de paix perpétuelle», t. III, Gallimard, Paris, 1964, p. 592 (Escritos, o. c., p. 38).
- Rousseau, J. J. Escritos sobre la paz y la guerra. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1982
- Rousseau, J. J. Les Confessions, t. I, Gallimard (Pléiade), Paris, 1959,
- Rousseau, J. J. «Mémoires pour la vie de Mr. l'abbé de Saint-Pierre»,
- Truyol y Serra, «Prólogo» a J.-J. Rousseau, Escritos sobre la paz y la guerra, CEC, Madrid, 1982.
- Uribe, Diego (1999) La paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales. Unilibros, Bogotá.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: En la feria 3
Autor: Alejandro Ariel Silva Zamora
País: MÉXICO

Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo*

■ Por: *José Saúl Trujillo González***
*Sergio Andrés Giraldo Galeano****

Resumen

El 23 de agosto de 2013 la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad de Sabaneta realizó un evento académico denominado: “*Primer simposio sobre neoconstitucionalismo: avances y retos*”. En él participaron como expositores connotadas figuras del constitucionalismo colombiano, como la Profesora BERNARDITA PÉREZ RESTREPO y los Profesores DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, ÁLVARO ECHEVERRY URUBURU y LEONARDO GARCÍA JARAMILLO.

Este escrito es fruto de las intervenciones y discusiones teóricas, que a favor y en contra del neoconstitucionalismo esgrimieron los conferencistas, suscitando en el público asistente enorme interés por el estudio del tema. El presente artículo pretende hacer reconocimiento a un fenómeno jurídico de innegable importancia dentro de los estudios de la ciencia del derecho actual, en tanto contribuye a un valioso debate teórico que, en torno al tema, ha emergido entre detractores y apologistas. Inicialmente, se mencionan algunos aspectos característicos del neo-

* Este trabajo es parte de la revisión de literatura a partir de las conferencias dictadas en el marco del simposio “Neoconstitucionalismo: avances y retos” llevado a cabo el día 23 de agosto de 2013 en Sabaneta – Antioquia.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás, Magister en Derecho Universität Konstanz RFA, Doctor (c) en Derecho Universität Konstanz.

*** Abogado de la Universidad de Antioquia. Candidato a Magister de la Universidad de Antioquia. Docente e investigador de Unisabaneta.

constitucionalismo que permiten esclarecer las diferencias básicas entre éstos y los enarbolados por el positivismo; luego, se realiza un brevísimo esbozo del papel que la Corte Constitucional colombiana ha tenido en la defensa de los principios que revisten al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, para finalizar con algunas reflexiones sobre los avances y retos que afronta el denominado canon neoconstitucional.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, iuspositivismo, activismo judicial, derechos fundamentales, Corte Constitucional.

Reflections on the neoconstitutionalism

Summary

The August 23, 2013 the Research Vice-principal office of the University of Sabaneta conducted a so-called academic event: “First Symposium on neoconstitucionalismo: progress and challenges.” Many connoted figures of Colombian constitutionalism participated as exhibitors, such as Professor BERNADETTE PEREZ and Teachers Diego Restrepo Lopez Eduardo Medina, Alvaro Garcia Echeverry Uruburu And Leonardo Jaramillo.

This writing is the result of interventions and theoretical arguments in favor and against neoconstitutionalism wielded by the speakers, the audience arousing great interest in the audience to study the subject. This article aims to recognize a legal phenomenon of undeniable importance in the study of the science of current law, while contributing to a valuable theoretical debate, around the theme has emerged among critics and apologists. Initially, some of the features that allow the neoconstitutionalism clarify the basic differences between these and the ones peaked by positivism; then a brief outline of the role the Colombian Constitutional Court has had to defend the principles that are of the model of social and democratic state of law, ending with some reflections on the progress and challenges facing the so-called canon neoconstitutional .

Keywords: Neoconstitutionalism, legal positivism, judicial activism, fundamental rights, Constitutional Court.

Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo

“La norma y la coacción son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del derecho. Todo lo que nos dicen es que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros. Pero, ¿por qué causa?, ¿con qué fin? No lo advertimos. Permanecemos en presencia de la forma exterior e inmutable del derecho. Sólo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad histórica”.

R. V. IHERING.

1. Una introducción necesaria

Quisiéramos dar inicio a este breve escrito, parodiando un poco aquella primera frase proverbial –y amenazadora– con la que se encuentra el lector del *Manifiesto Comunista*: “*Un fantasma recorre Europa. Es el fantasma del comunismo*”. Para el caso, nos atrevemos a decir: “*Un fantasma recorre América Latina. Es el fantasma del neoconstitucionalismo*”. En efecto, *neoconstitucionalismo* es un término que ha venido conquistando gran parte del discurso jurídico en nuestro continente aunque, de manera paradójica, no se sepa con certeza de qué se trata. Y es por eso que, precisamente, el concepto adquiere visos invasivos, a la vez que fantasmagóricos. Esta es la razón por la cual más que del concepto en sí, habremos de discurrir en torno a lo que han significado las prácticas judiciales consideradas neoconstitucionalistas.

A riesgo de incurrir en obviedades, consideramos que resulta necesario evidenciar que el neoconstitucionalismo es una forma de constitucionalismo. Sabemos que muchos de sus postulados surgieron de los evidentes cambios que generó, en la concepción del derecho y del poder político, el modelo constitucional europeo de la posguerra y fundamentalmente lo que atañe al contenido de las Cartas Políticas de países que, después de haber padecido regímenes autoritarios, querían hacer tránsito a la democracia. Este fue el caso de Italia (1947), Alemania (1949); y pocas décadas después, de Portugal (1976) y de España (1978).

Es sabido también, que a partir de la década de los 80 del siglo pasado, las constituciones latinoamericanas se crearon, o recrearon, a la luz del cambio de paradigma jurídico que se surtió en el viejo continente y como respuesta a las demandas populares por un mayor reconocimiento, tanto de los derechos, como de la diversidad étnica, cultural y política, tan propia de una sociedad mestiza. Precisamente, es gracias a la influencia europea, y también norteamericana, que el neoconstitucionalismo se incorpora al proceso de internacionalización del derecho constitucional (GARCÍA JARAMILLO, 2012).

Los años 80 del siglo XX fueron para las naciones de América Latina una época de reacomodamiento; de refundación de sus instituciones políticas y de exigencias, cada vez más fuertes, por el cambio en el contenido de sus ordenamientos jurídicos y constitucionales. No podemos soslayar, a fin de lograr una mayor claridad sobre el asunto, las tensiones que se produjeron en la región debido al declive de las dictaduras y al auge de las reivindicaciones democráticas. A pesar de la variopinta situación política de los países latinoamericanos, se presentaban situaciones de opresión muy semejantes, así como aspiraciones transformadoras bastante parecidas.

Estas circunstancias se explican al relacionar las contradicciones de toda laya que acaecían en la región. Por un lado, fenómenos como (i) el Golpe de Estado militar, (ii) la suspensión permanente del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, (iii) la intromisión neocolonialista de potencias extranjeras, (iv) la criminalización al pensamiento de izquierda, (v) la cooptación de la política por parte de la élite local, y (vi) el desmonte del denominado Estado Benefactor, como presupuesto necesario para la imposición de un modelo económico capitalista.

Por otra parte, y como reacción a lo anterior, se perfilaban poco a poco en nuestro continente demandas por (i) un modelo de Estado republicano que reco-

nociera en la división de poderes uno de sus más preciados soportes, (ii) el respeto incondicional a las libertades y derechos fundamentales, así como el reconocimiento a los intereses de las minorías, (iii) la revitalización del concepto de soberanía nacional, (iv) garantías efectivas para la manifestación de posturas divergentes o de oposición (v) materialización de los valores democráticos a través de mecanismos propiciadores de una mayor participación política y (vi) la intervención estatal como agente regulador de la economía y el fortalecimiento su función redistributiva en materia de derechos sociales. En el caso colombiano, se sumó a todas estas reivindicaciones la posibilidad de encontrar una salida política al conflicto armado que desde los años 50 libraba el Estado con las guerrillas. Así, la desmovilización de algunos grupos subversivos como el M-19, el Ejército Popular de Liberación (EPL) o el Quintín Lame ocurrida en 1989, marcó el prelude que habría de desembocar en un pacto político, expresado a través de una Nueva Constitución.

En torno a estas banderas se promulgaron nuevas constituciones en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Venezuela (1999), Bolivia (2008) y Ecuador (2009), mientras que se efectuaron importantes reformas constitucionales en Argentina, Costa Rica y México¹. Pero no basta con cambiar una Constitución Política para transformar la sociedad. La injusticia no desaparece por arte de birlibirloque jurídico. La realidad latinoamericana nos demuestra que tener un marco constitucional progresista no sirve de mucho si no se cuenta también con el compromiso político de los gobernantes y con el ánimo reivindicativo del pueblo. Si a los poderes hegemónicos enquistados en una sociedad no se antepone luchas contra-hegemónicas que acompañen y superen la lucha jurídica, cualquier intento de cambio será infructuoso.

*“El constitucionalismo transformador es una de las instancias (quizás la más decisiva) del uso contra-hegemónico de instrumentos hegemónicos de que hablé arriba. De las Constituciones modernas se dice frecuentemente que son hojas de papel para simbolizar la fragilidad práctica de las garantías que se consagran y, en realidad, el continente latinoamericano ha vivido dramáticamente la distancia que separa lo que los anglosajones llaman la *law-in-books* y la *law-in-action*. Esto puede pasar también con el constitucionalismo transformador y su carácter contra-hegemónico, pues el hecho de asentarse en la fuerza de las movilizaciones sociales que combaten las visiones hegemónicas y logran imponer democráticamente visiones contra-hegemónicas, no necesariamente lo defiende de esa posibilidad. Las instituciones hegemónicas son la expresión de la inercia de las clases e ideas hegemónicas. Son relaciones sociales y por eso también campos de disputa, pero son asimétricas y desiguales en las posibilidades de lucha que ofrecen a los diferentes grupos o clases en disputa. Por eso la movilización contra-hegemónica de las instituciones estatales presupone la existencia de un espacio-tiempo externo, “fuera” de las instituciones, donde sea posible alimentar la presión en contra de la hegemonía. Así,*

1 Los mencionados cambios constitucionales que acaecieron en Europa y América Latina, aunque se presentaron en momentos bastante complejos, no fueron el resultado de triunfos revolucionarios. En nuestro país, la Constitución de 1991 nace bajo el prurito de detener la violencia y el pábulo a la corrupción política. Atendiendo a estos objetivos, la Asamblea Nacional Constituyente permitió la participación de partidos, grupos y minorías históricamente excluidas de la contienda electoral. De esta manera organizaciones políticas de la izquierda democrática, desmovilizados de la guerrilla y líderes indígenas, contaron con la posibilidad de darle contenido a la nueva Carta.

cualquier quiebra en la movilización puede revertir el contenido oposicional de las normas constitucionales o vaciar su eficacia práctica. A esto llamamos la des-constitucionalización de la Constitución, de la cual hay muchos en la región y en el mundo". (DE SOUSA, 2010).

Para retomar, es menester aclarar que, si atendemos el proceso evolutivo del constitucionalismo del siglo XX, más allá de su denominación misma, hay muy poco de nuevo en los contenidos de la propuesta neoconstitucionalista. Más bien se trata de un conjunto de teorías que se han venido construyendo, deconstruyendo y reconstruyendo desde hace 50 años en diferentes contextos y espacio-temporales, pero que confluyen en la defensa de la supremacía constitucional. Esto implica, *grosso modo*, una ruptura con el constitucionalismo clásico por dos razones básicas: se fortalecen los contenidos ideológico-valorativos como el respeto por un amplio catálogo de derechos fundamentales², y se adquiere compromiso con una real división de poderes, lo que se traduce, de manera especial, en la implementación de mecanismos que sirvan para garantizar la independencia y el reconocimiento a la libertad interpretativa de los jueces. La convergencia de ambas razones patentiza una búsqueda por la materialización efectiva de la Constitución; es decir, por incidir sobre la sociedad en la que se aplica.

2. Antecedentes históricos del neoconstitucionalismo

Como podemos ver, y si habremos de ser precisos, el *neoconstitucionalismo* no es tan nuevo. Se trata más bien de una forma de concebir el derecho y las prácticas constitucionales que obedece a la consolidación de procesos históricos que, desde Estados Unidos y Europa llevaron a la consolidación de la idea de que la Constitución Política es la norma fundamental o suprema en el ordenamiento jurídico del Estado y que es el juez quien ostenta la autoridad para interpretarla.

Para comprender mejor los contenidos de este cambio de paradigma, partamos de reconocer que la Constitución Política de Colombia, así como gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, sufrió la influencia de una cultura jurídica europea que los representantes del poder constituyente, en 1991, recopilaron, asimilaron e implantaron como modelo a seguir. Así, es oportuno resaltar la relación existente entre el modelo constitucional y las significaciones culturales de una sociedad:

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. (HABERLE, 2003).

Sin embargo, el control de constitucionalidad, considerado actualmente una de las atribuciones principales de los Tribunales Constitucionales, y del cual ha hecho gala la Corte Constitucional colombiana desde 1991, tiene sus orígenes en el bicentenario caso *Marbury vs. Madison*, sobre el cual se pronunció la

2 Destacamos que es precisamente ese carácter axiológico de las constituciones el punto central de discusión entre neoconstitucionalistas y positivistas, dado que la consagración de un conjunto de valores y principios hasta ese entonces no reconocidos, amplió el contenido dogmático de las constituciones y por ende su capacidad de incidir en los diferentes escenarios de la vida personal y colectiva.

Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803. El afamado fallo, que hoy todavía es objeto de estudio en muchas universidades del mundo, declara la inconstitucionalidad y posterior nulidad de una ley expedida por el Congreso de los Estados Unidos. A diferencia de las tradiciones europeas, que consideraban las leyes como elemento supremo del poder democrático, incluso puestas por encima de la Constitución misma, en el modelo de gobierno Norteamericano la Constitución Federal y las Leyes Federales emanadas en concordancia a la Constitución, así como los tratados celebrados a través del poder otorgado por ella, estaban por encima de todos los instrumentos normativos emanados del Congreso de los Estados Unidos³. De esta manera la Corte Suprema de Justicia norteamericana se otorgó a sí misma la potestad de árbitro de la ley.

3. El neoconstitucionalismo como reacción al positivismo clásico

Es evidente que esta nueva concepción del derecho rompe con una tradición jurídica que extendía su dominio en occidente desde el fenómeno codificador de principios siglo XIX y que encontraba en la ley su sagrario, su objeto de veneración. El neoconstitucionalismo también toma distancia de aquella desconfianza cerval que la burguesía emergente de los siglos XVIII y XIX tenía a las instituciones judiciales remanentes del Antiguo Régimen, puesto que en ellas preponderaba un decisionismo desbordado debido a que la mayoría de quienes ostentaban la calidad de jueces antes de la Revolución Francesa eran miembros de una aristocracia rancia y reaccionaria, poco dispuesta a endosar sus intereses de clase a las reivindicaciones de los burgueses.

Es esta la razón por la cual la organización política propia del Estado Liberal buscó maniatar a la judicatura obligándola a actuar bajo estricto ceñimiento al texto legal, o para decirlo de manera más clara, las decisiones judiciales no podían apoyarse en otra cosa que no fuera el derecho burgués. He aquí la exposición de las bases políticas del positivismo decimonónico.

3 El artículo 6 § 2 consagra: *“This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.”* En consecuencia y por mandato constitucional, los jueces se encuentran avocados al mandato de la ley y la Constitución como fuente suprema y no los conmina a declarar o hacer control de Constitucionalidad de las Leyes Federales o de los Estados Federados de la Unión Americana. Pues bien, en el famoso fallo se declaró la inconstitucionalidad de la norma involucrada en el fallo antes mencionado, originando un desequilibrio entre lo que el legislador primario consagró como forma y distribución de gobierno y de poderes y lo que la realidad presentaba. En el caso colombiano, así como en las demás constituciones occidentales que obedecen a una tendencia neoconstitucionalista, donde el ejercicio del poder legislativo se somete a su control, el ejercicio del control constitucional ha otorgado a la Corte Constitucional, incluso la facultad de legislar de manera negativa como lo anotaba Kelsen. De esta manera, y para resumir, (i) se legitima el Control Constitucional, (ii) se validan fallos en donde la Corte Constitucional legisla, y (iii) se producen tensiones con los otros poderes públicos debido al ejercicio del poder legislativo de la Corte.

Pero nada más ajeno a las premisas neoconstitucionalistas que la defensa hecha por la escuela de la exégesis a través de frases clásicas de Voltaire como “la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes”, “que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no sus árbitros”, “interpretar la ley es corromperla”, o la más conocida de Montesquieu:

“los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el vigor de la ley”.

Pese a la reflexión anterior, existen exacerbadas diatribas contra el neoconstitucionalismo, al que se vincula incluso –forzadamente, desde nuestra perspectiva– con el positivismo propio del siglo XIX. Para la muestra, este escrito del Profesor JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO:

Por razón de ese grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítanlo o no, acecha siempre el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas sobre molinos de viento, sobre un espantajo teórico que no se corresponda en verdad con ninguna teoría efectivamente operante en la actualidad. Si así lo hiciéramos, incurriríamos en parecida caricatura a la que muchos de los que se dicen neoconstitucionalistas hacen del positivismo jurídico, al imputar a éste unos atributos teóricos y una percepción del Derecho que es propia únicamente, si acaso, del ingenuo y muy metafísico positivismo decimonónico, el de la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos. Y no es casual que la disputa se desarrolle en esos términos, ya que es en realidad ese positivismo decimonónico el que en el neoconstitucionalismo se ve reflejado como en un espejo, esto es, invertido. Pues al positivismo del siglo XIX y

al neoconstitucionalismo les son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método meramente subsuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo), y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.

Y en su disertación se atreve a afirmar enfáticamente el autor que:

Positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual son extremos que se tocan y que se combaten por razón de su semejanza estructural y de sus similares pretensiones políticas. Donde aquél tomaba como axioma la idea del legislador racional, éste adopta con similar convicción el del juez racional; donde aquél quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del Derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, éste hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales. Así como ese Derecho, que así se afirmaba en el siglo XIX como perfecto y objetivamente verdadero, se consideraba que debía pulirlo, encauzarlo y en buena medida sentarlo la ciencia jurídica, asimilada a razón cuasicientífico-natural, así este Derecho

de hoy, que el neoconstitucionalismo ve como derecho básicamente constitucional o sólo constitucional, se pretende que debe ser alumbrado también por la ciencia jurídica que interpreta la Constitución a base de bucear en el orden axiológico que es su esencia, si bien los profesores serían ahora depositarios de los supremos saberes de una muy real y objetiva razón práctica, más que de una razón científico-natural. (GARCÍA AMADO, 2009).

A pesar de los argumentos esgrimidos en esta extensa cita, consideramos que el neoconstitucionalismo – o el Nuevo Derecho-, sí logra desmarcarse; esto es, sí se diferencia del positivismo decimonónico al establecer, entre otras cosas, la idea de un control constitucional encaminado a evitar el desbordamiento de poder y la adecuación del derecho a la realidad social. Se apela entonces, primero, porque la jurisdicción se convierta en un efectivo contrapoder que limite los excesos de las demás ramas del poder público y, segundo, por un derecho progresista, dinámico y comprometido con el contexto social en el que se desenvuelve. Al respecto, GUSTAVO ZAGREBELSKY, reconocida figura del neoconstitucionalismo italiano, expone las diferencias con el positivismo de la siguiente manera:

El <<constitucionalismo>> envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El <<legalismo>>, por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control del legislador sobre la jurisdicción discorra dentro de límites compatibles con tal autonomía. Desde la óptica de la doctrina de las fuentes para el <<constitucionalismo>> la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser <<actuado>> por el legislador; para el <<legalismo>> la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente <<respetado>> por el legislador. Los jueces, en este caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales, mientras que en el primero se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos. (ZAGREBELSKY, 2011).

De otro lado, y tal como lo señala MAURICIO PLAZAS VEGA, podemos tomar por ejemplo el caso colombiano, pues las atribuciones que la Corte Constitucional ha tenido desde su conformación le permiten determinar si las leyes se compadecen con la Constitución Política; es decir, le otorgan verdadero poder político dado que “*el juez constitucional no sólo tiene el poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino la facultad de interpretar la Constitución Política y hacer posible que la voluntad del constituyente tenga realidad plena y actual*” (PLAZAS VEGA, 2009)

De otro lado, el neoconstitucionalismo comparte, aunque no en forma deliberada -y guardando las proporciones-, dos de los grandes postulados anti-formalistas de las Teorías Jurídicas Críticas: la desacralización de la ley como fuente única del derecho y el reconocimiento a la libertad en la interpretación y acción judicial, apartándose así de la interpretación literal como regla general. En este sentido, el neoconstitucionalismo no cree que la experiencia jurídica se limite a ser una experiencia estrictamente normativa (BOBBIO, 2003) y no niega el papel político que cumplen los jueces en el actual modelo constitucional. Ambas premisas se vinculan con los

planteamientos anti-positivistas de escuelas tan heterogéneas como el Realismo Jurídico, el Movimiento de Derecho Libre, el Critical Legal Studies, el Critique du Droit y el Uso Alternativo del Derecho.

Sin embargo, el neoconstitucionalismo, contrario a lo que proponen las escuelas jurídicas mencionadas, no realiza ningún análisis crítico sobre la falta de coherencia interna del derecho, ni de los intereses de clase que se solapan tras la supuesta generalidad y abstracción de las normas creadas en el órgano legislativo; tampoco promueve de manera expresa una vinculación de los operadores jurídicos con los sectores más excluidos de la sociedad, ni alienta una práctica jurídica comprometida que vaya más allá del activismo judicial; mucho menos se enfrenta directamente al modelo económico capitalista, que es, desde el punto de vista crítico, el principal causante de la poca materialización, o ineficacia, de los derechos sociales fundamentales. Quiere ello decir, que el neoconstitucionalismo no se deslinda de las premisas centrales del liberalismo económico.

Obviamente, son amplias las discusiones que se pueden generar a partir de lo afirmado en los dos párrafos anteriores, pero no por ello habremos de considerar que tal vinculación constituye un tema indigno para el análisis del discurso jurídico. Pero este no es el momento. Tal vez, en un trabajo posterior podría hacerse un estudio más profundo sobre los puntos de encuentro y desencuentro del neoconstitucionalismo con las Teorías Críticas del Derecho.

A pesar de lo antedicho, y para efectos de este escrito, resulta importante retomar la oposición explícita que la corriente neoconstitucionalista hace al iuspositivismo; oposición que podemos observar en sus postulantes más representativos: RONALD DWORKIN (*Los derechos en serio*), ROBERT ALEXY (*El concepto y la validez del derecho*), CARLOS SANTIAGO NINO (*La constitución de la democracia deliberativa*) MIGUEL CARBONELL (*Teoría del neoconstitucionalismo*), RICARDO GUASTINI (*Teoría e ideología de la interpretación constitucional*) y el ya mencionado GUSTAVO ZAGREBELSKY (*El derecho dúctil*). En este sentido, no se asume que el derecho esté formado exclusivamente por normas positivas y que su ontología radique en un análisis remitido al problema de su validez. Por el contrario, el derecho recupera un punto de partida valorativo que encuentra en los principios un motor dinamizador de sus contenidos y alcances. Y en ello, como resulta elemental, las posibilidades hermenéuticas con las que cuenta el juez son determinantes.

No quiere esto decir, por supuesto, que el canon neoconstitucional desconozca la relevancia de la consolidación normativa inherente a un Estado de Derecho. Por el contrario, también es característico de la “causa” neoconstitucionalista propender porque en las Constituciones Políticas se establezcan normas de un marcado cariz dogmático, dirigidas a que los ciudadanos puedan hacer exigibles sus derechos y libertades, ya sea frente al poder del Estado, o bien, frente al poder de los particulares. Esto se refiere a aquella característica que RICARDO GUASTINI denomina “la fuerza normativa de la Constitución”, o lo que LUIGI FERRAJOLI postula como la necesidad de establecer una serie de normas que sirvan de límite a la actuación de “poderes salvajes” tanto públicos como privados, que amenazan con arrasarse con

la integridad del ser humano, poniendo por encima de éste los intereses particulares de aquellos⁴. Ítem más, se consideran muy importantes aquellas normas de carácter orgánico en las que se fijan los parámetros de la organización de los poderes públicos y de la función estatal.

Existe pues, en este orden de ideas, una veneración a la naturaleza normativa de la Constitución, en tanto se simpatiza con la ampliación de los atributos del poder judicial. Los jueces dejan de cumplir un papel estrictamente interpretativo para convertirse, a más que en protectores de la Carta Política, en actores que –muy a pesar de sus detractores– crean derecho y extienden en sus providencias el alcance de los derechos fundamentales. A propósito de esto último dice ROBERT ALEXY refiriéndose al papel que ha cumplido el juez constitucional alemán:

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movido de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado e inestable. El hecho de que, en gran medida, ello no sea así, se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de lo que es posible según el texto constitucional.

4 De ahí que el derecho, en especial el derecho constitucional, haya que considerarlo, según la teoría garantista de LUIGI FERRAJOLI (2001), como la ley del más débil; entendiendo por tal derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Y podemos decirlo no sólo de los derechos fundamentales, que por su naturaleza son las leyes del más débil, sino de todo el derecho, tal como ha venido caracterizándose a partir de su modelo garantista.

Los derechos fundamentales son lo que son hoy día, sobre todo a causa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales –a pesar de la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal– ha devenido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional. (ALEXY, 2008)

4. El neoconstitucionalismo en Colombia: las decisiones de la corte constitucional

Bien sabemos que el proceso constituyente no se agota en la promulgación de una nueva Constitución y que es menester desarrollar sus principios a través de la ley. El Congreso se erige entonces en protagonista de este proceso. Precisamente, por eso es necesario considerar que la Carta Política no es “el techo” sino “el piso” sobre el cual se construye el ordenamiento jurídico. Así las cosas, todas las actuaciones de los órganos del poder público deben comprometerse con la consecución del proyecto constitucional que se concreta en las premisas del Estado Social y Democrático de Derecho. Pero en nuestro país no ha habido un compromiso real por parte de los órganos del poder público con la consecución de estas promesas. Todo lo contrario: en Colombia “*al ultrapresidencialismo se suman la tergiversación de los mecanismos de control –en manos del Congreso, de la Procuraduría y de la Contraloría– y la paulatina privatización de funciones y bienes públicos a manos de agentes nacionales e internacionales que buscan maximizar utilidades en desmedro del bienestar general de la población*”. (ARANGO, 2013)

De este modo, considerando la elephantiasis del presidencialismo (conse-

cuentemente pesado y lento) y la apatía del Congreso por materializar los principios que rigen nuestra Constitución, es que la Corte Constitucional se ha visto obligada a actuar en múltiples escenarios intentando satisfacer las exigencias de un modelo en el que el Estado se concibe como un agente de justicia social y en el cual prima, de manera supuesta, el bienestar general sobre los intereses económicos particulares⁵. ¿Habrá que mencionar los ataques dirigidos a quebrarle el espinazo a la Constitución Política por medio de más de una treintena de reformas, esto sin detenernos en lo que podría significar –como algunos poderes han pretendido– limitar los alcances de la Acción de Tutela, restringiéndola únicamente a la protección de derechos y libertades individuales? Es en este contexto donde los jueces constitucionales han debido “bucear” buscando el fundamento axiológico y confeccionar, a partir de sus sentencias, el “espantajo teórico” al que se refiere, en forma despectiva el Profesor García Amado⁵.

Tal vez, desconoce el profesor español que lo poco que desde el orden estatal ha podido realizarse en nuestro país en temas como (i) el reconocimiento de los intereses propios de las minorías, (ii) la vinculación de los particulares al respeto por los derechos fundamentales, (iii) la preferencia de la validez material sobre la validez formal, (iv) el compromiso con la igualdad real, y (v) el verdadero posicionamiento de la Dignidad Humana como eje del ordenamiento jurídico (UPEGUI MEJÍA, 2009), se lo debemos a una Corte Constitucional que, en medio de sus ambigüedades y limitaciones, a pesar de su dispersión ideológica y fallos inhibitorios, ha asumido muchas veces un innegable compromiso con los sectores más excluidos de Colombia, lo cual se compadece con el espíritu del Estado Social y Democrático de Derecho.

(...) el tribunal –constitucional colombiano- ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención de controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que en cierta forma ha sorprendido a la sociedad colombiana por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos. (UPRIMNY & GARCÍA VILLEGAS, 2004)

5 Desde la perspectiva garantista “La expresión <<podere salvajes>> alude claramente a aquella <<libertad salvaje y desenfadada>> de la que Kant habla en la *Metafísica de las costumbres* como condición desregulada propia del estado de naturaleza, esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del <<estado jurídico>> o de derecho. Es evidente que tal poder o libertad salvaje es inevitablemente el poder del más fuerte; mientras que el derecho representa su negación, volcado, siempre según el modelo kantiano, a asegurar la convivencia y, por consiguiente, la garantía de la libertad de todos (FERRAJOLI, 2001).

En el año 2003, el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño presentó al Congreso de la República un Proyecto de acto legislativo, con el fin de limitar el alcance de la acción de tutela únicamente a los derechos enunciados en el capítulo I del Título II de la Constitución. Lo que demuestra la intención no solo de desmontar una de las instituciones que más ha acercado la Carta del 91 al ciudadano de a pie, sino que además evidencia la poca identidad que hay entre los órganos del poder público y los mandatos superiores contenidos en la Constitución. De igual manera, se ha pretendido limitar el poder de la Corte Constitucional, al proponerse que no se puede pronunciar sobre temas económicos, o la improcedencia de la tutela contra sentencias judiciales, etc.

En suma, el reto del Nuevo Derecho –como el de cualquier otra utopía jurídica– radica en producir lo que PETER HABERLE (2003) denomina *teoría del sentimiento constitucional*, o el compromiso de una sociedad al acatamiento de los postulados de la Constitución Política. Afirma este autor que la constitucionalización del derecho no es un proceso en el que participan únicamente los jueces y magistrados. Se trata de una sucesión de fenómenos políticos y sociales en los que los valores democráticos se ven fortalecidos por la apropiación cultural de la Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia, al prohibir una teoría social encaminada a resolver problemas reales y al postular que la validez de la ley depende de su acatamiento a los derechos fundamentales, inscribe sus sentencias dentro del canon neoconstitucional. Demuestra con ello, además, que mucha razón le asistía a ROBERT ALEXY cuando sostuvo que los derechos fundamentales no están en la constitución sino en la jurisprudencia. Hasta el momento en nuestro país hemos tenido que conformarnos con esto, aunque sería mucho mejor si tales derechos fundamentales se realizaran en la cotidianidad de la función estatal y de la vida social.

Conclusiones

Para el lector puede resultar paradójico nuestro intento por lucubrar conclusiones sobre un tema de suyo inconcluso, inacabado; que se plantea y se replantea permanentemente incorporando nuevas perspectivas y prácticas. Sin embargo, y más allá de los desencuentros que se presentan en el campo de la teoría acerca de si es correcto o no incorporar

el prefijo *neo* al constitucionalismo que desde finales de la década de los 80 del siglo XX viene expresando la voluntad soberana de los pueblos latinoamericanos, es innegable que se trata de una propuesta que supera el formalismo jurídico que imperaba en occidente antes de la Segunda Guerra Mundial. A nuestro modo de ver el neoconstitucionalismo y el positivismo son lecturas antagónicas y contrapuestas acerca de los contenidos y alcances del derecho.

No sobra recordar que, aun cuando podemos encontrar algunos vestigios neoconstitucionales en decisiones judiciales promovidas en el siglo XIX, como lo mencionado respecto al célebre caso *Marbury Vs Madison*, es en las constituciones políticas de países europeos como Alemania, Italia y España donde podemos encontrar de manera patente los elementos característicos del canon neoconstitucional. En este sentido, es importante considerar los aportes que el constitucionalismo latinoamericano ha realizado a la doctrina jurídica estudiada, no sólo por el contenido normativo de las Constituciones (destacamos su sentido pluralista), sino, primordialmente, por el papel que han desempeñado los jueces en la materialización de éstas.

Suele considerarse que el neoconstitucionalismo apela por un modelo axiológico amplio, razón por la cual el contenido de las Cartas Políticas se vincula con los principios que soportan al Estado Social y Democrático de Derecho, incorporando, de esta manera, un anchuroso abanico de derechos, todos ellos justiciables. Con el fin de dotar de efectividad a tan extensa gama de garantías, las Constituciones actuales brindan mecanismos judiciales generosos y fáciles de esgrimir. La acción de tutela es tal vez el ejemplo más palpable de los

instrumentos diseñados para proteger los derechos de la gente, especialmente de aquella que hace parte del sector más vulnerable y excluido de la población. A propósito, el iusfilósofo español ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (1991) señala que *“la norma constitucional carece de existencia independiente de la realidad. Su eficacia no puede extrapolarse de las condiciones naturales, históricas y socioeconómicas de cada situación. Pero, al propio tiempo, la Constitución es algo más que esas condiciones fácticas, ya que entraña una fuente de <<deber ser>>, es decir, posee una peculiar fuerza normativa dirigida a ordenar y conformar la realidad política y social”*.

Tal vez, uno de los rasgos más diferenciadores de la propuesta neoconstitucional es el empoderamiento concedido a los jueces. Ciertamente, el juez contemporáneo se libera de las ataduras que otrora le impusiera el positivismo de tara exegética, y asume su papel de intérprete y creador del derecho, a la par que de guardián de la Constitución. La labor que los jueces, a través de sus fallos, han desempeñado en la defensa de los postulados de rango constitucional, ha llevado a que los simpatizantes del neoconstitucionalismo consideren que *“la jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones. La jurisprudencia se ha convertido en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional”*. (GARCÍA JARAMILLO, 2012).

Para finalizar, hemos de resaltar el protagonismo que en el contexto del neoconstitucionalismo latinoamericano tiene la Corte Constitucional colombiana desde su instalación en 1992. A pesar de las duras críticas que ha recibido por

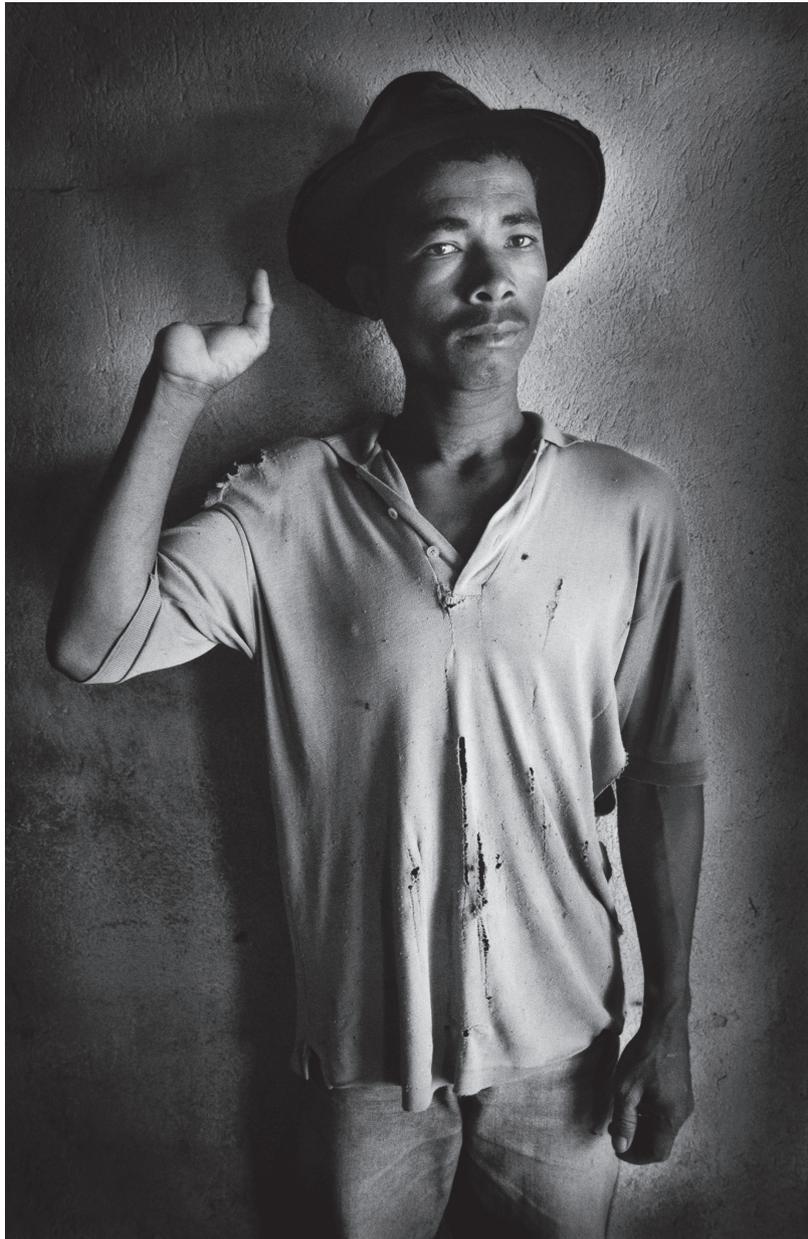
motivo de muchas de sus decisiones, sobre todo aquellas en las que se concede protección a espacios personales que están vedados a cualquier mayoría o discurso dominante, como en el caso de la despenalización del consumo de dosis mínima, la eutanasia y el aborto; nuestra Corte Constitucional es una de las instituciones que goza de más aceptación y respaldo.

Como consecuencia de la falta de compromiso que los poderes públicos, representados en el ejecutivo y legislativo, han demostrado con la materialización de las promesas del modelo estatal que consagra la Constitución Política, los Magistrados, que por más de dos décadas se han sucedido en la Corte Constitucional, se han visto abocados a enfrentarse, no sólo con visiones limitadas y arcaicas de lo jurídico, sino con los intereses económicos de los sectores más pudientes de la sociedad colombiana. De esta manera, los jueces constitucionales se han convertido un baluarte insustituible en la defensa de los derechos fundamentales y han asumido la normatividad constitucional como un programa político tendiente a mejorar las condiciones de vida de todos los colombianos.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2008.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción: Jorge M. Seña. Editorial Gedisa S.A. Barcelona: 2004.

- ARANGO, Rodolfo. *Más poder ejecutivo, menos República*. Artículo de opinión publicado en el periódico El Espectador el 21 de agosto de 2013. <http://www.elespectador.com/opinion/mas-poder-ejecutivo-menos-republica-columna-441636>
- CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. España: 2007.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Re-fundación del estado en américa latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Ediciones Abya-Yala. Quito-Ecuador, 2010.
- DOWRKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. España: 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho. Bogotá: 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*. http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf. Consultado el 16 de noviembre de 2013.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano*. Tomado de *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012, pp. 93- 118*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2012.
- GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta. España: 2010.
- HABERLE, Peter. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá: 2003.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa. Barcelona: 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos S.A. Madrid: 1991.
- PLAZAS VEGA, Mauricio Alfredo. *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido del Derecho y la formación de los juristas*. Editorial Temis. Bogotá: 2009.
- UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. En *Emancipación social y violencia en Colombia*. Editores: DE SOUSA SANTOS, Boaventura & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Editorial Norma S.A. Colombia: 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid: 2008.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Os mutilados do sisal 1

Autor: Marcelo Buainain

País: BRASIL

Too soon to foresee the Reality of global law

International Criminal Law Constitutes the Sole Field
Where the Promise of Global Law Provides Solid Ground*

■ By: *Juan Daniel Jaramillo-Ortiz***

Foreword

In 2008, I found a book that would mark my academic and professional work over the following years. It was *Defending Humanity* [Oxford University Press, 2008]. In the conclusion, authors George P. Fletcher and Jens David Ohlin write: “The value of a national culture is not just instrumental, but intrinsic. National cultures are more than a source of warmongering and national prejudice, they are a source of the inspiration and difference that make human flourishing possible.” I reflected on the relationships between globalization, nationality and international law. I would intuitively conclude later that globalization is a far more complex phenomenon than we tend to believe; also, that the concept of nationality is not ready to disappear but instead is in the process of affirming itself. Finally, I inferred that international criminal law realistically holds the promise of an expanding legal globalization. These reflections form the basis of this article.

* This paper forms the basis of a major research project about global law and international law carried out by Professor of Law Juan Daniel Jaramillo-Ortiz, UniSabaneta, Colombia, Sabaneta, Antioquia

** Abogado, Universidad de Los Andes, Bogotá, D.C., Colombia, Master of Arts Economics, Vanderbilt University, Nashville, Tenn, USA; Master of Arts International Relations, The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Medford, Mass USA; Master of Laws, Harvard University, Cambridge, Mass USA; PhD, Leiden Universitat, Leiden, Netherlands-The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Medford, Mass, USA

1. Contemporary narrative of globalization and international law

Not only has globalization taken in modern times a prescriptive undertone. The phenomenon has been placed by media and opinion [also by academia] within a *sacrosanct* belief that we are witnessing today the first globalizing trend and it is also the inexorable destiny of humanity. Globalization would thus be historically unprecedented and peculiar to living generations. A sort of *pensée unique* [single thought] has been born in media, intellectual and academic circles whereby those critical would invariably be wrong or tricked by mere ignorance.

Contemporary globalization as a social phenomenon must be carefully and judiciously re-evaluated. A multiplicity of elements and factors at play yearn for re-examination. The total re-casting of international law away from the society of states paradigm, bringing about the demise of national sovereignty, towards a global society of persons and a new global public law is –I contend- premature.

Niall Ferguson reminds us that as the European great powers were completely taken by surprise by the outbreak of World War I and, like the Lusitania in 1915, globalization could go under the water.¹

Indeed, an integration of the economies through markets across frontiers has accelerated; cohesion of communities across the globe, thanks to cybernetic social networks, is well under way; the community of nations has finally embraced the pre-eminence of certain individual rights, proclaiming a legal right to respond collectively to gross violations.

However, the integration of political systems and simultaneous birth of a corresponding new global notion of distributive justice and the death of the Westphalian system and the nation-state is not occurring. Nor is the consolidation of an all-encompassing “global public reason” as envisaged by Sebastiano Maffetone.²

The European Union gives a clue today. Under prescription from the rich countries (headed by Germany), new fiscal rules are sought. E.U. treaties *must* be reformed with two goals in mind: removing political discretion at the national level, imposing E.U. strict fiscal monitoring and sanctioning powers, and reforming national constitutions to include balanced-budget rules. Such a fundamental political change is pushed institutionally by traditional power structures from the top down. Absence of grassroots is a fact.

On the one hand, international law has taken a normative path, attempting to impose social and political paradigms. Through legal engineering, it is predicted that the classical domain of national justice will be transformed into a global one, and national sovereignty, citizenship, legitimacy will either disappear or take a transformed face.

On the other hand, international law has taken a route where non-governmental organizations [NGOs] and individuals, in conjunction with governments directly participate in the law-making process. This participation clearly shows the birth of an incipient international civil society. Examples are the Convention on Cluster Munition [2008], Treaty of Rome [Statute of the United Nations International Cri-

1 Ferguson, N., *Civilization: The West and the Rest*, Penguin Press, 2011, p.16

2 Maffetone, S., *Le ragioni degli altri*, Saggiatore, 1992, p. 22

minal Tribunal, 1998], and the Ottawa Convention Banning Landmines [Landmine Convention, 1997]

International law as a gradual process, as viewed by Rosalyn Higgins, I contend, is not mechanistic or prescriptive. Social and political context is essential and international law as a process “does *not* entail a rejection of that core predictability that is essential if law is to perform its functions in society”.³

I argue that the concept of national sovereignty will prevail in the short, medium and long terms. Subtle changes are at play yet they should be not magnified if careful examination of facts is carried out. This reality-check will be essential. Historically, the development of international law, writes Sienho Yee,⁴ has been progressive and the most notable feature has been inclusiveness and egalitarianism, always concerned with ethical and moral parameters.

The contemporary globalization popular narrative exudes a sense of being a one-time, unsinkable, deterministic fate of humanity. No distinctions are made. Every single field of human activity would thus be involved in the newly minted globalization era.

I believe that a thorough and conscientious redefinition of globalization is in order.

Also, an identification of current and feasible globalizations (I prefer to use the plural) with more predictive power, being certain to ensure that the methodological assumptions of my dissertation do not insinuate themselves into normative positions. Anthony Giddens’ proposition by which “globalization is a social process where space is eliminated as factor in social relations”⁵ must be expanded into a more meaningful and workable synthesis.

Once we have established a working definition, I will examine law and globalization –specifically legal globalization- with one purpose in mind: descriptively and analytically observe what is occurring within the area of international law.

Claiming to examine globalization at the legal level, Anne Marie Slaughter recently wrote in her work *A New World Order*:

“To be effective, regulatory decisions *must* increasingly involve the meta-state level. Globalization requires a fundamental re-examination of social regulation and governance at the global level, leading to a system in which States may still have a preeminent role, but not the only one”.⁶

Slaughter’s premises –typically normative- deal with ideal standards and models and on how things should or ought to be. Once she does this, international law’s advances and/or shortcomings are derived from hypothetical situations.

I would like to be clear from the outset: A clear, concise and truthful picture as possible of globalizations and developments of international law is needed. Likewise, an examination of the premises and possibilities of global law as presented by cosmopolitanism must be developed.

3 Higgins, R., *Problems and Processes; International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995, p. 17

4 Yee, S., *Towards an International Law of Co-progressiveness*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 23

5 Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1990, p. 64

6 Slaughter, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, p. 40

1. *Globalization is not new*

Humanity has gone through various ages of globalization. Economic historian Angus Maddison has shown how China's transformations through the centuries included international economic exchanges [in the XIV century] amounting to PIB percentages higher than the country has today.⁷

Identifying three waves of globalization, David Bederman⁸ finds from the first one [ancient Mesopotamia, Greece, Egypt and Rome] onwards, significant bodies of international law. I go further by advancing the approach by which world-reaching legal orders existed before.

Contemporary elaborations tend to assume we live in exceptional time: a globalizing era without historical precedent. Besides being inevitable and inexorable, globalization, it is pointed out, seems to have acquired the characteristic of being history's last uninterrupted leap.

My hypothesis is, however, that globalization has appeared in the form of a succession of episodes, not necessarily in a progressive fashion.

If globalization has had intermittent periods [I disagree with Bederman⁹ it has had cycles, as I expect to elaborate], we must figure out what has gone through one episode to the next, being aware that they are essentially fragile and avertable. In any case not historically necessary.

2. *Nation, society and community*

Globalization normative theory [for example Frank J Garcia¹⁰] views nation and nationality as obsolete concepts, not only theoretically but in practical terms. History would be relegating them to a second stage. I disagree as I intend to show.

The nation-state is both a social reality and a cultural phenomenon [I will not dwell here on this aspect but will devote analysis to the topic in my dissertation]. Also, as David Miller argues, the nation-state has a highly dense ethical significance.¹¹ Successive wars but definitely World War I and II diminished the national entity as an agent of confrontation and racial hatred [manifested through horrendous crimes]. However, the nation-state continues to be the territory where the application of justice makes sense, and it is still within the nation that justice finds its full meaning. National boundaries not only bear political but also ethical significance. They conform to both formal legality and to accepted standards of conduct.

We find ourselves –the whole world finds itself- embedded in national communities. Within a reality that has lasted well over 1000 years and previously inside a system which very closely resembled [albeit dispersed] to what today is a group of nations

7 Maddison, A., *The World Economy: A Millennial Perspective / Historical Statistics*, Development Center Studies, OECD, 2007, p. 19

8 Bederman, D. J., *Globalization and International Law*, Palgrave Macmillan, 2008, p. 32

9 Ibid. p. 48

10 Garcia, F., "Globalization, Global Community and the Possibility of Global Justice". Open access by Digital Commons @ Boston College Law School. (Discussion Draft), p. 7

11 Miller, D., *On Nationality*, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 45

[ancient empires]. The nation constitutes a deep human social structure.

Global theory holds that the extreme heterogeneity of states dispersed around is not compatible with an international community deemed universal. The differences of race, culture and civilization are impediments that will slowly but surely disappear to open the way to a cosmic world.

Mexican historian Daniel Cossío Villegas coined back in 1925 the expression “cosmic race”, by which he meant a society which would eventually know no language and ethnic differences as a result of prolonged mixture.¹² I will agree with Cossío Villegas in that humanity [if still around] might finally be a social compact. However, this stage [if it arrives] is quite distant from us.

French historian Fernand Braudel emphasized the role of large scale socio-economic factors in the making of history.¹³ The analysis of ancient but particularly recent history focuses on short spans [*courte durée*] or history of events [*histoire événementielle*]. Political and economic history tends to be viewed and written as history of events. Globalization is treated as a history of events.

The long span [*long durée*] approach stresses the slow and very often imperceptible effect of factors on the actions of human beings and evolution of social phenomena. The long span approach shows to apply to human history. The

continuity of the deepest structures of society is central to history.

Nation, community and society are, I contend, among those most profound structures in history.

German sociological theory makes the distinction between “community” [*Gemeinschaft*] and “society” [*Gesellschaft*]. Community links are based on intimacy, sentiment, fraternity, friendship, neighborhood while societal links originate on the need of material exchange and interest. Life in community develops based on intimate and trustworthy relationships, while tension is fundamentally inherent to life in society.

At the global/universal level –I believe- the concept of international community has consolidated faster than the construct of international society. N. Q. Dihn, P. Daillier and A. Pellet in their text *Droit International Public* thought impossible 25 years ago the notion of international community.¹⁴ Mainstream international relations theory agreed.

It is from an analysis of the historic role and scope of these durable entities –nation, community and society- that I must view and evaluate globalization. Parameters and questions should be clear: Is, objectively speaking, the world rapidly and swiftly shifting towards a meta-state level? Can we signal out the emergence of an international community? Has the international society as a whole agreed on some form of common values and norms?

A detailed review of public, evident facts is needed:

Nationalism in the modern world is not in decline but on the rise. Re-

12 Cossío Villegas, D., *Extremos de América*, Colección Conmemorativa 70 Aniversario, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 76

13 Braudel, F., *Le Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II. Tome 2: Destins collectifs et mouvement*, Livre de Poch, 1993, pp. 80-87

14 Dihn, N. Q., Daillier P., and Pellet, A. *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, pp. 30-31.

gionalism is blossoming in all parts of the world. Colombian philosopher Luis González-Barros has asked: Will the European Union be one of 20 or 100 flags?¹⁵ Spain, Portugal, France, Belgium, Great Britain, Italy, Russia show strong ferments of regional nationalisms. These are the countries where globalization and the arrival of a global law would seem most promising. Multiculturalism, as an expression of plural nationalism, gains ground, being enshrined in national constitutions.

The idea of an international community, discarded until recently as not possible, has shown to exist. Cybernetic social networks are forming solid intimacies across and inside countries, thereby shortening distances amongst individuals. The present Arab Revolution is an example. Technological networks have ignited the democratic flame, providing constant communication and support. What treaties of friendship signed from times immemorial never achieved or partially accomplished has been done by individuals themselves.

International society slowly agrees on some fundamental values, mostly as a result of domestic consensus. These agreements have found quick expression through United Nations resolutions. International humanitarian law and human rights have walked out of rigid, declarative treaties to become legal and social realities. And grass roots internationalism, essentially through cybernetic social networks, fosters the growth of values, particularly those related to the right to life.

Globalization has emerged and flourishes at the core of nation, community and international society. Territorial boundaries seem not to be –I contend– a main obstacle to delivery of a global basic package. I attempt to demonstrate how grass-roots movements at present are the main engine of globalization –not institutional decisions from the top down.

3. International distributive justice

It is within the nation-state that the notion of justice takes place. Justice is pursued in the realm of a group committed to dividing, exchanging and sharing social goods first of all among members. It is within particular nations that one may determine what justice consists of and who owes something to whom. Shared values and beliefs in democratic systems or imposition by them in autocracies provide the basis for an institutional framework. Citizens are privileged over non-citizens.

I dispute current trends in academia where citizenship in western liberal democracies would be the modern equivalent of feudal privilege. It would be an inherited status enhancing one's life chances, as Joseph H. Carens contends.¹⁶

Again, we must look long span following Fernand Braudel. Justice is an ancient concept, going back to Greece and Rome. Ingrained in the deepest of society, autonomously built on national parameters, it should not have to be deliberately tackled as a harmful element

15 González-Barros, L., "El Impacto de la Reunificación Alemana y las Alternativas de Colombia y América Latina ante el Mercado Común Europeo", in document published by the Centro de Estudios Colombianos, Mayo de 1991, p. 2

16 Carens, J.H., *Culture, Citizenship and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford University Press, 2000, p. 96

to modernity when developed within such parameters.

Frank J. Garcia writes "we need to develop a model for the international delivery of the basic package –a concept of effective global citizenship if you will- in which the accident of birthplace, or the vagaries of naturalization law, do not fundamentally affect each person's life prospects."¹⁷ Global law, according to this cosmopolitan view, demands a new view of distributional justice, where the state no longer holds the monopoly of delivery of basic public goods. Here, again, I will attempt to give evidence of the link nation-justice as a socio-historical reality, not ready for dismissal in the short span.

H.L.A. Hart and Michael Waltzer suggest the emergence of a secondary set of shared understandings, beliefs and practices in the global sphere.¹⁸ The example is provided by the European Union where national citizens give priority to a first national set and subsequently to the one incarnated by the E.U. A sort of alternate distribution scheme is slowly taking solid root.

John Rawls subscribes to the standard Westphalian model of nation-state where rights and obligations are available only to citizens.¹⁹ He proposes a clear separation between national and international society. On the other end

of the spectrum, Joel Trachtman proposes a purely cosmopolitan world without "particular cultures and without histories", which would stipulate some rules of permitted diversity [multiculturalism, we should read].²⁰ In this context, ideal for Trachtman, global law would reign as the supreme allocating power, directly connected to individuals.

Capturing reality as it is –I must reiterate-, and placing it within the appropriate historical context is needed. The major defect of current work on globalization is the systematic neglect of historical data. Simon Caney delineates international distributive justice emphasizing that social relationships must exist for this concept to operate.²¹ It cannot be imposed [as in Frank Garcia and Joel Trachtman] as a normative prescription when sociological conditions are absent.

Traveling an avenue of inquiry departing from information provided by my optics of the state, international society and community, expecting to find out which degree of international distributive justice has permeated actors of the global scene is the task to follow. My informed intuition is that a modest degree will be found, mostly in the international community –that elusive segment whose existence was denied until very recently- forged mainly by social networks born in new cyber technologies.

Recent events show recently that institutional international distributive

17 García, F., "Globalization and the Theory of International Law". Open access by Digital Commons @ Boston College Law School (Discussion Draft), 2005, p.10

18 Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963 and Waltzer, M., *Spheres of Justice*, Basic Books, 1983.

19 Rawls, J., *A Theory of Justice*, Original Edition, Balknap Press/ Harvard University Press, 2005

20 Trachtman, J., *The International Law of Economic Migration / Towards the Fourth Freedom*, W.E. Up John Institute for Employment Research, 2009, p. 87

21 Caney, S., "International Distributive Justice", *Political Studies* 49, 2001, p 101-129; "What is Cosmopolitanism"? *Journal of Political Philosophy*, 2000, p. 227 - 243

justice has not taken solid root. Rich countries from the north, such as Germany and France, appear reluctant to support [bailing out], in the current crisis, their southern counterparts as Greece and Portugal. Both institutions and electorates are not yet imbued with a sense of transnational justice. Humanitarian relief is not exercised, I argue, as a result of an institutional bond where obligations originate but as residual and dispersed endeavors and/or impulses generated in compassion.

4. Global law and norms of international law

Global law is not unfolding as cosmopolitan proponents contend: a single body of law which would govern the world. Both public and private international law will remain the legal systems providing the norms to global exchanges.

Cosmopolitanism today is a reflection of XVI and XVII rationalism [R. Descartes, B. Spinoza, G. Leibnitz]. Rationalism postulates the prevalence of unity over diversity.²² Any attempt to impose unity over diversity, I will elaborate, is prone to generate violence. Global law would hardly be the result of consensus. On the other end of the spectrum, post-modern theorists [M. Foucault, Derrida] see multiplicity and diversity as principles ingrained in the social fabric. Rules are therefore artificial. International law would thus be a mere tool of state self-interest and inter-state harmony a utopian ideal.²³

Material reality affords some clear data: the number of participants in international organizations and international treaties continues to grow. The disintegration of states as a result of invoked nationalisms has multiplied. I argue that cultural relativism has not hindered an all-encompassing legal expansion of human rights values' and beliefs. The drive for legal uniformity is becoming stronger in this area. Cultural and religious diversities are showing a high degree of compatibility, I will contend, with cross-cultural values developed in international treaties and international law. A careful, structured analysis of the current democratic Arab revolution [started in 2011] is at this point imperative. Large segments of the population in geographic areas presumably adverse in an inherent fashion to ideals of freedom currently advocate essential principles of human rights and international humanitarian law.

A sign of growing uniformity is thus evident in some fields: international human rights law, international criminal law, international environmental law. The existence of basic values and common interests of all finds expression in limited instruments of public and private international law which differ from notions of global law.

The legal notion of obligations *erga omnes* shows two characteristic features. The first one is universality, in the sense that they are binding on all states and persons without exception; the second is solidarity, in the sense that every state is supposed to have a legal interest in their protection.²⁴ The International

22 Kenney, A., *A New History of Western Philosophy*, Oxford University Press, 2012

23 Goldsmith, J.L. and Posner E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005

24 Ragazzi, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, 1997

Court of Justice has provided a carefully selected group of obligations *erga omnes*. These are, as we have known, obligations owed by states towards the community as a whole. An *erga omnes* obligation exists because a universal interest operates in relation to critical rights. This notion was recognized by the International Court of Justice in the decision *Barcelona Traction Case*²⁵

Such obligations *erga omnes* are born in principles concerning the basic principles of the human person, including genocide, protection from slavery and racial discrimination.

In spite of gross violations, human and life-centered values, I argue, are gaining solid ground and international law norms backing them are gradually expanding their scope. International criminal law, specifically, shows the crystallized effort of the global community to prosecute and punish those guilty of crimes offending our deepest values.

A localized yet expanding global public reason, I contend, is emerging in a subtle but firm manner. The international civil society has become the principal agent of a multicultural, multi religious and multinational trend upholding the value of human life. And institutional responses to violence exercised against the right to life, originated in and fostered by communities, take root.

It is ironic that those, the cosmopolitans, who announce the advent of a unified global law, are also the ones who fervently advocate and defend multiculturalism. Multiculturalism as policy promotes the institutionalization and peaceful co-habitation of multiple cul-

tures, nationalities, religions and ethnic groups. The concept of nation is thus inherent to the multicultural phenomenon. Post-modernity, it is my view, instead of weakening the national belief, has reinforced it.

I intend to show that recent Security Council resolutions developing Chapter VII of the UN Charter [Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches to the Peace, and Acts of Aggression] have also provided institutional strength to the national entity.

Both the defense of life and nation are progressively articulating a robust body of international criminal law and international human rights law.

Economic integration is advancing mainly through regional economic and/or trade arrangements complemented by global liberalization as a subsidiary element. An immense structure of international economic and trade law continues to flourish starting out from the basis of national arrangements.

The reconfiguration of the international legal system towards global law is not occurring. Territorial boundaries not only affirm themselves but multiply as a result of renewed nationalism. We live within a complex, decentralized web of bilateral and multilateral agreements between states alongside a body of customary norms. And the binding force of international norms proceeds more dynamically, as pointed out above, where global values are at stake: nation and life.

Globalization viewed as intensified and stable relationships among different ingredients of society finds expression in the present articulation of international criminal law.

25 *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, I.C.J. Reports 1970

5. *International criminal law*

International criminal law has progressed over more than 100 years to become a structured and unified body which prohibits certain categories of conduct deemed by humanity as serious crimes, making judicially accountable responsible individuals.

The Rome Statute of the International Criminal Court [1998] prosecutes and punishes genocide, war crimes, crimes against humanity and the crime of aggression. These crimes exalt and defend both the rights of the individual and the national entity.

It is my contention that international criminal law is becoming a self-contained body of substantive and procedural norms. As a senior legal advisor at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, I argued that that international tribunal should exercise in an active manner its role with regard to pardon, commutation of sentences, early and conditional release for parole; the Statute, the Rules of Procedure and Evidence and the Model of Sentences Agreement gave full authority to the President and Judges to make all final decisions regarding these matters. I wrote in a policy paper that “the automatic transfer [of principles] or passive acceptance of notions from national law into international criminal proceedings and sentences could inadvertently distort the specificity of proceedings and sentences”²⁶, adding that “international law itself provides the

spirit that should embrace the mechanics of enforcement of sentences.”²⁷

International criminal law as a deterring and punishing tool which supports the values of life and nation is, I contend, the most important agent of coincidence of actors operating today in international civil society.

It should not be regarded as a static instrument. In fact, it is creating, I believe, political and legal synergies conducive to an ever-expanding reach of international law.

Other crimes deeply affecting the values of freedom and individual well-being, on the one hand, and the stability of numerous national entities, on the other, seem to be calling for an enlarged list of serious international offenses. A case in point is the production and distribution of narcotics which impacts the deepest well-being of millions of individuals and the stability of numerous national entities.

Terrorism as a crime not yet specifically defined in international treaties, is an additional example of a criminal activity, dealt with by UN and domestic laws, which would expand the current frame of international criminal law, fostered by a global constituency.

6. *Final comments and challenges ahead*

Viewed either as a Western universalist approach assuming a common value system based on Western beliefs through legalistic means or as an inter-civilizational approach²⁸ assuming the existence of plural value systems seeking some form of integration, there is

27 Ibid. p. 12

26 Jaramillo-Ortiz, J.D., Policy Paper on Issues Pertaining to Enforcement of Sentences, United Nations Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, November 1998, p.11

28 Yasuaki, O.A., A Transcivilizational perspective on International Law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, No. 342, 2009

at this point in history –I will insist- a group of conducts abhorred by international civil society.

However, there will be some degree of relativism of varying degrees in the interpretation and policy of human rights. Culture and national laws in many nations discriminate against women and homosexuals. Ethnic considerations recognize higher status to some groups and directly discriminates others. Economic differences frustrate the ideal of equality and well-being for all, without distinction. At the same time it is recognized that relativism, as an inevitable element of multiculturalism, can be a natural expression of diversity within an enormously pluralistic world.²⁹ I hold a progressive evolutionary view of the UN Human Rights Declaration of 1948. Here, again, a patient long term approach is analytically prudent and productive.

Six decades show a transition from repeated brutality which permeated history until World War II to isolated episodes of violence, such as the ones occurred in the former Yugoslavia and New York's World Trade Center, responded energetically both by the global political establishment and international civil society. There is change that I intend to explore. This historic shift has to do with the values of life and nation.

The 1990 Cairo Declaration on Human Rights in Islam states that “all rights therein are subject to the Islamic Shari’ah [law].” The 1980 African Charter is concerned with human rights and peoples’ rights. However, “regional

conventions, by the rights they enumerate and protect, reflect on the whole a universal consensus on human rights rather than individual versions of rights or exclusions of the basic civil, political, and legal rights.”³⁰

Life and nation have started to develop an array of basic protections, progressively accepted and recognized. Genocide describes an ancient crime. The typology, however, is new. Extermination of national, ethnic, religious or racial groups was for centuries an evil dynamic present in human history and very often conceptually justified. This is no longer the case. International society is in the process of shaping strong built-in prevention mechanisms, institutional defenses and instruments of prosecution and punishment.

Social networks –that international community deemed impossible 25 years ago- seem to have been developing and refining values, thanks to modern technologies, which I center on life and nation. A close, methodic examination to what occurs now in the Arab world reveals a collective conscience surrounding not only human but political and economic rights.

I have explained that I view globalization as an episodic, fragmented and non-deterministic occurrence, concentrated on issues of particular importance or need for international community and society. Criminal matters, I argue, are the embodiment of the most prevalent globalization occurrence in modern time.

George P. Fletcher held back in 1998 that “there is much greater unity

29 Gibson, J.S., *Dictionary of International Human Rights Law*, Scarecrow, 1996, p.5

30 *Ibid.* p. 6

among diverse systems of criminal justice than we commonly realize”³¹ There is in fact a deep universal structure at work, in spite of positivist claims to the contrary. Every country has a criminal code, providing diverse answers to similar challenges, and will continue to have one for many years to come. However, it is strong today the belief that an expanding group of very serious crimes needs organized and articulated responses by the international society.

I see a dual process at work where two forces complement and enrich each other: an international community as an active advocate for the transnational values of nation and life, and an international criminal system evolving in multiple ramifications around them.

Why is international criminal law the compact where globalization seems to be operating at its fullest strength? I seek to provide answers to this central question. In an illuminating book written 75 years ago³², Trigant Burrows, founder of group analysis and neuro-dynamics, wrote that behavioral disorders whether individual or social, such as crime and war, were secondary expressions of disturbances deeply rooted in the human psyche. He added that a mechanism, which now functions individually or socially, tends to replace, modify or suppress these human pathologies. The capacity to differentiate between conflicting tensional impulses is, I believe, a salient feature of our time. Collective approaches to respond seem

to be nurtured by the new international community. The study of the dynamics of this process should be a major investigative challenge.

Life and nation, I repeat, are the foundational elements. They are values to be preserved and defended. A multidisciplinary approach will be necessary to explore how international criminal law permeates society today: tools from the fields of history, comparative law, social psychology, sociology and philosophy will be used.

We are at a turning point in history, when societies previously judged inherently adverse to the principles of democracy and human rights are embracing them. The challenge could not be more captivating.

Bibliography

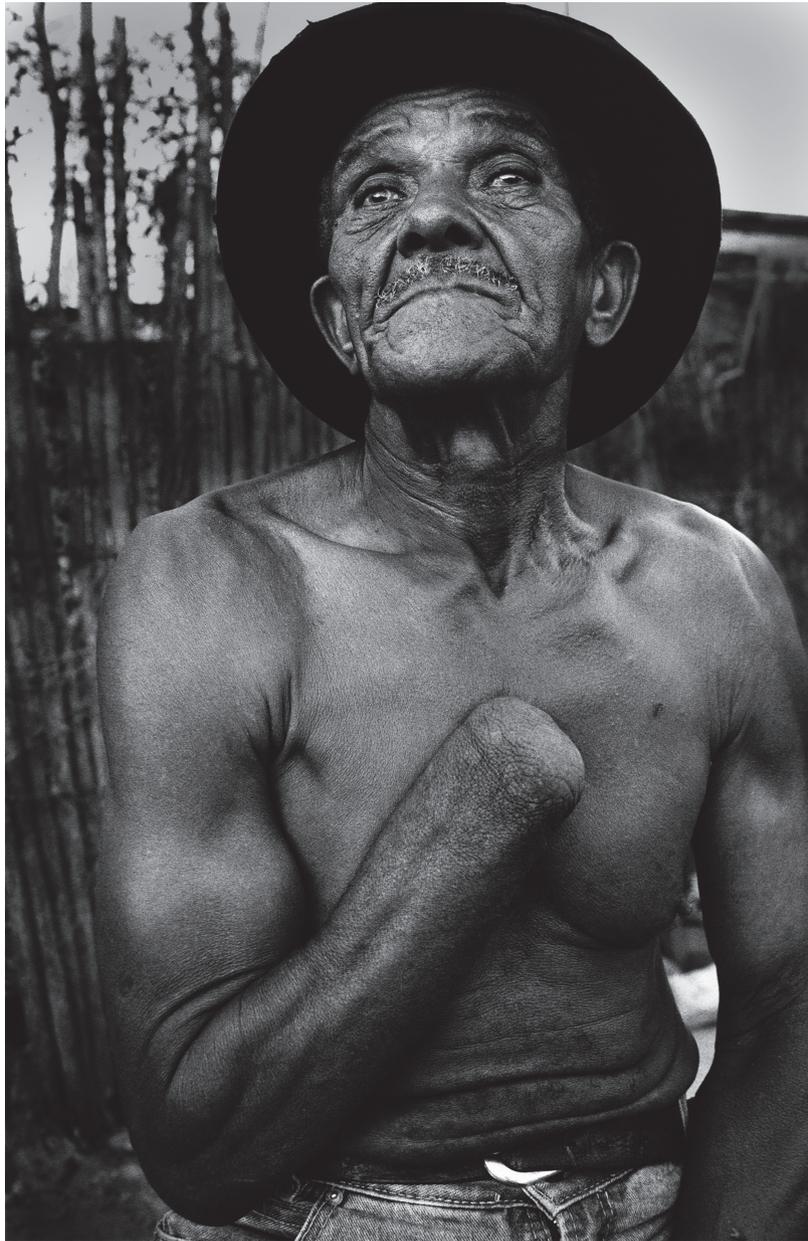
- Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, I.C.J. Reports 1970
- Bederman, D. J., *Globalization and International Law*, Palgrave Macmillan, 2008
- Braudel, F., *Le Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II. Tome 2: Destins collectifs et mouvement*, Livre de Poch, 1993, pp. 80-87
- Burrows, T., *The Biology of Human Conflict*, Macmillan Co., 1937
- Caney, S., “International Distributive Justice”, *Political Studies* 49, 2001, p 101-129; “What is Cosmopolitanism?” *Journal of Political Philosophy*, 2000

31 Fletcher G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, p.4

32 Burrows, T., *The Biology of Human Conflict*, Macmillan Co., 1937

- Carens, J.H., *Culture, Citizenship and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford University Press, 2000
- Cossío Villegas, D., *Extremos de América*, Colección Conmemorativa 70 Aniversario, Fondo de Cultura Económica, 2004
- Dihn, N. Q., Daillier P., and Pellet, A. *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987
- Ferguson, N., *Civilization: The West and the Rest*, Penguin Press, 2011
- Fletcher G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998
- García, F., “Globalization and the Theory of International Law”. Open access by Digital Commons @ Boston College Law School (Discussion Draft), 2005
- García, F., “Globalization, Global Community and the Possibility of Global Justice”. Open access by Digital Commons @ Boston College Law School (Discussion Draft), 2005
- Gibson, J.S., *Dictionary of International Human Rights Law*, Scarecrow, 1996
- Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1990
- Goldsmith, J.L. and Posner E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005
- González-Barros, L., “El Impacto de la Reunificación Alemana y las Alternativas de Colombia y América Latina ante el Mercado Común Europeo”, in document published by the Centro de Estudios Colombianos, May 1991
- Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963 and Waltzer, M., *Spheres of Justice*, Basic Books, 1983.
- Higgins, R., *Problems and Processes; International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995
- Jaramillo-Ortiz, J.D., Policy Paper on Issues Pertaining to Enforcement of Sentences, United Nations Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, November 1998
- Kenney, A., *A New History of Western Philosophy*, Oxford University Press, 2012
- Maddison, A., *The World Economy: A Millennial Perspective / Historical Statistics*, Development Center Studies, OECD, 2007
- Maffetone, S., *Le ragioni degli altri*, Saggiatore, 1992
- Miller, D., *On Nationality*, Oxford Clarendon Press, 1995
- Ragazzi, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, 1997
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Original Edition, Balknap Press/ Harvard University Press, 2005

- Slaughter, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, 2004
- Trachtman, J., *The International Law of Economic Migration / Towards the Fourth Freedom*, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2009
- Yasuaki, O.A., A Transcivilizational perspective on International Law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, No. 342, 2009
- Yee, S., *Towards an International Law of Co-progressiveness*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Os mutilados do sisal 3

Autor: Marcelo Buainain

País: BRASIL

El proceso de paz con las FARC-EP, 2010-2013: descripción y análisis sobre el tema procedimental*

■ Por: *Germán Darío Valencia Agudelo***
*Claudia Gisela Bedoya Tobón****

Resumen

Además de los temas sustantivo y operativo, lo procedimental se ha convertido en asunto básico en cualquier proceso de negociación de la paz en el mundo. A este componente hay que considerarlo antes de iniciar los acercamientos, durante las negociaciones y luego de la puesta en marcha de lo acordado. El artículo hace una descripción y un análisis de la forma como se ha abordado y desarrollado el tema procedimental en el actual proceso de paz que tiene el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo, Farc-ep. El análisis inicia en agosto de 2010 y se extiende hasta hoy (final de 2013) donde se pasa por la segunda fase. Se muestra cómo a esta negociación se le han introducido

* El artículo de investigación es producto del proyecto de investigación “Análisis de incentivos para la desmovilización armada en Colombia” realizado por el Grupo de investigación Microeconomía Aplicada de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia.

** Profesor Titular del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, miembro de los grupos de investigación Hegemonía, guerras y conflicto y Microeconomía Aplicada de la misma universidad y coordinador de la línea de investigación *Conflictos y paz* del primer grupo. Estudiante del Doctorado en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: german.valencia@udea.edu.com y gdvalencia@yahoo.com

*** Estudiante del programa de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia. Miembro de la pasantía “Análisis de incentivos para la desmovilización armada en Colombia” realizado por el Grupo de investigación Microeconomía Aplicada de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: claudiagiselabedoya@hotmail.com

tanto las lecciones aprendidas de procesos pasados –nacionales e internacionales– como los que sugieren los estudios de paz, lo que ha permitido construir un proceso fuerte en lo procedimental.

Palabras clave: Colombia, Procedimientos, Proceso de paz, negociación política.

The peace process with farc-ep, 2010-2013: description and analysis of the procedural issue

Abstract

In addition to the substantive and operational issues, the procedural has become a core issue in any negotiation of peace in the world. This component must be considered before starting approaches, during the negotiations and after the implementation of the agreement. This article gives a description and analysis of how the procedural issue has been developed and addressed in the current peace process between the national government and the Revolutionary Armed Forces of Colombia-People's Army, FARC-EP. The analysis starts in August 2010 and continues today (end of 2013) which goes through the second phase. It shows how both the lessons learned from the past –national and international processes– as the suggesting peace studies, are introduced to this negotiation, allowing to build a strong process in procedural.

Keywords: Colombia, Procedures, peace process, political negotiation.

Introducción

El 15 de octubre de 2013 se cumplió un año de inicio de la segunda fase del proceso de paz del Gobierno Nacional con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo –FARC-EP–. Este es el cuarto intento que hace el Estado colombiano por ponerle fin, a través de acuerdos políticos de paz, a un conflicto armado que cumplirá cincuenta años en 2014. La primera negociación ocurrió en el gobierno de Belisario Betancur, entre 1983 y 1987; la segunda con Cesar Gaviria, entre 1990 y 1991; la tercera con Andrés Pastrana, entre 1998 y 2002; y finalmente se tiene este último intento con Juan Manuel Santos, el cual inició el mismo momento de su posesión como Presidente de la República en 2010 y hoy (diciembre de 2013) se encuentra en desarrollo su segunda fase.

Desde el inicio de la primera negociación con las FARC, en 1983, hasta 2013, el Estado colombiano ha logrado firmar “con trece organizaciones armadas irregulares: ocho Acuerdos Humanitarios y de Cese al Fuego, doce Agendas y Acuerdos Preliminares y de Procedimiento y nueve Acuerdos Finales de Paz” (Valencia, 2012, pág. 147). Este importante historial de procesos de negociación de la paz le ha servido al Gobierno colombiano para incorporar en el actual los aprendizajes acumu-

lados de los tres anteriores con las FARC-EP, los cosechados con los éxitos de otras negociaciones de paz en el país (por ejemplo, con el M-19, el EPL, el Quintín Lame y el PRT) y las lecciones que se han obtenido en el ámbito internacional. El resultado es una construcción de un proceso que, hasta el momento (noviembre de 2013), se cataloga por los analistas políticos y los académicos como acertado (Gonzalez, 2013, pág. 19). El logro que ha tenido se debe, en buena parte, a la manera como se vienen estructurando los temas operativos y procedimentales, tanto en la primera fase de acercamientos como en la segunda de negociación.

El presente artículo expone y analiza la dinámica del tema procedimental en este cuarto intento por pactar la paz con las FARC-EP en Colombia. Para hacer esta reconstrucción analítica se ha recurrido a la información que aparece en prensa y revistas de coyuntura, además a la lectura de los comunicados e informes que de manera individual y conjunta han elaborado los negociadores de La Habana¹. Este material permite evidenciar que este proceso está construido cuidadosamente en lo que respecta a las reglas de juego: las partes encargadas de diseñar las negociaciones han procurado por establecer normas claras de procedimiento y el cumplimiento operacional de las mismas.

El artículo está dividido en tres apartados, además de esta introducción. El primero permite ver desde lo teórico la paz negociada como un proceso, estructurado por fases y donde el componente procedimental es uno de los factores que lo condicionan y determinan. El segundo hace una presentación general de la forma como se ha desarrollado el actual proceso de paz con las FARC-EP, entre agostos de 2010 y noviembre de 2013, utilizando como método de análisis la teoría general de resolución de conflictos y procesos de paz. Finalmente se concluye y se destacan los aciertos y problemas del proceso en lo relacionado con lo procedimental, además el texto se aventura a señalar algunos aspectos en este mismo sentido que son fundamentales para el éxito de lo que resta del actual proceso y la firma de un acuerdo final.

1. La negociación de paz como proceso y su procedimiento

A. La negociación de paz como proceso

Cerca de cien años que llevan los estudios sobre la paz en la academia mundial han servido para que, entre muchas otras cosas, se piense la paz como un proceso. Este tiene unas fases, más o menos definidas, que es necesario recorrer para llegar al establecimiento de una paz estable y duradera (Valencia, Gutiérrez, & Johansson, 2012). Los expertos en procesos de paz coinciden en advertir que este tipo de procesos sigue una secuencia analítica por fases (Bejarano, 1995; Fisas V., 1987; 2004; Harto

1 La página utilizada para este trabajo sobre los comunicados conjuntos fue http://www.humanas.org.co/pagina.php?p_a=33; sin embargo también se utilizó la página del observatorio sobre DDR de la Universidad Nacional http://www.observatoriodd.unal.edu.co/construccion_de_paz.html, debido a que allí se encuentran otros comunicados que también son fuente obligada de consulta para hacer seguimiento a este proceso de paz.

de Vera, 2005): una primera llamada de *acercamiento* o *pre-negociación*, donde las partes se conocen (Bejarano, 1995), construyen confianza (Fisas V. , 2004) y deciden iniciar o no un proceso de negociación, donde en caso de decir sí deben tantearse los temas procedimentales (Harto de Vera, 2005). Una segunda de *negociación* o *diálogo*, donde se busca llegar a un acuerdo; allí se profundizan y se deciden los temas procedimentales y netamente los sustantivos; generalmente estas actividades se hacen en una mesa de negociación (Fisas V. , 2004) y también se realizan consultas a otras partes por fuera de la mesa (Harto de Vera, 2005; Fisher & Ury, 1990) y se llega a un acuerdo final. Por último está la *firma y puesta en marcha del acuerdo* o *implementación de lo pactado*, donde se viabilizan los asuntos acordados y se ponen en marcha –si se estipulan– las reformas económicas, políticas y jurídicas para construir la paz, pues entran en acción los temas operativos (gráfico 1).

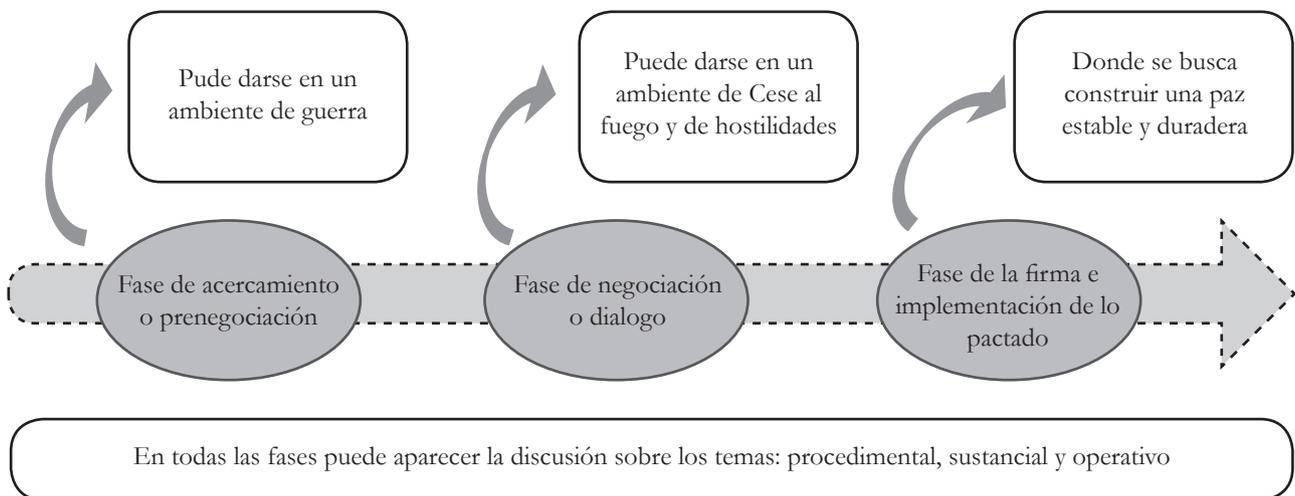


Gráfico 1. División de un proceso de paz por fases

Cada una de estas fases tiene su propio espacio y tiempo, las cuales depende de muchas circunstancias, que están, incluso, separadas de la dinámica externa de guerra y política nacional. Puede existir una separación metódica que coincida con la realidad violenta (la guerra y la paz pueden tener tiempos similares pero espacios distintos). En este sentido García (1992, pág. 31) advierte que aunque analíticamente se puede hacer la separación de estos momentos o fases, en la realidad “algunos de estos tiempos se pueden yuxtaponer”, pueden coincidir en el mismo momento enfrentamientos entre los bandos en el “teatro de guerra” y que en otro espacio se den pre-negociaciones o acuerdos parciales (gráfico 1).

De igual manera se advierte que cada proceso de paz es particular: en unos casos la primera fase puede desarrollarse de manera rápida, en cuestión de semanas, y la negociación tardar varios años o nunca llegase a un acuerdo; también puede presentarse el caso contrario: “durar mucho tiempo los acercamientos y poco tiempo los diálogos” (Valencia, Gutiérrez, & Johansson, 2012, pág. 165). En síntesis, “el camino de la paz puede estar lleno de sorpresas y complejidades, lo que provoca, in-

dudablemente, el alargamiento del mismo. De allí no hay que olvidar que todo proceso de paz es único y requiere un tiempo para madurar” (Valencia, 2013, pág. 21).

Adicional a esta lógica de guerra y paz y de los tiempos y espacios variables de cada fase, también puede darse una confluencia en los temas centrales de la negociación. Cuando se ha optado por conseguir la paz de manera negociada, se convierte a este propósito en un asunto político donde es común que los tres temas centrales paralelamente se discutan en cualquiera de las tres fases (gráfico 1). Es muy probable, por ejemplo, que primero se debatan temas *sustantivos*, los que dieron origen al conflicto, pero al mismo tiempo se consideren asuntos *operativos*, relacionados con el cese al fuego y de hostilidades, y los de *procedimiento*, relacionados con las reglas de juego. Sin embargo, lo procedimental debe de aparecer implícitamente en todas las fases dado que el proceso de paz lo negocian personas que necesitan reglas que regulen su actuar individual y su relación bilateral.

A propósito, Bejarano (1995, pág. 2), sustenta que “las proposiciones de la teoría de la solución de conflictos muestran que los temas sustantivos [...] como procedimentales están formados por cierto número de elementos comunes a toda solución negociada, tales como las cuestiones militares incluidos los derechos humanos, las cuestiones de la democratización y las reivindicaciones de naturaleza social y económica”, sin embargo, independientemente de coincidir o no los tres temas sobre la mesa, cada uno tiene su propio contenido que resulta vital para cada fase del proceso de paz (Tabla 1).

Tabla 1. Temas direccionales en un proceso de paz

<i>Lo Procedimental</i>	<i>Semejanzas de forma</i>
	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas de confianza y voluntad de negociar • Objetivos y prioridades en la mesa • Calendarización del dialogo (hora, día y lugar) • Mecanismo de negociación • Papel de la mediación • Mecanismos de verificación • Confidencialidad • Simultaneidad de los compromisos
<i>Lo sustantivo</i>	<i>Diferencias de fondo</i>
	<ul style="list-style-type: none"> • Condiciones de violencia ex ante al acercamiento • Intensidad de la confrontación • Contexto socio-político • Nivel militar de las partes • Objetivos estratégicos de la negociación • Gestión de recursos económicos • Dimensión horizontal/vertical del dialogo
<i>Lo operativo</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Incompatibilidades básicas que se expresan en forma de conflicto, ya sean ideológicas o territoriales • Naturaleza del conflicto • Conducta de los contendientes • Definición e identificación de los legítimos negociadores • Demandas o peticiones de los grupos insurgentes
<i>Lo operativo</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Separación de las fuerzas contendientes • Cese al fuego y de hostilidades • Desarme, Desmovilización y Reintegración –DDR– • Verificación de lo acordado

Es necesario indicar que los asuntos procedimentales están marcados por dos características fundamentales. Primero, sin importar la naturaleza del conflicto, todo proceso de paz tiene cierta *semejanza de forma*, que describe aspectos generales evidentes al inicio del dialogo y que son las bases de la negociación. Segundo, existen *diferencias de fondo* que se ven enmarcadas por la ideología de cada movimiento armado y por el contexto socio-político (tabla 1). Esto lleva a resaltar la necesidad que las partes reconozcan, identifiquen y mantengan bajo lupa las cuestiones tanto de forma como de fondo, pues al no hacerlo se comete un error costoso, no sólo para el gobierno sino también para la sociedad actual y futura.

B. Lo procedimental en el proceso de paz

Proponer normas, aceptarlas y cumplirlas es un proceso arduo, el cual requiere del compromiso de todos los actores involucrados. Las normas son necesarias en toda transacción e interacción humana, pues estas reducen la incertidumbre y crean los incentivos para que se den los intercambios de cualquier tipo: sean estos políticos, económicos o culturales (North, 1995). En la discusión sobre lo procedimental es donde se logran abarcar estos asuntos normativos o de reglas de juego que se tendrán durante todo el proceso de paz. Los actores de la paz deben establecer normas a lo largo del proceso: antes de iniciar los acercamientos, durante la pre-negociación y las negociaciones y luego de la puesta en marcha de lo acordado.

Siguiendo el orden analítico de los procesos de paz, lo procedimental se incorpora así en cada fase:

1. En los acercamientos

La primera fase del proceso de paz debe pensarse como un espacio donde las partes en conflicto comparten puntos de vista, entre otros asuntos, sobre: ¿cuál es el problema que los llevó a la confrontación?, ¿cómo podría ponerse fin al conflicto?, ¿bajo qué condiciones se sentarán en una mesa?, ¿cómo sería el proceso de negociación?, ¿quiénes entrarían en el proceso de negociación?, ¿dónde, cuándo y con qué garantías se negociaría?, ¿cuáles serían los temas prioritarios?, ¿qué podría acordarse entre las partes? y ¿con qué visibilidad se podría llegar a un acuerdo final?, además de demostrar gestos reales de paz (Fisas V. , 2004). En general, en la fase de acercamiento se abordan y discuten netamente temas procedimentales, pero se penetran contenidos sustanciales y operativos. De la acertada forma como se aborden estos asuntos pueden sentarse las bases para construir el resto de las fases.

Responder a estas preguntas no es fácil, se requiere que los encargados de diseñar el proceso y participar en él estén dotados de una serie de valores y competencias políticas como discrecionalidad, confianza, experticia, convencimiento y necesidad de involucrar terceras partes, entre otros habilidades, que determinan y condicionan el tema procedimental de esta etapa. Tanto la teoría como experiencia adquirida con los diversos procesos de paz realizados en el mundo han mostrado que estos son, entre otros valores y competencias, los que se requieren para pasar a la negociación (gráfico 2).

En síntesis, tanto antes de iniciar la primera fase del proceso de paz como durante ésta, es necesario que

cada bando piense muy bien la forma como se manejará el proceso y discutirán los asuntos procedimentales con la otra parte. Esta fase de acercamiento o pre-negociación debe aprovecharse para

intercambiar ideas y dejar claro la necesidad de establecer reglas de juego claras y respetables durante todo el proceso, de esta manera se estará construyendo una paz firme y duradera.



Gráfico 2. Competencias políticas que se requieren en la etapa de la pre-negociación o acercamiento

2. En las negociaciones

La experiencia en negociación de la paz establece que, por lo general, la transición entre el acercamiento y la negociación está determinada por la construcción y aparición de una *Hoja de ruta*. Esta es un texto o propuesta donde se plasman algunos beneplácitos comunes y no un simple gesto verbal unilateral. En la hoja de ruta se señala, de manera aproximada, el camino que se seguirá en las siguientes dos fases. Para el diseño de esta hoja se requiere conocer tanto a los destinatarios específicos como generales; allí las partes en conflicto —que están a punto de iniciar un proceso de negociación— redactan, de la manera más precisa posible, los asuntos que se discutirán (es decir, lo sustancial) (Fisas V., 2010).

A la par de estos aspectos hay otros que son necesarios trabajar en otras preguntas del mismo componente, como: ¿quiénes son los legítimos negociadores? (delimitar la negociación tanto vertical como horizontalmente, es decir, si se incluirá a la población o sólo intervienen las partes en conflicto), ¿cuál es el rol de cada uno?, ¿cuál sería la agenda?, ¿cuál será el calendario para el diálogo?, ¿quién aportará al proceso? (la forma como se financiará el proceso) y ¿cuál será la forma de utilizar los recursos?. Todos estos aspectos determinan el éxito de la segunda fase, por eso muchas veces las partes recurren a otros actores para discutir estos asuntos y prepararse para el inicio de las negociaciones formales.

Generalmente, la fase de negociación comienza cuando el gobierno da a conocer a la sociedad y la comunidad internacional que se inicia un proceso de paz. Allí se presentan los actores del proceso y los roles que jugarán, se hace pública una agenda de negociación acotada, con temas fundamentales y discu-

tibles, se señala un calendario oficial, se advierte la participación de las terceras partes, se determina el uso de los recursos, se definen las condiciones del lugar donde se negociará (también se define si es necesario negociar dentro o fuera del país), se pone sobre la mesa la transparencia del diálogo e, incluso, los mecanismos de verificación. En esta fase también se evidencia un acuerdo previo sobre lo sustantivo y se logra precisar (reducir, ampliar o mantener) esa hoja de ruta para dar un consenso a las disputas de las partes. Este es un momento fundamental para el proceso; pues pone de manifiesto el esquema general de la negociación y se presenta de manera explícita y clara las reglas de juego que regirán la negociación.

El primer tiempo de la fase de negociación es un momento tensionante dado que pueden aflorar de nuevo las diferencias ideológicas, las motivacionales y los intereses adversos; por tanto, para superar las incompatibilidades e impases que obstaculizan alcanzar una paz firme y duradera, es necesario que se discuta muy bien los asuntos procedimentales, en especial, los asociados al tiempo y el lugar². Estos dos asuntos, aparentemente se pueden considerar como temas triviales y fáciles de resolver, sin embargo, la experiencia ha demostrado que puede ser un verdadero

2 En Colombia, uno de los grandes problemas de los procesos de paz ha estado asociado a fallas en lo procedimental. Por ejemplo, en los diálogos que se tuvieron en Caracas entre el Gobierno y la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar la causa del rompimiento fue, básicamente, lo procedimental: el gobierno propuso negociar con un sello de confidencialidad mientras que la guerrilla propuso 'negociar de cara al país'. Al no ponerse de acuerdo en esto, el proceso que siguió no tuvo frutos.

esfuerzo, un logro parcial o un acuerdo fallido configurar este primer paso. Así mismo, el desenlace de este asunto prevé la consolidación de las próximas posiciones en pro de un posible acuerdo.

Luego de superada esta primera parte de la negociación viene la etapa de poner a prueba las normas de procedimiento elaboradas para la pre-negociación. Aquí, en la práctica de las negociaciones, se observan los vacíos y fortalezas de las reglas de juego. De allí el esfuerzo de los negociadores de respetar las normas existentes y llenar con otras los vacíos, si es que existen. En la negociación es fundamental que las partes respeten los acuerdos iniciales, para ello se invierte tanto tiempo y se pone al servicio la experiencia adquirida. Las variaciones introducidas sólo deben dirigirse a mejorar los intercambios, perfeccionando las normas adoptadas y excluyendo aspectos insustanciales.

3. En la firma del acuerdo y la implementación

Si la negociación es fructífera, se da paso a la tercera fase, en la cual se firma un acuerdo final y se pone en marcha lo pactado. En esta fase es importante señalar que el hecho de firmar el acuerdo para la paz no significa que efectivamente se dé, pues de manera posterior se pueden presentar diversos obstáculos que evitan la ejecución de lo acordado. Por tanto, el acuerdo deberá estar regido por un conjunto de garantías que sean *factibles, realistas y continuas*, y que conforman una serie de cláusulas del contrato bilateral (la evidencia demuestra que existen acuerdos que fracasan en muy corto tiempo por la inexistencia de estos tres componentes). Esta fase básicamente ataca los problemas desde su raíz,

incluye a la sociedad civil y sus derechos humanos, establece un cronograma claro *ex post* y permite la desmovilización y desarme de los alzados en armas.

En esta dirección, el siguiente paso es la fase de implementación o ejecución es la puesta en marcha de lo acordado. En esta etapa entran en juego ciertos aspectos como las normas de cumplimiento de los acuerdos —no es más que los acuerdos unilaterales o las leyes gubernamentales que fortalezcan las garantías de lo acordado—, los sistemas de verificación, las sanciones que se aplicarán en caso de incumplimiento, la veeduría y el rol de las terceras partes (nacionales o internacionales) en caso de ser necesario, los recursos económicos que se necesitarán para hacer efectivos los acuerdos, el conducto regular o canal por el cual los rebeldes estarán a paz y salvo con la sociedad civil y las estrategias de reconciliación y rehabilitación.

Como en las anteriores fases, esta también requiere priorizar cada movimiento, dando un paso en un momento específico, pues de lo contrario se entrará en una crisis de ejecución por intentar de manera apresurada forzar lo acordado. Específicamente la primera y la última etapa (pre-negociación e implementación respectivamente) requieren de un alto grado de paciencia ya que es en ésta donde, por un lado, se empieza a conocer al contendiente y, por el otro, donde se espera que el contendiente cumpla lo pactado.

En síntesis, un proceso de paz tiene que trabajar de manera permanente los temas procedimentales. Estos son vitales para que se desenvuelva el proceso de manera diáfana y constante. Los encargados de diseñar el proceso y los responsables de su buen funcionamiento no deben olvidar lo procedimental: ni en las rondas exploratorias, ni en las

negociaciones, ni en la implementación. Descuidar algún momento, por mínimo que sea, puede resultar en un detonante de problemas que hacen que el proceso falle y que por mucho que se haya invertido en otros aspectos, estas inversiones no obtengan los resultados deseados.

II. Dinámica procedimental del proceso de paz con las Farc-ep: de agosto de 2010 a noviembre de 2013

Colombia está pasando desde agosto de 2010 por un proceso de paz. El Gobierno de Juan Manuel Santos ha decidido entablar por cuarta vez conversaciones con las FARC-EP. La estrategia adoptada ha sido la de construir un proceso de paz dividido en tres fases: conversaciones exploratorias, negociación e implementación (gráfico 1) (De la Calle, 26 mayo de 2013). Este apartado busca presentar de manera resumida la forma como se ha desarrollado el proceso de paz, enfatizando en la dinámica procedimental. Se hace una separación de las dos fases hasta el momento recorridas: se presenta la primera de manera completa y lo que se lleva de la segunda. Luego se destacan algunos de los aspectos que más se discute en lo procedimental en la segunda fase.

A. Las conversaciones exploratorias: el primer y segundo momento de los acercamiento

La primera fase del proceso fue llamada por el Gobierno de “Conversaciones exploratorias” y se puede subdividir en dos momentos: uno que va desde la posesión de Juan Manuel Santos (el 7 de agosto de 2010) hasta julio de 2011, y

otro desde ese momento hasta el inicio de las negociaciones el 17 octubre de 2012. El primer momento se inicia cuando el presidente Santos se posesionó³, dijo en su discurso de posesión: “la llave de la paz no se ha echado al mar”. Éste se convirtió en una invitación directa a la guerrilla para negociar. Y, como se advirtió, para que las partes exploren una salida negociada al conflicto es necesario un real gesto de paz, el gobierno Santos lo hizo desde el primer momento y con ello logró crear un clima de confianza suficiente para iniciar un proceso de paz (tabla 2).

De esta etapa la información que circula en los medios es poca⁴, se dio de manera secreta y confidencial –como debe ser–, a través de cruces de cartas y mensajes entre las partes (Semana, 2012, pág. 28). Sin esta discrecionalidad habría sido muy difícil determinar las verdaderas intenciones de negociar tanto de las FARC-EP como del Gobierno, pues durante este tiempo ocurrieron hitos importantes, que podrían haber derribado cualquier esperanza de paz,

3 Antes de este momento el Gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010) había intentado acercamientos con las Farc-ep para negociar. Sin embargo estos acercamientos realizados por el Alto Comisionado de Paz, Frank Pearl, no lograron concretar el inicio de un proceso. Una vez ganada las elecciones y posesionado Juan Manuel Santos, éste inició con las acciones para la paz. Lo primero fue pedirle a Pearl un informe sobre los contactos y nombrarlo Ministro de Ambiente.

4 Los acercamientos se caracterizaron por ser secretos y en completa reserva. En agosto de 2012 la revista *Semana* realizó una entrevista a Frank Pearl y le preguntó por los posibles acercamientos que tenía el Gobierno con las Farc-ep en Cuba, el cual lo negó todo: “No. No lo soy. De ese tema sólo puede hablar el presidente” (Semana, 2012, pág. 39).

como el abatimiento de Alfonso Cano, máximo comandante de las FARC-EP, el 4 de noviembre de 2011. Aunque también se dieron acciones muy valiosas para la paz como la aprobación en el Congreso de la República de la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, el 11 de junio de 2011. No obstante, lo que se puede decir de este primer momento es que fue decisivo para el inicio del proceso.

Tabla 2. Primera fase del proceso de paz: personas que participaron en las conversaciones exploratorias

		<i>I Fase: Acercamientos</i>	
<i>Fecha</i>		Primer momento Del 7 de agosto de 2010 al 11 de julio de 2011	Segundo momento Del 11 de julio de 2011 al 17 de octubre de 2012
Negociadores	FARC-EP	<ul style="list-style-type: none"> • Pablo Catatumbo: miembro del Secretariado de las FARC-EP. • Rodrigo Granda: liberado durante el gobierno de Álvaro Uribe. • Andrés París: ideólogo de las Farc-ep. 	<ul style="list-style-type: none"> • Jaime Alberto Parra: Alias “Mauricio Jaramillo”, el ‘médico’, sucesor del Mono Jojoy, miembro del Secretariado de las FARC-EP y comandante del Bloque Oriental. • Marcos Calarcá: con amplia experiencia en gestiones diplomáticas de la subversión. • Rodrigo Granda • Andrés París
	Gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Alejandro Eder: Alto consejero presidencial para la Reintegración. • Jaime Avendaño: hombre con larga trayectoria en la Presidencia de la República. 	<ul style="list-style-type: none"> • Enrique Santos Calderón: Exdirector del periódico El Tiempo y hermano mayor del Presidente Juan Manuel Santos. • Frank Pearl: ministro actual de Ambiente y el consejero más cercano de Santos en materia de seguridad y paz. • Sergio Jaramillo: Alto Consejero para la Seguridad.

Fuente: construcción propia basado en información de Semana (2012, pág. 38)

El segundo momento de la fase exploratoria se desarrolló a partir de julio de 2011. Allí el Gobierno cambió el equipo negociador y nombró a otro de más “alto nivel” (Semana, 2012, pág. 28). También, “jugo un importante papel la delegación del Secretariado y la incidencia de Timochenko en los momentos críticos de esas conversaciones” (Gonzalez, 2013, pág. 20). Asimismo, este momento también estuvo marcado por dos hechos muy importantes. Por parte del gobierno, el 14 de junio de 2012, se firma el Marco Jurídico para la Paz. Y por parte de las Farc-ep, el 26 de febrero de 2012, el comandante Timochenko autoriza derogar la Ley 002 de las FARC-EP⁵ (Farc-ep, 2000), con el propósito de no realizar más secuestros extorsivos y liberar a los últimos diez militares y policías que mantenía como rehenes (EFE, 2012). Los dos hechos, a pesar de la naturaleza distinta, fueron leídos como una apuesta real por la paz negociada.

5 Ley 002 de las FARC: sobre la Tributación. En la cual se resuelva “Cobrar el impuesto para LA PAZ a aquellas personas naturales o jurídicas, cuyo patrimonio sea superior al millón de dólares USA” y que “quienes no atiendan este requerimiento, serán retenidos”.

Este momento, del cual se conoce más detalles, se dio en su mayoría en La Habana, Cuba, y otra parte mínima en Venezuela. Cuba prestó unas instalaciones diseñadas para cumbres políticas para que se reunieran las partes a partir de febrero de 2012. Estas conversaciones se dieron en un complejo residencial, estructurado con casas separadas y salones para las reuniones, donde los espacios comunes son escasos para evitar los encuentros e intercambios de ideas en lugares diferentes a la mesa. Fueron 65 encuentros entre ambos equipos de negociación, que duraron seis meses (entre el 23 febrero y el 26 agosto de 2012), en las cuales se realizaron cerca de 10 rondas preparatorias, con una duración entre cuatro y ocho días seguidos.

Se caracterizó este momento porque la mayoría de los voceros permanecieron presentes en las rondas, las discusiones fueron fuertes y profundas, se logró vislumbrar los temas que se plasmaría primero en la hoja de ruta y luego en la agenda de negociaciones (los dos de interés primordial de la guerrilla: lo agrario y la participación política, y los dos del gobierno: el narcotráfico y las víctimas, además de un quinto de dejación de armas y fin del conflicto y uno sexto sobre la refrendación) (Semana, 2012, pág. 29). También se resalta como característica la apuesta decidida de las partes por negociar la paz, lo cual fue claro cuando acordaron que “nada que venga del exterior influye en las discusiones” en un momento en que se presentaban ataques a los campamentos de algunos de los negociadores (caso Mauricio Jaramillo de las FARC-EP).

A pesar de lo anterior, se destaca la completa reserva y confidencialidad con que se llevó esta pre-negociación, incluso en la misma isla, con el objetivo de que los acercamientos no se filtraran en los medios, evitar los shows mediáticos, la politización, la creación de falsas expectativas, el involucramiento de voces enemigas del inicio del proceso y la capitalización política de algo que aún no se daba. Además no se extendieron por mucho tiempo. El pasado nos enseña que procesos de paz en los cuales las conversaciones exploratorias secretas son muy prolongadas, son interpretadas –de existir el rumor sobre estos acercamientos o su conocimiento oficial– como la existencia de una conspiración para dilatar el proceso sin que llegue a ser fructífero, de modo que desmotive a la opinión pública acerca de la buena voluntad de paz. Esto último le ocurrió a las conversaciones de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP en Tlaxcala en la década de 1990.

En síntesis, la primera fase cimentó su éxito en el hecho de que tanto el gobierno como la guerrilla de las FARC-EP colocaron al frente de estas conversaciones exploratorias a personas con las altas cualidades. Los acercamientos se realizaron en el exterior, evitando el despeje del territorio nacional. Se incluyó a la comunidad internacional como terceras partes en el proceso, en este caso Cuba y Noruega, como garantes, y se aceptó que en la fase de negociación se unieran Chile y Venezuela como facilitadores. Finalmente, se accedió sentarse a negociar la paz en un ambiente de guerra, pues el cese al fuego y de hostilidades serían temas para acordar en la mesa⁶.

6 Pese a esta decisión, Fisas (2004, pág. 102) argumenta que “la declaración de un alto al fuego debe ser comunicada y difundida con rapidez, tanto entre los soldados de cada bando como en la sociedad civil, con el objetivo de tener más garantías de que será respetado [...] Es necesario detallar con claridad lo que significa cada compromiso y tener certeza de que todas las partes lo han entendido por igual”.

B. La fase de las negociaciones: aspectos claves

El fin de la primera fase se da el 7 de septiembre de 2012, cuando el Presidente Santos anuncia oficialmente el inicio de las negociaciones y luego de que el 27 de agosto el canal de televisión Telesur informará que el Gobierno de Colombia y las FARC-EP han firmado un acuerdo en La Habana para abrir un diálogo. A la semana siguiente de este informe televisivo, el presidente Juan Manuel Santos, como única autoridad para negociar la paz en Colombia, informó que el 26 de agosto de 2012 se había firmado con las FARC-EP un “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Que las negociaciones se iniciarían en Oslo, Noruega, el 17 de octubre y luego se trasladarían a La Habana, Cuba. Esta cita se dio en Cuba el 6 de noviembre de 2012, donde las partes convocadas se reunieron de cara al inicio de las conversaciones el 15 de noviembre de 2012 (el cual se pospuso dos días más). Durante este tiempo las partes discutieron temas procedimentales, además de asuntos sustantivos como los cinco puntos de la agenda, los mecanismos operativos de la mesa y la participación de terceras partes.

Como rasgos valiosos que tiene esta segunda fase está: una agenda de negociación acotada y precisa, con seis los puntos básicos, los cuáles no han despertado hasta el momento grandes críticas, y más bien se ha valorado el hecho que allí aparezcan por primera vez puntos tan importantes para el inicio de negociaciones como ponerle fin al conflicto y la dejación de las armas por parte de la guerrilla. Se ha incluido el tema de las víctimas y la verdad, que

ha sido uno de los mayores agregados de la experiencia en la última década en Colombia y el mundo. Además es una agenda que, a pesar de su trascendencia, se podría cubrir en poco tiempo. Todo esto muestra un interés por establecer normas claras y respetables.

En el *Primer Informe Conjunto*, que se presentó en La Habana el 21 de junio de 2013, se dio a conocer la forma como se habían realizado los primeros 10 ciclos de negociaciones (a noviembre de 2013 se han realizado seis más). Informe que evidencian el interés tan fuerte sobre los aspectos procedimentales del proceso. En él se describe de manera precisa la forma como ha operado y seguirá funcionando las negociaciones de la paz en su segunda fase. A continuación se hace una síntesis de estos asuntos:

1. Establecimiento de un calendario

Durante los acercamientos con las FARC-EP el Gobierno estableció un calendario para el procedimiento a seguir y posteriormente institucionalizó las conversaciones enmarcadas en la regla que decreta que el contexto socio-económico no afectaría la realización de este acuerdo y que ninguna de las partes podrá interrumpir unilateralmente las negociaciones. Además, las partes basadas en un calendario preestablecido implantaron el compromiso de un dialogo directo y discreto, donde la información al público se daría en tiempos determinados y mediante un representante (De la Calle, 26 mayo de 2013). Se estableció que la duración de los ciclos de negociación es de 11 días, sin embargo, por acuerdo de las partes, algunos ciclos se pueden reducir y otros se pueden extender. El tiempo entre cada ciclo se define según la solicitud y pretensiones de las delegaciones con el fin de prepararse

para todos los puntos, y así, optimizar el uso del tiempo durante cada ciclo (más adelante se muestra la dinámica de las conversaciones).

2. La reglas de la Mesa

Los aspectos generales de las reglas de juego que fueron convenidas en la fase exploratoria, pero de manera resumida se presentan en cuatro principales. Primero, iniciar conversaciones directas e ininterrumpidas sobre los puntos de la agenda acordada, con el objetivo de alcanzar un Acuerdo Final para la terminación del conflicto que contribuya a la construcción de la paz estable y duradera. Segundo, establecer una mesa de conversaciones que se instalará públicamente (un mes después del anuncio público) en Oslo, Noruega, y cuya sede principal será La Habana, Cuba, aunque también se habló de la posibilidad de reuniones en otros países. Tercero, garantizar la efectividad del proceso y concluir el trabajo sobre “los puntos de la agenda de manera expedita y en el menor tiempo posible”, para cumplir con las expectativas de la sociedad sobre un pronto acuerdo.⁷ Finalmente, desarrollar las conversaciones con el apoyo de los gobiernos de Cuba y Noruega como garantes y los gobiernos de Venezuela y Chile como acompañantes; de acuerdo con las necesidades del proceso, se podrá de común acuerdo invitar a otros. (Gobierno de la República de Colombia

y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo, 2012)

En esta fase se ha conservado la decisión de mantener las discusiones de la Mesa en confidencialidad; las discusiones de la Mesa no se harán públicas. En palabras del jefe negociador del gobierno nacional: es una fase “pública pero de discusiones reservadas” (De la Calle, 26 mayo de 2013). Sin embargo, se realizarán consultas a expertos sobre los temas de la Agenda, una vez se ejecute el trámite correspondiente. Luego, buscando garantizar la transparencia del proceso, la Mesa elaborará informes periódicos y establecerá un mecanismo para dar a conocer conjuntamente los avances de los diálogos como estrategia de difusión eficaz (más adelante se expondrán estos mecanismos de comunicación).

Otra de las reglas es que Gobierno Nacional garantizará los recursos necesarios para el funcionamiento de la Mesa, que serán administrados de manera efectiva y transparente. La Mesa contará con la tecnología necesaria para adelantar el proceso. Las conversaciones iniciarán con el punto de *Política de desarrollo agrario integral* y se seguirá con el orden que la Mesa acuerde. También, se definió que las conversaciones se darán bajo el principio que nada está acordado hasta que todo esté acordado (Gobierno de la República de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo, 2012).

3. Los negociadores

La estructura acordada entre las partes para organizar la mesa fueron: 60 personas máximo (30 por cada delegación), 10 representantes por mesa y 5 de ellos tendrán que ser plenipotenciarios (Ver tabla 3). Se puede decir de estas comi-

7 Según el gobierno duraría hasta agosto de 2013, luego se reprogramó hasta noviembre y ahora se habla que será después de las elecciones de 2014 (Valencia, 2013), pues en el acuerdo inicial se dijo que la duración estará sujeta a evaluaciones periódicas de los avances; lo que es apropiado pues cada proceso tiene sus propios tiempos y dinámicas.

siones que la mayoría son negociadores experimentados: por ejemplo se destaca por parte del Gobierno a Humberto De la Calle, quien tiene un gran conocimiento de la política colombiana y participó en la Constituyente de 1991; y de las FARC-EP, donde al menos cinco de los negociadores han participado en los diálogos anteriores, caso Tlaxcala en 1992. Además, se demuestra el peso político que quiere darle la guerrilla a los negociadores, al incluir a Catatumbo, Granda y Márquez hombres todos del Secretariado de las FARC-EP.

Tabla 3. Segunda fase del Proceso de paz: negociadores en la mesa de dialogo en La Habana, Cuba

		II fase: la negociación
Fecha		Del 17 de octubre de 2012 hasta noviembre de 2013
negociadores	FARC ⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Ovidio Ricardo Palmera: Alias Simón Trinidad, quien está pagando una condena de 60 años en Estados Unidos y no ha podido participar en la mesa, sólo se han recibido algunos videos suyos grabados desde la cárcel⁹ • Iván Márquez: segundo hombre del Secretariado de la Farc-ep • Jesús Santrich: ideólogo y cercano a Márquez • Marco León Calarcá: negociador en otros procesos y miembro de la Comisión Internacional • Rodrigo Granda: ‘El canciller de las Farc’, quien también participó en la etapa exploratoria • Andrés París: quien participó en los diálogos de El Caguán hace más de una década, en los acercamientos de 1991 y también en la etapa exploratoria de este nuevo proceso • Hermes Aguilar: que participó en las conversaciones preliminares con el gobierno en La Habana • Rubén Zamora: combatiente activo del Bloque Magdalena Medio • Bernardo Salcedo: también de la Comisión Internacional • Pablo Catatumbo: uno de los artífices de las negociaciones en la fase de acercamientos • Victoria Sandino Palmera: integrante del Estado Mayor del Comando Conjunto Central • Freddy González: integrante del Estado Mayor del Comando Conjunto Central de las Farc-ep • Lucas Carvajal: integrante del Estado Mayor del Comando Conjunto Central de las Farc-ep.
	Gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Humberto de la Calle: Jefe del equipo negociador, ex-constituyente y experimentado político. • Sergio Jaramillo: Alto Consejero para la Seguridad • Frank Pearl: Alto Consejero para la Reintegración y luego Alto Comisionado para la Paz en el gobierno de Álvaro Uribe y actualmente Ministro de Ambiente. • Luis Carlos Villegas: presidente de la Asociación Nacional de Industriales (estuvo en la Mesa hasta noviembre de 2013 y ahora se desempeña como Embajador colombiano en Estados Unidos, en su reemplazo se nombró el 26 de noviembre a María Paulina Riveros y Nigeria Rentería Lozano). • Jorge Enrique Mora: General en retiro por parte del Ejército. • Óscar Naranjo: General en retiro por parte de la Policía.

8 Tanto la Policía Nacional como la Interpol levantaron las órdenes de captura en contra de los miembros negociadores. “Los guerrilleros tienen estatus de “miembros representantes” de una organización armada ilegal que negocia con el gobierno, de acuerdo a la Ley 418.” (Semana, 2012, pág. 30).

9 El 18 de octubre de 2012, debido a que la Farc-ep exigía la presencia en la Mesa de Ovidio Ricardo Palmera (Alias “Simón Trinidad”), preso en Estados Unidos, se dio el primer roce en la constitución de la mesa del diálogo.

4. La participación de terceros: La comunidad internacional

Un actor que ha estado presente tanto en los acercamientos como en la mesa de negociación ha sido la llamada “comunidad internacional”. Una lección de los procesos de paz anteriores en Colombia y de la experiencia internacional es la necesidad de una tercera parte para el proceso, este es un “componente fundamental de cualquier proceso de negociación”, sobre todo en aquellos conflictos que llevan mucho tiempo (Bejarano, 1995). De allí que tanto las Farc-ep como Gobierno eligieron y acordaron la intervención de varios países: en primer lugar se designó a Cuba y Noruega como garantes, países proclives a la paz. El primero es visto como un país que históricamente apoya los diálogos de paz, con una amplia experiencia en temas de paz; y el segundo aportaría, además de su conocimiento y diplomacia con la insurgencia, el escenario y la logística.

Esta comisión se completa con la participación de Chile y Venezuela en calidad de acompañantes, pues su papel ha estado básicamente por fuera de la Mesa y se asemeja más a un apoyo diplomático. El primero es un gobierno de centro derecha propuesto por el Gobierno colombiano; el segundo es más cercano ideológicamente a las Farc-ep. En lo que lleva del proceso se considera que el apoyo de Venezuela ha sido fundamental, este país ha sido un valioso aliado en la búsqueda de una solución negociada al conflicto con las Farc-ep (Delegaciones del Gobierno y las FARC –EP, Septiembre 19 de 2013). Periódicamente los delegados de la Mesa se reúnen con esta comisión internacional para “informarlos sobre el curso y avance de las conversaciones” (Comunicados Conjuntos No. 9 del 24 de enero de 2013, No. 10 del 10 de febrero de 2013 y No. 21 del 10 de agosto de 2013).

En resumen estos cuatro países han ofrecido apoyo técnico y financiero al proceso, han propuesto la creación de las condiciones necesarias para el diálogo, le han dado legitimidad internacional a las negociaciones, han presionado a los bandos para que las negociaciones no se interrumpan y han ayudado a equilibrar intereses contrapuestos, entre otras funciones.

5. Participación de terceros: la sociedad civil

Existen dos formas básicas de negociar la paz: una *horizontal*, que se da directamente entre el gobierno y el grupo insurgente; y otra *vertical*, que incluye al pueblo o a quien afecta el conflicto (Bejarano, 1995). El actual proceso de paz ha elegido la primera forma: un proceso de paz donde las únicas partes que se sientan en la Mesa son los delegados del Gobierno y la guerrilla, con la presencia de representantes los dos países garantes. A pesar de esta norma, desde el principio del proceso las partes han reconocido que el éxito del proceso de paz no está solo en la Mesa, que las “llaves de la paz” también la tienen los partidos políticos, el Congreso de la República, la sociedad civil y todos aquellos actores que hacen parte de la política nacional (e incluso internacional). Son ellos a los que afecta tanto la guerra como lo que se acordará en el proceso de paz. Este ha sido también el argumento utilizado por los negociadores y el resto de los actores para que se les incluya en las negociaciones. Afectando, finalmente, las dinámicas de la mesa; por ello hay que nombrarlas brevemente.

Las Farc-ep y el Gobierno han considerado que las negociaciones no pueden hacerse sin considerar este im-

portante actor; han dicho: “metámosle pueblo” a la mesa de negociación; ya que la debilidad de los anteriores procesos de paz estuvo en buena parte determinada por el papel limitado o casi oculto que tuvo la sociedad colombiana. Desde el inicio del proceso los diversos actores de la sociedad civil han realizado reuniones, foros, movilizaciones y otras acciones con las cuales buscan ser escuchados y tenidos en cuenta en la Mesa de Negociaciones. Todos estos mecanismos se pueden agrupar en dos formas básicas: los foros paralelos a la Mesa y los otros mecanismos de comunicación entre la Mesa y la sociedad civil, propios de un sistema democrático y pluralista.

En cuanto a los foros, hasta noviembre de 2013 se han realizado tres: uno primero sobre Política de Desarrollo Agrario Integral (Enfoque Territorial), el 17, 18 y 19 de diciembre de 2012 en Bogotá; otro de participación política realizado en la misma ciudad entre el 28 y 30 de abril de 2013; y finalmente el tercero sobre Solución al problema de las drogas ilícitas realizado en dos lugares distintos: en Bogotá el 24, 25 y 26 de septiembre de 2013 y en San José del Guaviare el 1, 2 y 3 de octubre del mismo año. Estos foros han sido dirigidos por el Centro del Pensamiento para la Paz de la Universidad Nacional de Colombia y las Naciones Unidas, según lo convocado por la Mesa de diálogo en el Comunicado Conjunto No 12 del 21 de marzo de 2013.

En los mecanismos de comunicación de forma bidireccional están: la creación desde el 26 de noviembre de 2012 del sitio web: www.mesadeconversaciones.com.co, el cual sirve como receptora de propuestas de paz y tiene la función de difundir la información

proveniente de los diálogos (ya que sirve de plataforma para ver y descargar el Acuerdo General, los documentos y comunicados tanto individuales como conjuntos (Hasta noviembre 17 de 2013 se habían producido 28 Comunicados conjuntos), así como ser un espacio para la participación virtual de todos los colombianos. Se dio a alcaldías y gobernaciones un formato único físico de participación para que se realicen propuestas sobre los temas de la Agenda. Se ha implementado una estrategia de difusión como afiches, cuadernillos, videos, cuñas radiales y la copia del Acuerdo General¹⁰.

A pesar de la importancia que tiene la sociedad civil, el Gobierno siempre ha dicho que la participación de este actor en la mesa debe ser limitada: la negociación la hace exclusivamente el gobierno y la guerrilla. El papel de la sociedad civil y de los demás actores por fuera de la Mesa está en la tercera fase de implementación de lo acordado. Donde la sociedad civil, partidos políticos, Congreso¹¹ y organismos de control estarán responsabilizados de garantizar y verificar el cumplimiento de lo pactado.

10 El poder Legislativo colombiano también ha buscado crear espacios para que se dé una comunicación entre la sociedad civil y la Mesa teniendo como mediador al Congreso de la República. Para ello ha fortalecido las ya creadas comisiones de paz del Congreso para que realizara una serie de mesas regionales donde se discutan y presenten sus aportes.

11 Trabajo en el que igualmente han participado otros actores como el Congreso de la República con su Comisión de Paz. En el Comunicado conjunto No. 7 del 9 de diciembre de 2012, la Mesa agradece a esta Comisión “su compromiso con la mesa de conversaciones debatiendo en foros las propuestas con las que la sociedad civil ha participado”.

C. El desarrollo de las negociaciones y de la agenda

La agenda, aunque éste es un tema sustantivo, es importante nombrarla en lo procedimental, pues “la existencia del “Acuerdo General” ha permitido el funcionamiento de la mesa y el avance del proceso” (González, 2013, pág. 21). El actual proceso, como se ha dicho, se caracteriza por tener una agenda precisa y acotada: se pasó de 12 puntos que se tenían en El Caguan a cinco en La Habana. Es decir, se sintetizó la agenda; se pasó de temas difusos y muy complejos como “una revisión de la estructura económica y política del Estado”, cruzando por una reformulación de la deuda externa y los tratados internacionales, a una discusión sobre el desarrollo agrario o las víctimas. Es una agenda que busca hacer algunas reformas y no cambiar a la institucionalidad colombiana. Se negocian asuntos concretos y de bajos costos, asuntos que, según González (2013, pág. 19), “no implique grandes costos en cuento a cambios en el modelo económico o el estructura de poder político”, si se compara los costos en que se incurrirá en comparación con los beneficios que se obtendrán en términos de seguridad: las inversiones.

La agenda está compuesta por cinco puntos, además del tema de la refrendación de lo acordado: dos históricos (el tema agrario y la participación política) y otros recientes como las drogas ilícitas, las víctimas y el fin del conflicto. El 18 de octubre 2012, el Gobierno de Colombia y las Farc-ep pactaron en Oslo la agenda del diálogo donde el primer punto a tratar será el problema de la tierra (el orden de los otros temas sería acordado en la Mesa de Negociación) (Comunicado Conjunto No 3 del

18 de octubre de 2012). La elección de este primer tema fue un acierto pues se acoge y discute de inmediato el tema de interés histórico de las Farc-ep y además es un tema que se venía trabajando desde el Ministerio de Agricultura, lo que hace que las dos partes tuvieran avances importantes (Semana, 2012, pág. 29). En esta misma línea, el gráfico 3 busca ilustrar cíclicamente la segunda fase del proceso de paz, incluidos el tema de participación política y el narcotráfico.

El primer tema comenzó su discusión el 19 de noviembre de 2012 y se extendió hasta el 26 mayo de 2013 donde se presentó el acuerdo parcial al que se había llegado entre las partes sobre el primer punto de la agenda, llamado “Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral” (Comunicado Conjunto No. 16). Luego, como segunda prioridad, el 1 de julio de 2013, se inicia el segundo punto sobre la participación política. En este tema también se llegó a un acuerdo parcial el 6 de noviembre de 2013, culminando el decimosexto ciclo de diálogos, y puesto a luz pública en el Comunicado conjunto No 27. Un tema donde se delineó lo que sería la participación de la guerrilla de las FARC-EP cuando este grupo, una vez que firmen la paz, abandone las armas y se reincorporen al sistema político colombiano. Ambos acuerdos no tienen ninguna validez, pues el acuerdo inicial es “Nada queda acordado hasta que todo esté acordado”. Lo que quiere decir, en palabras de los delegados que “los acuerdos que hemos ido construyendo, están condicionados a que lleguemos a un acuerdo sobre la totalidad de la Agenda y, también, que en la medida en que se avance en la discusión se puedan ajustar y complementar los acuerdos sobre cada uno de los sub puntos” (Comunicado Conjunto No. 16).

Lo que se sabe es que quedan tres puntos pendientes por discutir en la agenda, además del mecanismo de refrendación de un eventual acuerdo que ponga fin al conflicto: las drogas, el abandono de las armas y reparación de las víctimas. Se acordó que el orden de la discusión de los puntos se discute en el proceso. Sin Embargo el tema que sigue en la discusión es las drogas, y el último será el del fin del conflicto.

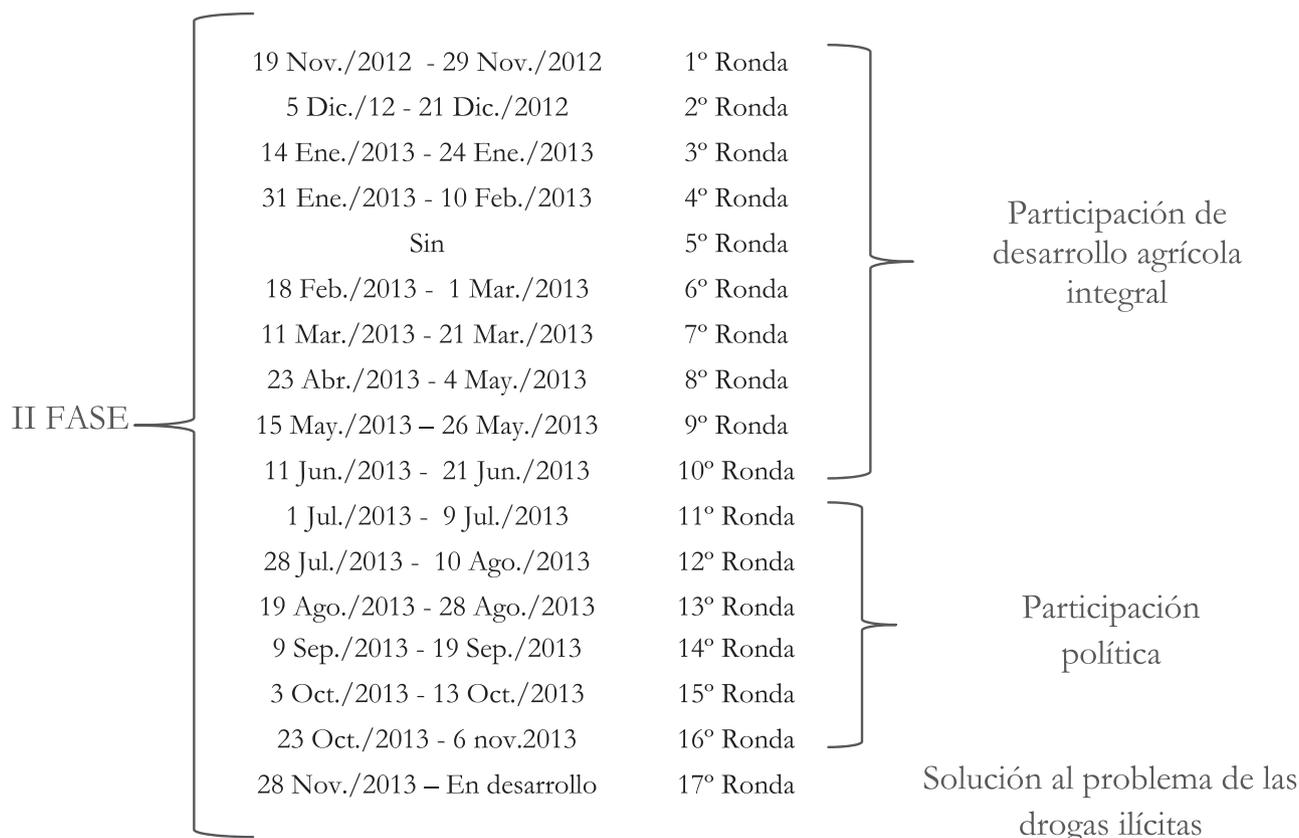


Gráfico 3. Rondas de negociación en la segunda fase del proceso de paz

III. Conclusiones y aspectos críticos en lo procedimental

La intención del artículo ha sido el de llamar la atención sobre la importancia que tiene la discusión de los temas procedimentales en los acuerdos de paz. Presentó y discutió este tema como otro que requiere ser considerado con semejante responsabilidad e importancia a los asuntos sustantivos y operativos. Se argumentó como este aspecto ha permitido el desenvolvimiento del actual proceso de paz de manera clara y sin muchos contratiempos. Y como las mismas delegaciones de negociadores han dicho: “las conversaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP han transcurrido en un ambiente de respeto y espíritu constructivo” (Comunicado conjunto No. 8). En síntesis, el actual proceso ha confirmado que lo procedimental es fundamental.

Como son muchos los asuntos presentados y discutidos en el artículo sobre lo procedimental (las reglas de juego del proceso de paz), aquí se quieren resal-

tar algunos que diferencian el actual proceso de otros tanto con las FARC-EP como con otras agrupaciones guerrilleras: 1) Una división del proceso por fases, la primera exploratoria, la segunda de negociación y la tercer de refrendación e implementación; 2) se realizó una primera fase discreta, con acercamientos en el exterior y una fase de negociaciones también por fuera del país (sin concesiones territoriales); 3) los facilitadores internacionales elegidos tienen legitimidad para ambas partes en la Mesa (FARC-EP y Gobierno); 4) se diseñó y aprobó una agenda precisa en temas a negociar y las discusiones de la agenda se circunscriben sólo a los puntos acordados; 5) las personas delegadas tanto por el Gobierno como la guerrilla tienen altas cualidades y capacidades para negociar, son personas con mucha experiencia en negociación; 6) Hay una disposición de las partes de manera explícita de poner fin al conflicto armado; 7) se ha logrado blindar el proceso de la participación de los medios de comunicación: característica que señala gran prudencia en el proceso.

Hasta el momento, a pesar de las críticas, el proceso marcha bien. Lo procedimental ha contribuido considerablemente a que las negociaciones marchen por buen camino, ya que gracias a la precisión y claridad en las reglas de juego, este cuarto intento de paz con las FARC-EP ha sido el que más ha avanzado comparado con los tres anteriores, pues ya se ha abarcado cerca de la mitad de la agenda de negociación. El tema que mayores retrasos y críticas ha tenido ha sido lo sustantivo: la discusión de los puntos de la agenda, a pesar de ser limitados, ha tenido un efecto tanto en la Mesa como por fuera. El tema agra-

rio, por ejemplo, el cual se pensaba era fácil de abordar ya que se tenía conocimiento de lo que pretendía la guerrilla y el gobierno tenía una propuesta de *Ley de desarrollo agrario integral*, no se ha podido evacuar en su totalidad. A abril de 2013 asuntos como las zonas de reserva campesina, el límite a la frontera agrícola y el diseño de una nueva política de desarrollo agrario integral han sido temas muy controversiales. Lo mismo ha pasado con la participación política y, posiblemente ocurrirá con el tema de las drogas. Sobre estos temas hay muchos intereses en el país y entre ellos unos diametralmente opuestos.

El reto que se avecina es grande, hay que finalizar la discusión de la agenda y poner por escrito el acuerdo final. Luego vendrá la tercera fase, en ella habrá que ratificar por la ciudadanía lo acordado e implementar lo refrendado. En esa otra fase lo procedimental, de nuevo, vendrá a discusión y, como es un tema de interés nacional donde participará mucha gente en el debate, la discusión sobre lo procedimental podrá complejizarse, además porque esta etapa es la más larga. Entre los temas procedimentales que habrá que discutir muy bien estarán los mecanismos de refrendación que se elegirá (Valencia, 2013, pág. 11); la forma como se dará el acompañamiento de la comunidad internacional en la implementación (se pasará de garante y acompañante a inversor, vigilante u otras figuras más activas); los sistemas de implementación y el cronograma; las reglas para las comisiones de seguimiento y verificación y los mecanismos de resolución de diferencias; y el origen de los recursos y su utilización. En definitiva tendrá que pensarse y aplicarse en esta etapa un conjunto de normas nuevas para toda una sociedad, a pesar de que el acuerdo sólo sea con el grupo guerrillero desmovilizado.

En conclusión, se tienen grandes retos, en especial para los actores que tienen la batuta de la paz. Estos deberán recoger las ideas que les llegan desde afuera y combinarlas con sus pretensiones. Ellos deben comprender que las decisiones que toman afectarán, de llegarse a un acuerdo, a toda la sociedad. En este sentido es necesario que entre los negociadores se defiendan el principio de la democracia y de considerar a todas las partes en las decisiones que toman. Así, la tercera fase podría realizarse sin muchas dificultades, entre ellas, la participación política de las FARC-EP.

Bibliografía

- Bejarano, J. A. (1995). *Una agenda para la paz: Aproximaciones desde la teoría de la resolución de conflictos*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- De la Calle, H. (26 mayo de 2013). *Declaración del jefe negociador del Gobierno Nacional en La Habana, Cuba*. La Habana.
- Delegaciones del Gobierno y las FARC-EP. (Septiembre 19 de 2013). *Comunicado conjunto No 24*.
- EFE. (26 de Febrero de 2012). Farc anuncian renuncia al secuestro y libertad para sus últimos rehenes. *El Mundo*, pág. 1. Obtenido de http://www.elmundo.com/movil/noticia_detalle.php?idx=193633&
- Farc-ep, E. M. (29 de Febrero de 2000). *Ley 002: Sobre la Tributación*. Obtenido de Bloques Iván Ríos y Martín Cabellero de las FARC: <http://resistencia-colombia.org/farc-ep/documentos/160-ley-002-sobre-la-tributacion>
- Fisas, V. (1987). *Introducción al estudio de la paz y los conflictos*. Barcelona: Lerna.
- Fisas, V. (2004). *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Barcelona: Paídos Ibérica.
- Fisas, V. (2010). *¡Alto el fuego! Manual de procesos de paz*. Barcelona: Icaria editorial / escola de Cultura de Pau, UAB.
- Fisher, R., & Ury, W. (1990). *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. México D. F.: Compañía Editorial Continental.
- García, M. (1992). *De la Uribe a Tlaxcala: Procesos de paz*. Bogotá: Cinep.
- Gobierno de la República de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo. (2012). *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Obtenido de Ideas para la paz: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/09/Acuerdo-general-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-duradera1.pdf>
- Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, F.E. (2013). *Primer Informe Conjunto de la Mesa de Con-*

versaciones entre el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, FARC-EP. La Habana. Recuperado el 21 de Junio de 2013, de <http://www.eltiempo.com/politica/ARCHIVO/ARCHIVO-12887284-0.pdf>

Gonzalez, C. (2013). En La Habana: el laberinto con salida. En C. Gonzalez, *Conversaciones en La Habana: Claves para construir la paz* (págs. 15-54). Bogotá: Editorial Oveja Negra.

Harto de Vera, F. (2005). *Investigación para la paz y resolución de conflictos*. Barcelona: Tirant Lo Blanch.

North, D. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Semana. (20 de Agosto de 2012). “Yo no soy el hombre de la paz”, p. 39. *Semana*,(1581), 38-39.

Semana. (15 de Octubre de 2012). Así será la negociación. *Semana*(1589), 28-32.

Semana. (17 de septiembre de 2012). Los dialécticos. *Semana*(1585), 38.

Semana. (3 de septiembre de 2012). Secretos de la negociación. *Semana*(1583), 28-30.

Semana. (3 de septiembre de 2012). Secretos de la negociación. *Semana*(1583), 28-30.

Valencia, G. (enero-junio de 2012). Presentación. Sección temática: Negociar la paz: historia, enfoques y aplicaciones para Colombia. *Estudios Políticos*(40), 145-148.

Valencia, G. (5 de Noviembre de 2013). El proceso de paz es incompatible con las prisas y la lógica electoral. (S. d. Comunicaciones, Ed.) *Alma Mater*, pág. 21. Obtenido de http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/Programas/alma_Mater/secciones/analisis

Valencia, G. (5 de agosto de 2013). En discusión mecanismos para refrendar los acuerdos de paz. *Alma Mater*, pág. 11.

Valencia, G., Gutiérrez, A., & Johansson, S. (2012). Negociar la paz: una síntesis de los estudios sobre la resolución negociada. *Estudios Políticos*(40), 149-174.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Os mutilados do sisal 4

Autor: Marcelo Buainain

País: BRASIL

Derechos patrimoniales de herencia y existencia*

■ Por: *Juan Rodrigo Vega Henao***

Resumen

Este artículo corresponde a parte de un capítulo del trabajo de tesis “*Derechos patrimoniales en la gestión socioambiental de ecosistemas estratégicos. Caso en estudio: Corregimiento de Sapzurro, Municipio de Acandí, Chocó*”, que el autor escribió para optar por el título de Magister en Medio Ambiente y Desarrollo, en la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín y fue presentado como Ponencia en el Primer Encuentro de Integración y Socialización de Semilleros de Investigación llevado a cabo en UNISABANETA los días 25, 26 y 27 de Marzo de 2014.

El artículo trata el marco conceptual de los derechos patrimoniales de herencia y existencia, elaborado para el citado proyecto de investigación a partir de referentes académicos y jurídicos, como una propuesta de interpretación legal que permita un acercamiento a las realidades locales y su diversidad, las cuales en últimas, determinan las potencialidades y restricciones que poseen los territorios y su población, para lograr la apropiación de los beneficios del desarrollo, derivados de operaciones del desarrollo, de tal manera, que se puedan generar insumos y herramientas para una más adecuada gestión socioambiental del territorio y sus recursos.

* Ponencia presentada en el primer encuentro de integración y socialización de semilleros de Investigación de Derechos Humanos desarrollado en UNISABANETA los días 25, 26 y 27 de Marzo de 2014.

** Abogado. Especialista en Gestión Ambiental. Magister en Medio Ambiente y Desarrollo. Adscrito al Grupo de Investigación POLEMOS de UNISABANETA. Correo electrónico: juan.vega@unisabaneta.edu.co

Palabras Clave: Gestión Socioambiental, Patrimonio Natural y Cultural, Derechos Patrimoniales de Herencia y Existencia, Sapzurro.

Economic rights and existence of inheritance

This item is part of a chapter of the thesis “Economic Rights in the socio-environmental management of strategic ecosystems. Case study: Township of Sapzurro, Township Acandí, Chocó, “the author wrote to qualify to the title of Master in Environment and Development at the School of Mines of National University of Colombia - Medellín and was given as a Presentation at the First Meeting of Integration and Socialization of Seed Research conducted in UNISABANETA on 25, 26 and 27 March 2014.

The article discusses the conceptual framework of the economic rights of inheritance and existence, developed for this research project from academics and legal sources, such as a proposal to allow a legal interpretation approach to local realities and diversity, which ultimately determine the potentials and constraints that have territories and population, to achieve ownership of development benefits derived from operations of development, so that they can generate materials and tools for a better social and environmental management land and its resources.

Keywords: Social and Environmental Management, Natural and Cultural Heritage, Heritage and Economic Rights Existence, Sapzurro

1. Introducción

Los “*derechos patrimoniales de herencia y existencia*” tienen su sustento principal en el “*derecho a morar*” de las comunidades que históricamente han creado estrechos vínculos con sus territorios, prolongación del “*derecho a existir*” y tener un lugar propio, entendiéndose como tal el reconocimiento histórico a la permanencia en un territorio en el que colectivamente se han desarrollado las diversas formas de relación social y de reproducción cultural.

Los “*derechos patrimoniales de herencia y existencia*”, comprenden no solo una dimensión patrimonial vinculada a la propiedad como derecho heredable y fuente de derechos reales, sino que se extienden a los conceptos de “*territorio*” y “*territorialidad*”, por tanto a un sistema cultural, a un núcleo familiar y vecinal, a unas relaciones sociales con otros y con la naturaleza que dan sentido a la existencia de las personas al interior de un colectivo en un tiempo dado. Se trata de aquellos elementos vitales que le confieren a las personas una identidad esencial y la vez múltiple y unas maneras de relacionarse específicas y adaptables con la naturaleza. Es esta construcción social, simbólica y afectiva la que da contenido al arraigo sobre un espacio físico que se nombra porque se conoce, la que da contenido a los derechos de herencia y existencia, derechos soportados en la aspiración humana de construir un “*lugar*” en el mundo, que como tal contiene y materializa los vínculos con lo real, en tanto es allí en donde se materializan los sentimientos y valores de pertenencia, apropiación,

reconocimiento y valimiento social frente a sí mismo y al colectivo y frente a esos “otros”, frente a la alteridad que da lugar a la identidad propia y diferencial, que en suma expresan la diversidad cultural.

El “lugar” es el escenario de soporte para la reproducción biológica y del sistema cultural que da origen, arraigo e identidad, por el que se juegan los afectos, las relaciones sociales y la existencia misma de quienes están y esperan que siga siendo el territorio para su descendencia.

2. Fundamentos

El origen y fundamento de esta noción parte del reconocimiento mismo de los derechos humanos, los cuales han sido clasificados tradicionalmente en derechos de primera, segunda y tercera generación.

La Corte Constitucional de la República de Colombia ha precisado que esta clasificación tiene un “valor indicativo” del nombre de los títulos y capítulos, y que ha de ser complementada y ponderada a la luz de lo indicado por el artículo constitucional 94, que amplía el número de los derechos “*inherentes a la persona humana*”, al indicar que la mención de algunos no implica la negación de otros (Sentencia T – 108 de 1992). Se concluye en la misma jurisprudencia, que una clasificación taxativa de los derechos fundamentales no es apropiada y que la facultad interpretativa del juez de constitucionalidad es la que define en cada caso “[...] *si se incorporan los valores inherentes a la persona humana en un derecho cuya defensa o salvaguardia se discute, con motivo de su ejercicio, lo que permitiría atribuirle, fuera de los casos ya clasificados y conocidos, el carácter fundamental. Es una solución que tiene en cuenta el carácter evolutivo y dinámico que tiene de suyo la interpretación constitucional [...]*” (Sentencia T – 108 de 1992).

A lo anterior se suma que desde el ámbito del derecho internacional contemporáneo, la división entre las diferentes categorías de derechos humanos no implica de ninguna manera que una categoría sea más importante que otra. En efecto, en el preámbulo de los dos Pactos de 1966, se afirma que todos los derechos humanos están interrelacionados, y son indivisibles, interdependientes e igualmente importantes. Los Estados han confirmado este principio en varias ocasiones, entre las que se destaca el reconocimiento expreso que se hizo del mismo en la “*Declaración y el Programa de Acción de Viena*” aprobado en la “*Conferencia Mundial de Derechos Humanos*” en 1993 (Amnistía Internacional, 2009).

El carácter evolutivo y dinámico de la interpretación normativa por parte de la jurisprudencia y doctrina constitucional al que hace referencia la Corte, puede enmarcarse en lo concebido por Bordieu (2000), acerca de la relación inescindible entre la naturaleza misma del derecho y los esquemas de percepción y apreciación que construyen el mundo social, ante lo cual indica que “[...] *El derecho es la forma por excelencia de discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos. No es exagerado decir que hace al mundo social, pero a condición de no olvidar que está hecho por él [...]*”. Al respecto de los “*esquemas de percepción y apreciación del mundo*” indica Bordieu (2000) que están “[...] *en el principio de nuestra construcción del mundo social, son producidos por un trabajo histórico colectivo pero a partir de las estructuras mismas de este mundo: estructuras estructuradas, históricamente*

construidas, nuestras categorías de pensamiento contribuyen a producir el mundo, pero dentro de los límites de su correspondencia con las estructuras preexistentes [...]”, en ese sentido la evolución de los “derechos humanos”, su reconocimiento y la ampliación de sus alcances e implicaciones en el tiempo constituye un proceso que configura, reconfigura y actualiza los instrumentos jurídicos a realidades y necesidades sociales, económicas y culturales emergentes, que en el momento de su formalización institucionalizada podían no preverse.

Es a partir del abordaje de la situación de las minorías étnicas desde los derechos humanos se hizo, que comenzó a generarse un nuevo marco que en las relaciones jurídicas interculturales en el seno de los países, principalmente a partir de la adhesión amplia al Convenio 169 de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 7^o reunión de la “*Conferencia General de la O.I.T*”. El Estado colombiano integró oficialmente a su ordenamiento este convenio por medio de la Ley 21 de 1991, comprometiéndose a adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Lo anterior, implica la obligación a cargo del Estado de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales, reviste su relación con los territorios que ocupan o utilizan de alguna manera, (en particular los aspectos colectivos de su relación); Igualmente, genera la obligación de salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsisten-

cia, lo que abarcó la realidad cultural de la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes (OIT, 1989). Estos compromisos internacionales tuvieron una influencia filosófica decisiva en la Constitución Política de Colombia que entre sus avances más importantes tuvo consagrar en su artículo 1, el Estado Social de Derecho como principio medular de la organización política.

El reconocimiento de la diversidad multiétnica y pluralista de la Nación y el énfasis en la protección de los valores culturales y sociales encarnados en las comunidades indígenas que aún subsisten en el país, tuvo un renovado impulso que se manifestó en la Constitución Política de 1991, en artículos como el 7^o que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; el artículo 8^o sobre la obligación del Estado de proteger la riqueza cultural de la Nación; el artículo 9^o sobre respeto a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10^o sobre protección de lenguas y dialectos étnicos; el artículo 68 inciso quinto, sobre derecho al respeto de la identidad en materia educativa; el artículo 70, relacionado con la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y el reconocimiento por parte del Estado de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, así como la promoción de la investigación, de la ciencia, del desarrollo y de la difusión de todos los valores culturales de la Nación; y el artículo 72, sobre protección del patrimonio arqueológico de la Nación (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. 1991).

A los anteriores se pueden sumar el artículo 246 en el que se faculta a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; artículo 329 sobre im-

prescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios colectivos de las comunidades étnicas y derecho de consulta previa para la explotación de recursos naturales sobre estos territorios y el artículo 330 sobre autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, no solo como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad, ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, lo que en términos de la Corte Constitucional implica, que “[...] el sistema constitucional ha sido concebido en esta materia a partir del hecho incontrovertible, aceptado por la organización política, de que coexisten en el territorio varias razas y culturas, y sobre la base de que la sociedad y el Estado respetan la identidad de todas y cada una de las comunidades indígenas, sus costumbres, su historia, sus creencias, sus formas de vida y, desde luego, sus territorios ancestrales, que inclusive merecen ser considerados como entidades territoriales, con las características y los derechos que les son propios dentro del ordenamiento [...]” (Sentencia T – 525 de 1998).

3. El derecho al territorio

Uno de los aspectos más destacados en la protección de las minorías étnicas en la actualidad es el “derecho al territorio”, implícito en el reconocimiento del “derecho fundamental a la propiedad colectiva” el cual surge como desarrollo de los artí-

culos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la O.I.T. a partir del argumento fundamental de que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. La protección jurídica del derecho fundamental a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas tiene, además, desarrollo legislativo explícito en la Ley 135 de 1961, artículos 29 y 94; el Decreto Reglamentario 2001 de 1988 y Ley 30 de 1988 artículo 32, mientras que artículo transitorio 55 de las Constituciones Políticas de 1991, abrió la misma posibilidad para las Comunidades Negras, lo cual se concretó con la Ley 70 de 1993.

La Corte Constitucional, al definir el alcance de este derecho destaca que “[...] reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos. El dominio comunitario sobre tales territorios debe ser objeto de especial protección por parte de la ley y de las autoridades. El desconocimiento de él y de sus consecuencias jurídicas quebrantaría de manera grave la identidad misma de las comunidades, implicaría ruptura del principio constitucional que las reconoce y, en el fondo, llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. Si la propiedad colectiva sobre el territorio indígena es un derecho del pueblo correspondiente, la regla correlativa es el respeto al mismo por parte del Estado y de los particulares [...]” (Sentencia T – 525 de 1998).

Al resaltar la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemen-

to integrante de la cosmovisión y la religiosidad de las comunidades étnicas, la corporación indica que “[...] Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat. Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios [...]” (Sentencia T – 188 de 1993).

La naturaleza colectiva del derecho de propiedad de las comunidades étnicas en Colombia tiene antecedente en los preceptos del Convenio 169 de la OIT de 1989, y ha sido acogida por la Corte al indicar que “[...] los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes [...]” (Sentencia T – 380 de 1993).

Esta concepción en el caso de las comunidades étnicas, conlleva un argumento de amplia trascendencia en lo que se refiere a “afirmación positiva”, como es el concebir el “derecho al territorio” en conexión estrecha con el “derecho a la subsistencia” derivado del “derecho a la vida” consagrado en el artículo 11 de la Constitución; en estos términos “[...] La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de

actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social [...]” (Sentencia T – 380 de 1993).

Si bien, el “derecho a la propiedad colectiva” es la más obvia expresión del “derecho al territorio” de las comunidades étnicas, la noción de territorio acogida por la Corte, ha trascendido la visión de ordenamiento espacial tradicional, reconociendo que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales, “[...] no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce.

De ahí que el profesor e investigador de la Universidad Nacional, Juan Álvaro Echeverri, define el vocablo territorio, atendiendo a la cosmovisión indígena así:

“Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades” [...]” (Sentencia SU - 383 de 2003).

En el caso de las comunidades negras la Corte se refirió al “*derecho al territorio*” que les es propio, a partir de la comprensión del proceso histórico - cultural en el que se ha reproducido su sistema cultural y la relación que con el medio natural generó “[...] *procesos concomitantes de búsqueda de libertad y dio lugar a construcciones propias y experiencias individuales, familiares y colectivas acompañadas por “un sentimiento y percepción del territorio como algo singular y propio”, que prefigura el elemento “peculiar y central” de los grupos negros del pacífico colombiano, que constituirá con el tiempo su denominada “etnicidad territorializada”.*

Sentimiento y percepción que asociados a la “identidad del río” se acentuaron con la ocupación de “nuevos espacios por los grupos negros en libertad”, generada por la caída del orden esclavista y la manumisión jurídica de mediados del siglo XIX, proceso “opuesto o superpuesto a las estrategias de integración del Estado, como la mediación de la nueva evangelización católica, el ordenamiento social y territorial en municipios, corregimientos, veredas y una pretendida modernidad política, educativa y cultural”, el que “al mantenerse como una constante en el tiempo, permite que dicha etnicidad pueda ser pensada en términos de una Nación Cultural [...]” (Sentencia T – 955 de 2003).

Como puede observarse el “*derecho al territorio*” no se circunscribe solo al reconocimiento por parte de la institucionalidad de la propiedad colectiva a favor de las comunidades étnicas, ya que como lo anota Coronado (2006), también implica la autonomía, referida a la capacidad de la comunidad a tomar decisiones libres e independientes en la realización de proyectos de desarrollo social, cultural y económico, lo que incluye la no intervención de actores externos en los procesos de concertación al interior de las comunidades y una interacción con otros actores libre de

coacción y con pleno consentimiento. El autogobierno también es expresión del “*derecho al territorio*” en la medida en que busca la pervivencia de la organización política de la comunidad basada en las prácticas tradicionales.

La manifestación a través del “*derecho a la propiedad colectiva*” se encuentra además restringida a la conservación de su carácter comunitario y al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, además de que este soporte territorial, se encuentra protegido por el estatus de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad.

El “*derecho al territorio*” puede entenderse como un “*derecho humano cultural*”, toda vez que para su reconocimiento se parte de la base de las condiciones específicas de existencia de los grupos que reclaman su titularidad, y a la vez genera unas obligaciones para el Estado dirigidas tanto a la realización de acciones activas para su garantía, como al reconocimiento de la autonomía, el autogobierno y la cultura de las comunidades titulares del “*derecho al territorio*” (Coronado, 2006).

Estas obligaciones estatales dirigidas al reconocimiento y protección de las territorialidades étnicas, excluirían al “*derecho al territorio*” de ser considerado como “*derecho civil o político*”, toda vez que se requiere de inversión y prestaciones especiales para la protección de la cultura y la integridad de los miembros de una comunidad titular del derecho. De otro lado, a la luz de la dogmática jurídica, tampoco se podría definir como “*derecho económico o social*” toda vez que la protección de la autonomía que requiere la reproducción cultural y autodeterminación de las comunidades étnicas, requiere del Estado la abstención en la realización de acciones que perturben el

gozo y disfrute de estos derechos. También se advierte frente al “*derecho al territorio*”, un claro componente político derivado de la autonomía en relación con la conformación de la propia organización administrativa que atiende al reconocimiento de las tradiciones y usos sociales, así como en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales de sus territorios en el marco del “*principio del desarrollo sostenible*” y la “*función social y ecológica de la propiedad*”. Una característica notable de este derecho es que su garantía es la base fundamental para la protección, consolidación y disfrute de otros derechos humanos, por lo cual Coronado (2006) lo ubica en la categoría especial de “*derecho humano vector*”, en la cual se enmarcarían entre otros el “*derecho al desarrollo*” y “*el derecho al medio ambiente sano*”.

El concepto de “*derecho humano vector*”, ha sido tratado por el Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo, adscrito a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. En esta instancia se ha discutido la naturaleza misma del “*derecho al desarrollo*” indicándose que “[...] *El derecho al desarrollo como derecho a un proceso de desarrollo no es sólo un concepto global o la suma de un conjunto de derechos. Es el derecho a un proceso que amplía las posibilidades o la libertad de los individuos para aumentar su bienestar y conseguir lo que valoran [...]*”, en ese sentido se describe “[...] *como la mejora de un “vector” de derechos humanos compuesto de varios elementos que representan los distintos derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos [...]*” (Sengupta, 2002).

En ese orden de ideas, cada elemento del vector es un derecho humano, como lo es también el propio vector, ya que el derecho al desarrollo forma parte integrante de los derechos humanos. A su vez todos estos elementos son interdependientes, tanto de manera sincrónica como diacrónica, en la medida en que el ejercicio de un derecho, como por ejemplo el derecho a la salud, depende del grado de realización de otros derechos, tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda o a la libertad y seguridad de la persona, o bien a la libertad de información, tanto ahora como en el futuro. De ese mismo modo, la realización del derecho al desarrollo o el aumento del valor de ese vector se definirían como la mejora de todos los elementos del vector (es decir, de los derechos humanos), o como mínimo de uno de sus elementos, siempre que no empeoren los demás (o se vulnere cualquier derecho). Dado que los derechos humanos son inviolables y que entre ellos no existe prelación, la mejora de cualquiera de los derechos no puede compensar el deterioro de otro. Por consiguiente, la condición para mejorar el derecho al desarrollo es fomentar o mejorar la realización de un número mínimo de derechos humanos, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, sin deterioro o violación de los demás derechos (Sengupta, 2002).

1 El Derecho Humano al Desarrollo fue reconocido formalmente en la “Declaración sobre el derecho al desarrollo”, que en su artículo 1 establece que “[...] *El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales [...]*” (ONU, 1986).

Se puede concluir que los derechos humanos vectores son un derecho integrador en la medida en que procuran el bienestar del ser humano. Toda persona humana es única, compleja y diversa, al unificar un complejo de necesidades y emociones subjetivas en un contexto socioambiental y cultural determinado. Las necesidades humanas no son fisiológicas o materiales, sino también culturales o espirituales, es decir, inmateriales. Los derechos humanos constituyen poderes o facultades que se atribuyen y otorgan a los individuos y a los grupos frente a las múltiples situaciones que abordan en la supervivencia y en la convivencia cotidiana, favorecen el pleno y libre desarrollo de la personalidad e identidad y permiten su máximo bienestar y felicidad. A partir de lo anterior se podría decir que los derechos humanos vectores son derechos síntesis, en la medida en que toda persona es en sí una síntesis que integra las múltiples facetas de un ser humano (Angulo, 2005).

A partir del marco supralegal, constitucional, legal y jurisprudencial del “*derecho al territorio*”, se puede entender desde su conceptualización como “*derecho humano vector*”, que su protección, implica en el caso de las comunidades étnicas la garantía del derecho a la vida, autonomía, autogobierno, participación y consulta sobre la explotación de los recursos naturales.

De igual manera, se garantiza el derecho a la educación, mediante la promoción y protección de un modelo educativo que proteja los intereses de estos grupos frente a la conservación de sus tradiciones y la reproducción de su cosmovisión, en ese mismo sentido, el derecho a la salud se garantiza mediante el respeto de las prácticas de medicina tradicional. La garantía del “*derecho al te-*

rritorio” y la realización del “*derecho a la vivienda*” se hacen posible, teniendo en cuenta que el territorio es el escenario natural en el cual los miembros de las comunidades étnicas habitan. El “*derecho al medio ambiente sano*”, también encuentra condiciones óptimas para su garantía mediante la realización del “*derecho al territorio*” en la medida en que se protegen también las relaciones que las comunidades étnicas han sostenido con el entorno en el cual se ubican.

4. La revalorización del patrimonio cultural natural en función del desarrollo territorial

Conjuntamente con el alcance e incidencia que ha tenido el “*derecho al territorio*” sobre el proceso de afirmación positiva de las comunidades étnicas a partir de la promulgación del Convenio 169 de 1989 de la OIT, han surgido elaboraciones jurídicas afines que amplían el alcance de este derecho, a partir de una reconceptualización y revalorización del patrimonio (cultural natural) en función del desarrollo territorial. La “*Recomendación Relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares a la Vida Cultural*” (UNESCO, 1976), proclamada en el marco de la Conferencia General de la UNESCO 19, reunida en Nairobi en 1976, fue aprobada tomando como base y fundamentación el reconocimiento del “*derecho a la cultura*” consagrado por el artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos que indica que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, así como

a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (ONU, 1948).

En la *“Recomendación Relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares a la Vida Cultural”* se hizo énfasis en el conjunto de los esfuerzos que los Estados Miembros y las autoridades competentes deben emprender para democratizar los medios y los instrumentos de la acción cultural, a fin de que todos los individuos puedan participar plena y libremente en la creación de la cultura y en sus beneficios, de acuerdo con las exigencias del progreso social. Como uno de sus más trascendentales aportes, ésta recomendación amplía el alcance del concepto de *“cultura”*, al definir que incluye *“[...] todas las formas de creatividad y de expresión de los grupos o los individuos, ya sea en sus modos de vida o en sus actividades artísticas [...]”* (UNESCO, 1976).

Esta recomendación concibe que el *“acceso a la cultura”* se perfila desde la *“[...] posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales [...]”*, mientras que la *“participación en la vida cultural”* se entiende como *“[...] la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de expresarse, comunicar, actuar y crear libremente, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad [...]”* (UNESCO, 1976).

A partir de la elaboración jurídica actual del *“derecho al territorio”*, el *“derecho al desarrollo”*, *“el derecho al medio ambiente sano”* y reconceptualizaciones del alcance de los derechos humanos que evidencian instrumentos internacionales como

la *“Recomendación Relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares a la Vida Cultural”*, se podría plantear entonces, que el derecho de las naciones a la conservación de su propia cultura pasa por la protección de los elementos que la identifican, es decir por los bienes materiales e inmateriales que conforman su identidad, o sea por su patrimonio cultural natural, luego se puede decir que la construcción del o los paisajes en el marco de la ordenación territorial resulta un producto cultural producido por el hombre.

La íntima relación entre el territorio y la cultura, es abordada por Giménez (1996), desde tres dimensiones a saber: como espacio de inscripción de la cultura en la que cualquier elemento de la naturaleza se considera como *“bien cultural”*, como marco de área de distribución de instituciones y prácticas culturales espacialmente localizadas y como objeto de representación, apego afectivo y símbolo de pertenencia socio - territorial en el que los sujetos (individuales o colectivos) interiorizan el espacio integrándolo a su propio sistema cultural. En ese sentido, el concepto de *“patrimonio”*, como rasgo distintivo de la identidad cultural de un grupo social, se funda cada vez más en una visión holística del territorio y trasciende el enfoque dirigido a la gestión del patrimonio monumental, la protección de muestras representativas de ecosistemas o sitios singulares de carácter natural y cultural. Esto implica desde lo conceptual y lo operativo plantear una nueva forma de concebir el paisaje, el patrimonio y el territorio, que da lugar al concepto de *“territorio patrimonial”*. El concebir la totalidad o parte de un territorio en la gestión de proyectos de desarrollo desde la perspectiva del patrimonio, puede potenciar el desarro-

llo sostenible en unidades territoriales y contribuir a la consolidación de procesos de desarrollo y ordenamiento en las distintas escalas territoriales.

El concepto de *“patrimonio territorial”* pretendería superar una actitud nostálgica, que circunscribe su atención principalmente a emergencias históricas de diversos tipos, invisibilizando el conjunto complejo de los fenómenos y de los objetos ordinarios que tienen entre sus manifestaciones la genealogía, el proceso de transformación de los elementos territoriales, los elementos de continuidad y de estabilidad, las características de singularidad y de diferencia de los contextos. La descripción del *“patrimonio territorial”* se construye por tanto como interpretación del proceso de acumulación selectiva a través de la cual se identifica y se cuenta no tanto lo que permanece del pasado, sino más bien, aquello que está reactualizado en el presente (Dematteis, G. y Governa, F. 2005).

El papel que tiene el territorio en la construcción de la identidad deriva de la actuación colectiva de los agentes portadores de práctica y de conocimiento en cuanto son productores y reproductores del territorio, y la lógica de referencia identitaria de los lugares. De allí que la interacción entre agentes y lugares (entre actores y territorio) se construye mutuamente en un proceso complejo en el que se entrelazan diversas concepciones del territorio, que van desde una concepción de tipo administrativo (el territorio como espacio de las competencias), una concepción unida a la pertenencia natural dada a los lugares (el territorio como patrimonio o herencia del pasado) y, finalmente, una concepción constructivista del territorio, visto como *“construcción social”* que crea la identidad local en función y en rela-

ción a la acción colectiva de los agentes (el territorio-proyecto), lo cual ha de comprender que el territorio del desarrollo local, entendido como proceso basado en la valorización del *“patrimonio territorial”*, de los recursos y de los actores locales, no puede ser identificado *“a priori”*, no tiene límites, escala o actores preconstituidos, correspondiendo a una *“construcción”* que se realiza como resultado de la acción colectiva de los agentes la cual se ejercita a su vez sobre la materialidad de los lugares (Dematteis, G. y Governa, F. 2005).

5. Reconocimientos al derecho al lugar desde el derecho positivo

En la actualidad se ha puesto de relieve desde los ámbitos socioculturales y jurídicos, un catálogo de derechos de la ciudadanía o urbanos que hacen parte de la necesidad de renovar la cultura política en el ámbito de la ciudad, a partir de la legitimización de las demandas locales y la síntesis entre valores universalistas y prácticas políticas territoriales. Entre otros derechos, se habla del *“derecho al lugar”*, *“derecho al espacio público y la monumentalidad”*, *“derecho a la belleza”*, *“derecho a la conversión de la ciudad marginal o ilegal en ciudad de ciudadanía”*, *“derecho a innovación política”*, *“derecho a la ilegalidad”* y *“derecho a la calidad del medio-ambiente”* (Borja, 2000).

Al respecto son pertinentes los argumentos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados están obligados a informar periódicamente al CDESC

sobre la aplicación del Pacto y sobre la base de la información aportada, el Comité destaca los aspectos positivos y negativos y formula una serie de recomendaciones: sus respuestas a cada Estado toman la forma de observaciones finales. Por otro lado, el Comité emite observaciones generales, que contienen su interpretación sobre cuestiones relacionadas con el Pacto.

La “Observación general 4” del CDESC, abordó el tema del “Derecho a una vivienda adecuada” consagrado en el artículo 11, párrafo 1, en los siguientes términos: “[...] 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento [...]” (ONU, 1966).

El CDESC establece entre otros aspectos que el “Derecho a una vivienda adecuada” tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales: “[...] el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto,

exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. [...]” (CDESC, 1991).

Se destaca igualmente, que el CDESC considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto, y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional (CDESC, 1991). Esta posición es retomada por la “Observación general 7” del CDESC que abordó específicamente dentro del tema del “derecho a la vivienda adecuada” los desalojos forzados haciendo un recuento histórico de la posición de los organismos internacionales frente a esta práctica violatoria de múltiples derechos humanos, concluyendo que se hacía preciso desarrollar el tema de la determinación de “[...] las circunstancias en que son admisibles los desalojos forzados y enunciar las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del Pacto [...]” (CDESC, 1997).

Advirtiendo la ausencia de consenso en la definición y alcances del término “desalojo forzoso” el CDESC lo conceptualiza como “[...] el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos [...]”, haciendo la salvedad de que el caso definido y proscrito se diferencia del “desalojo forzoso” efectuado legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos

Internacionales de Derechos Humanos (CDESC, 1997).

Reconoce el CDESC que la práctica del “desalojo forzoso”, da a lugar a “[...] violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios [...]” y la vincula como práctica común a conflictos armados internacionales, las disensiones internas, la violencia comunitaria o étnica, conflictos sobre derechos de tierras y la incidencia de proyectos de desarrollo e infraestructura, citando casos como la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos (CDESC, 1997).

6. Hacia una definición de los derechos de herencia y existencia

Desde estas aproximaciones a la definición y alcances del “derecho al territorio”, adquieren particular importancia los “derechos patrimoniales de herencia y existencia” que comprenden, no solo una dimensión patrimonial vinculada a la propiedad como derecho heredable y fuente de derechos reales, sino que se extienden al concepto de “territorio” y por tanto a unas relaciones sociales, un sistema cultural que da sentido a la existencia de las personas en un lugar y en un núcleo familiar y vecinal que le confieren su identidad esencial y las maneras de

relacionarse con el entorno natural. La protección de estos derechos tiene el sustento jurídico en la responsabilidad del Estado de otorgar y garantizar este reconocimiento para la protección de lo local ante los impactos del desarrollo y el derecho constituido tanto para la permanencia, los usos, las formas de ocupación y las prácticas del habitar desplegadas en el territorio (Mesa, et. al. 2004).

Se sustentan estos derechos en el “derecho a morar y a la morada”, el cual según Vallaeys (S.f.), deriva directamente de los valores democráticos, en la medida en que la efectividad de éstos regula, da forma, posibilidad de existir a las discrepancias y resolución pacífica y justa a las mismas, permitiendo a individuos y comunidades “morar” en el mundo. El espíritu democrático “[...] no nos dice cómo debemos vivir, cuál es el modo de vida auténtico y correcto para todos, pero nos dice sin embargo a todos qué debemos hacer: seguir los pasos previstos por la ley cuando surge un conflicto, y no declararnos la guerra y buscar la exterminación del adversario. Con todo, los valores “universales” que nuestra Democracia multicultural global defiende y promueve son, justamente: Los Derechos Humanos (como zócalo de la vida común que permite la convivencia entre las diferentes moradas y denunciar a las intolerantes: aquellas moradas que no dan a las demás el derecho a morar); La Tolerancia (a los modos de “morar” diferentes del nuestro); La Transparencia (como regla formal de todos los procesos de la morada pública común); La Responsabilidad Social y Ambiental (para todos los actos realizados en la morada común cuyos efectos podrían dañarla, es decir dañar a todos en ella); el Diálogo (como único proceso legítimo para la solución de los conflictos que se presentan entre moradores). Dentro de este marco ético democrático, los procesos de toma de decisión no pueden estar centrados en la tradición o los argumentos de autoridad (que esta

sea religiosa, política o científica), sino en los debates públicos entre partes interesadas [...]" (Vallaey, (S.f)).

El “*derecho a morar y a la morada*” es el ejercicio mismo del “*derecho de habitar*”, del cual se ha indicado es directamente relacionado con el “*Derecho a la Dignidad Humana*”, por lo que el concepto conjunto de “*hábitat digno*” requiere que “*[...] el hábitat humano presente características adecuadas al desarrollo de cada grupo social. No sólo tiene que ver con la carencia o precariedad de la vivienda, es principalmente el problema de la relación de las personas con el espacio que habitan, de sus prácticas de vida cotidiana en espacios de territorio y bajo condiciones que nos hagan pensar y sentir, que como hombres y mujeres estamos viviendo con calidad. Importa entonces “como es mi casa”, “como es mi calle”, “como es mi barrio” y finalmente es también muy importante “como es mi ciudad”. Pero no sólo se trata de “cómo son” estos espacios físicamente, sino principalmente su capacidad para permitirnos crecer como individuos, interactuar como miembros del grupo social, convivir reproduciéndonos como seres vivos, como seres sociales, como parte de una cultura y un grupo con historia, costumbres y hábitos y como parte de un mundo que cambia cada día [...]"* (Centro Cooperativo Sueco, 2009).

El “*derecho a un hábitat digno*” no se restringe a problemas de orden material como lo indica Cabannes (2000), al establecer que este derecho, “*[...] no puede ser limitado al derecho a la vivienda o a un pedazo de tierra donde vivir de manera segura. Nos invita a recordar que si bien la vivienda y la tierra son los derechos más inmediatos a ser respetados y afirmados, no son más que un primer paso. La afirmación del derecho a un hábitat digno es a su vez parte de un derecho más amplio, del derecho a la ciudad y a una ciudadanía plena y activa. Reafirmamos que el tema de la inclusión social, económica, cultural, política y territorial está contenido en la noción de derecho al hábitat y constituye un objetivo central para los excluidos y las excluidas del desarrollo [...]"*.

Todo lo anterior tiene especial pertinencia en la medida en que la concepción de “*morador*” posibilita una visión en la que el ser humano es sujeto activo y transformador de su territorio, por lo que el ejercicio de la territorialidad exige adoptar una comprensión compleja del ambiente. En ese sentido es el morador mismo el eje central del hábitat, entendiendo como lo referencia Moreno (2002), “*[...] el hábitat como la morada, se desprende del habitar (morar) y el habitar de las prácticas de los habitantes (moradores), parece ser que una entrada evidentemente acertada académicamente y democrática políticamente se encuadra en el punto originario del ciclo el morador en su derecho a ejercer la acción primaria de la existencia: el ser en un lugar [...]"*

La protección del “*derecho a morar y la morada*” fue abordado en el marco del proyecto “*Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia*”, como parte esencial del principio de “*prevalencia de la dignidad humana*” que orienta ésta “*actuación urbana integral*” desarrollada en el marco del Plan de Desarrollo 2004 - 2007 “*Medellín, Compromiso de toda la ciudadanía*”, que contempló dentro de los objetivos, estrategias, programas y proyectos del “*Componente Proyectos Estratégicos de Ciudad*” la adopción del plan parcial y el programa de ejecución en su primera etapa (Mesa, et. al. 2004).

Concibe el “*Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia*” que la protección a moradores es condición ineludible para la prevalencia del “*derecho a la dignidad humana*” por encima de todas las actuaciones, en la medida en que este derecho es principio sustantivo tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales, culturales, colectivos y del ambiente. Es por ello que se con-

cibió como principio orientador de la protección a los moradores el “*derecho a la ciudad*”, el “*derecho al desarrollo*”, a la “*tenencia segura*” y a los “*servicios esenciales*”. La obligación de proteger el “*derecho a morar y a la morada*” a los moradores, como concepto, hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y por tanto es apto para producir efectos vinculantes y orientar la práctica urbanística tanto del Estado como de los sujetos de derecho, ante un peligro inminente de los impactos generados por los proyectos de desarrollo y del reconocimiento de la existencia de derechos constituidos en relación con la *permanencia, la ocupación, los usos y las prácticas del habitar* en el “*territorio*”, elementos que se configuran en la razón de ser de la protección (Mesa, et. al. 2004).

Conclusión

La seguridad en el ejercicio del “*derecho a morar y a la morada*” parte del reconocimiento y por tanto visibilización por parte del Estado, de unos derechos construidos históricamente en el “*territorio*”, por tanto se podría decir que es el ejercicio mismo del “*derecho al territorio*”, lo que necesariamente trasciende la protección del derecho de la propiedad, abarcando “[...] *el derecho de habitar que no es otra cosa que el derecho a morar y a la morada [...]*” (Mesa, et. al. 2004). El reconocimiento del “*derecho a morar y a la morada*” requiere de la aceptación por parte del Estado de una “*construcción social*” que se manifiesta en realidades políticas, sociales, económicas y culturales materializadas en un hábitat particular, una obra colectiva que representa un patrimonio económico y simbólico.

El concepto jurídico en términos de legitimidad ostenta un soporte simbólico que a su vez es un objeto real, trabajado, construido y por lo tanto transformado; en esa medida, el significado de la condición de ser “*morador*” y hacer “*morada*” parte de la pertenencia como fenómeno valorativo, afectivo y vinculante que se construye, deconstruye y reconstruye en forma continua, lo que configura un “*derecho adquirido*” del que se busca su reconocimiento y puesta en valor a través de la lucha por la permanencia en el “*territorio*”, el ejercicio de morar, que se puede expresar tanto en forma colectiva como individual.

De la construcción simbólica y afectiva sobre un espacio se ha indicado que es un “*derecho de existencia*” y por tanto connatural a la condición humana, consistente en la aspiración innata de construir un “*lugar*” en el mundo con un sentido real de pertenencia, apropiación, reconocimiento y valoración. En virtud de esto, el ser humano individual o colectivamente tiene derecho a reproducirse biológica y culturalmente en el lugar que ha contribuido a construir, en el que está arraigado y le proporciona sentido a su vida, por lo tanto el derecho mismo a existir no puede verse desligado del sistema cultural en el que se sustenta (Borja, 2000). Desde la perspectiva del “*derecho a morar y a la morada*” y por tanto de los “*derechos patrimoniales de herencia y existencia*”, se requiere comprender al “*morador*”, en su condición de ciudadano como sujeto de derechos y obligaciones, como sujeto individual y colectivamente inscrito en el territorio y en la historia local y nacional, y colectivamente en la medida en que por su condición humana y existencial se reproduce y tiene descendencia, parentesco, solidaridad,

constituciones inalienables de su propio ser (Mesa, et. al. 2004).

Colombia cuenta con un marco legal y jurisprudencial que sustenta los derechos de herencia y existencia, lo que brinda el soporte para la reformulación, pero especialmente la implementación de políticas públicas, alineadas con las particularidades, necesidades y potencialidades de las poblaciones locales para garantizar la permanencia de los sistemas culturales en los territorios en los que se han desarrollado. En ese sentido, la identificación y revalorización de los recursos culturales territoriales en función del diseño y ejecución de proyectos de desarrollo basados en la gestión integral del patrimonio, queda inscrita en las facultades autónomas que tienen las entidades territoriales para direccionar su desarrollo, la cual debe fundarse como valor esencial en la participación de las comunidades locales, quienes son en últimas las que pueden aportar el conocimiento profundo del lugar en el que han habitado por generaciones, que permita una gestión adecuada al contexto local, respetuosa de la alteridad de las formas de vida y enmarcada en la Constitución misma. Es de esta manera que los “determinantes del ordenamiento territorial” referidos al patrimonio cultural y natural, contemplados en la Ley 388 de 1997, podrán interpretarse más allá de una visión restrictiva que limita su atención principalmente a la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales y expresiones culturales ligadas al patrimonio monumental, hacia la consideración de las dinámicas socioculturales que rigen el uso y aprovechamiento del territorio y que han permitido la configuración del mismo.

Es amplio el desarrollo de la jurisprudencia constitucional acerca de la protección de la diversidad étnica y cultural y la alteridad de las formas de vida de las comunidades étnicas, tema que ha girado principalmente en función de la protección de la “propiedad colectiva” entendida como el reconocimiento legal del soporte territorial que hace posible la existencia misma de estas comunidades, fundada en la reproducción tanto biológica como de su sistema cultural. Si bien ello desde lo legal a supuesto importantes avances en el reconocimiento formal del “derecho al territorio”, viabilizando en el ordenamiento nacional la noción de un “territorio patrimonial”, el tema ha quedado restringido principalmente desde el orden jurisprudencial al reconocimiento de las territorialidades étnicas a partir del principio interpretativo fundado en el axioma según el cual la diversidad étnica y cultural sólo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor jerarquía.

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional. 2009. Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En línea en: www.amnestyusa.org/derechos-economicos-sociales-y-culturales/page.do?id=1021058
- Angulo, N. 2005. El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África - IEPALA -. Madrid.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. 1991 Constitución Política de la Re-

- pública de Colombia. Ed. Temis. 2008.
- Borja, J. 2000. Nuevos derechos ciudadanos como respuesta política a los nuevos desafíos del territorio. En línea en: http://www.campus-oei.org/tres_espacios/icolocquio12.htm
- Bourdieu, P. 2000. Elementos para una sociología del campo jurídico. En: La fuerza del derecho. Uniandes, Pensar, Siglo del Hombre. Bogotá.
- Cabannes, Y. 2000. Asamblea Mundial de Pobladores. Coordinación del Programa de Gestión Urbana de Naciones Unidas, CNUAH Hábitat. México.
- Centro Cooperativo Sueco. 2009. Estrategia para promover un hábitat digno bases conceptuales documento preliminar. En línea en: www.sccportal.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2FLatinamerica%2Fvivienda2009%2F0905_BASESCONCEPTUALES.pdf.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). 1991. Observación general 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Sexto período de sesiones. En línea en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CESCR%20OBSERVACION%20GENERAL%204.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CESCR%20OBSERVACION%20GENERAL%204.Sp?OpenDocument)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). 1997. Observación general 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Decimo sexto período de sesiones. En línea en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/1449.pdf
- Coronado, S. 2006. El territorio: El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia. En: Revista Controversia. Centro de Investigación y Educación Popular. N. 187 Diciembre. Pp: 47 - 81
- Corte Constitucional de la República de Colombia. 1992. Sentencia T - 108. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional de la República de Colombia. 1993. Sentencia T - 188. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. 1993. Sentencia T - 380. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional de la República de Colombia. 1998. Sentencia T - 525. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional de la República de Colombia. 2003. Sentencia SU - 383. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

- Corte Constitucional de la República de Colombia. 2003. Sentencia T - 955, Magistrados Ponentes. Álvaro Tafur Galvis
- Dematteis, G. y Governa, F. 2005. Territorio y territorialidad en el desarrollo local. La contribución del modelo SLOT Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles N. 39. Departamento Interateneo Territorio. Politécnico y Universidad de Turín. En línea en: <http://age.ieg.csic.es/boletin/39/02-TERRITORIO.pdf>
- Giménez, G. 1996. Territorio y cultura. En: Revista Estudios sobre las Culturas Contemporáneas. Universidad de Colima, México. Diciembre año/vol. II, número 4. Pp. 9 - 30
- Mesa, N., Ramírez, N., Guerra, M. Et. al. 2004. Mejoramiento Integral del barrio Moravia, Medellín. Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín. Facultad de Arquitectura, Escuelas de Urbanismo y Arquitectura, Departamento Administrativo de Planeación de Medellín. Convenio Interadministrativo 256 de diciembre de 2002: Segunda fase del proyecto de regularización y legalización urbanística del barrio Moravia y el área de influencia”.
- Moreno, C. 2002. Relaciones entre vivienda, ambiente y hábitat. Cátedra: La vivienda y el hábitat sostenible, Ministerio del Medio Ambiente Bogotá diciembre 9 y 10. En línea en: agora.unalmed.edu.co/docs/cim04.PDF
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1989. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En línea en: www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. En línea en: www.un.org/es/documents/udhr/
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En línea en: www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1986. Declaración sobre el derecho al desarrollo. Resolución 41 - 128, de 4 de diciembre. En línea en: www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). 1976. Recomendación Relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares a la Vida Cultural. En línea: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114038s.pdf#page=146>

Sengupta, A. 2002. Cuarto informe del experto independiente en el Derecho al Desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, presentado de conformidad con la Resolución 2001 - 9 de la Comisión. Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social. Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo. Ginebra, 18 a 22 de febrero de 2002. En línea en: www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/ab09594b2dc65a-0dc1256bdf00521cee?Opendocument

Vallaey, F. (S.f). De la ética local a la ética global: nueva morada, nuevas exigencias en la universidad. Pontificia Universidad Católica del Perú. En línea en: www.udlap.mx/rsu/pdf/1/DelaEticaLocalalaEticaGlobal.pdf



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Os mutilados do sisal 5

Autor: Marcelo Buainain

País: BRASIL

Competências constitucionais ambientais no federalismo brasileiro

■ Por: *Aluísio Celso Affonso Caldas**

Resumo

O objetivo deste artigo é debater o exercício das competências ambientais no federalismo brasileiro, cujas características sugerem um repensar sobre o conceito de autonomia dos distintos entes políticos diante do evidente descompasso verificado entre as práticas de uma política centralizadora face ao que se encontra afirmado no texto constitucional brasileiro. Esta abordagem propõe, portanto, uma rediscussão sobre a forma de Estado diante do caráter deveras centralizador que define a realidade política brasileira, considerando que a distribuição constitucional das competências ambientais deve considerar o caráter fundamental e a relevância transnacional que revestem o tema, sob pena de desconfiguração do Estado Democrático de Direito, face à ausência de legitimidade em seus atos.

Palavras-chave: Constituição; competência; autonomia; direito ambiental.

Abstract

The aim of this article is to debate the exercise of the environmental competencies in Brazilian federalism, which characteristics suggest a rethinking about the con-

* Aluísio Celso Affonso Caldas é especialista em direito processual pela FGV/ISAE, mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas, doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica Argentina e docente universitário.

cept of autonomy of distinct political entities on the apparent discrepancy observed between the practices of a centralizing policy compared to what is stated in the Brazilian constitutional text. This approach suggests, therefore, a new debate about the State's form in front of the real centralizer character that defines the Brazilian policy, considering that the distribution of the environmental accrual basis according to the Constitution, must consider the crucial character and the transnational relevance lining this theme, under the penalty descharacterization of the Democratic State of Law, in face of the absence of legitimacy in its acts.

Keywords: Constitution; competency; autonomy; environmental law.

Introdução

As questões ambientais transcendem os interesses nacionais e ganham dimensão mundial na medida em que, a partir dela, afirmam-se todos os valores que concorrem para a composição do conceito de vida saudável. Os Estados, considerados em consequência do maior ou menor grau de descentralização política que os definem em distintas formas, afirmam-se diretamente responsáveis pela manutenção da qualidade de vida experimentada pelas presentes e futuras gerações em todo o mundo. A descentralização política é, assim, característica importante para a tomada de decisões céleres e eficientes ao controle dos impactos determinados pela atividade produtiva ao meio ambiente, em todo o contexto mundial. É dizer, quanto mais descentralizado for o Estado, tanto maior será a possibilidade de eficácia das atividades que buscam o controle ambiental dos inevitáveis impactos que o processo da vida humana determina. O Estado federal, nesse cenário, apresenta-se como a alternativa viável a esse controle da sadia qualidade de vida, principalmente porque a realidade política que ele apresenta vem a ser a que comporta maior grau de descentralização quando em comparação com as demais formas de Estado.

Contudo, é necessário compreender, desde logo, que não há um modelo universal de federalismo, fato este que sugere a abordagem dessas diferenças com o propósito de criar um contexto adequado à pretendida reflexão sobre o grau de descentralização política experimentado pela federação brasileira e as repercussões que essa realidade determina no campo das questões relativas ao meio ambiente. Para tanto, é indispensável considerar os aspectos histórico-políticos que quiçá possam ter influenciado na formação da atual cultura política nacional e na caracterização da realidade jurídica brasileira, notadamente no campo do Direito Ambiental.

A partir da análise do perfil político-jurídico do federalismo brasileiro que aqui se pretende demonstrar, com ênfase na questão ambiental, almeja-se estabelecer um parâmetro para estudos semelhantes que possam ser desenvolvidos no contexto de outras federações. Com esse propósito, é importante considerar, também, a influência que o Direito Internacional exerce sobre as formulações jurídicas internas de todos os Estados, notadamente o Brasil, bem como alguns pontos relativos à Soberania para, ao final, tentar-se estabelecer uma relação entre todos esses elementos e a definição constitucional das competências ambientais na federação brasileira.

Sem o propósito de afirmar qualquer verdade sobre o objeto desse estudo, busca-se identificar alguns pontos relevantes ao debate mais aprofundado do tema e, ao mesmo tempo, apresentar alguns aspectos da realidade política brasileira que sugere a caracterização de um federalismo de papel, mormente no que se relaciona com o direito fundamental à sadia qualidade de vida.

Aspectos históricos do federalismo brasileiro

A fórmula federalista não se apresenta uniforme no contexto mundial, mas cada Estado federal carrega características próprias que, por vezes, acabam negando a natureza descentralizadora dessa forma de Estado. Essas características são apontadas nas Constituições desses Estados e, muitas vezes, resultam da influência que a experiência histórica dos diferentes contextos nacionais exerce sobre o presente, definindo um maior ou menor grau de descentralização política, a exemplo da realidade federal brasileira, cujo processo de implantação apresentou incontáveis diferenças face à experiência de outros Países, notadamente dos Estados Unidos da América.

Enquanto o federalismo estadunidense nasce da unificação de uma pluralidade de poderes soberanos, envoltos em diversos e intensos debates voltados para a manutenção da descentralização conquistada a duras penas, o federalismo brasileiro surge da realidade centralizada de um Estado unitário imperial, transformando as antigas províncias em Estados-membros, isto em 1889, por meio de um mero decreto, ratificado pela primeira Constituição republicana, de 1891.

Ou a federação advém da agregação de antigos Estados independentes e soberanos que se propõem para a formação de um único e novo Estado, ou nasce ela da desagregação política de um antigo Estado unitário que busca adequar-se ao modelo descentralizado de Estado federal. Essa diversidade de orientação na formação do Estado federal constitui uma das características mais marcantes que diferenciam os modelos de federalismo verificados no cenário mundial.

O Estado brasileiro nasceu como Império, em 1822, e experimentou apenas dois reinados. O primeiro reinado, com caráter autoritário e despótico, teve início em 1822, mas, em 1831, o Imperador D. Pedro abdica do trono brasileiro. O segundo reinado foi mais longo, pois surge em 1831 e dura até 1889, quando foi interrompido pela tomada do Poder por parte da elite política da época, com apoio militar, que logo cuidou da designação de um governo provisório e da dissolução da Câmara de Deputados. Por um mero decreto, a República foi proclamada e, no mesmo ato, afirmou-se a forma federativa do Estado. Em sua Teoria Geral do Estado, Sahid Maluf¹ cita Rui Barbosa, um dos idealizadores do Estado republicano e federal brasileiro que, em posterior crítica formulada à realidade em que se havia transformado o projeto federativo que ajudou a conceber, afirma:

1 Maluf, Sahid, *Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 202.

Eis o que vem a ser a federação do Brasil; eis em que dá, por fim, a autonomia dos Estados, esse princípio retumbante, mentiroso, vazio de vida como um sepulcro, a cuja superstição se está sacrificando a existência do país e o princípio da nossa nacionalidade.

A estrutura do federalismo brasileiro na Constituição de 1891 seguiu o modelo estadunidense, desconsiderando as diversidades de toda ordem entre os dois Estados, resultando numa absoluta dissonância entre o conteúdo do texto constitucional e a realidade. As disparidades com o modelo de descentralização estadunidense se acentuaram nos anos seguintes, especialmente diante da política dos governadores, levada a cabo pelas oligarquias que dominavam o país. A utilização reiterada da intervenção federal mitigou a autonomia dos Estados-membros brasileiros, mormente a partir da Revisão de 1926.

A Revolução de 1930 fez retroceder, de fato, o Estado brasileiro à forma de Estado Unitário. Isto é bem visível no texto do Decreto N° 19.398, editado em 11 de novembro de 1930, o qual designava um interventor federal para cada Estado-membro, exercendo não só o poder executivo, como também o poder legislativo. Getúlio Vargas, chefe do Governo Provisório, em 1934 convoca a Assembléia Nacional Constituinte para, no ano seguinte, entregar, ao Brasil, a sua nova Constituição Federal.

Em 1937, após um golpe de Estado, Vargas determina o fechamento do Congresso Nacional e outorga nova Constituição. O novo texto constitucional hipertrofiou os poderes da União e concedeu mais forças ao Presidente da República, sob a alegação de que as instituições estavam em perigo imediato diante das novas formações políti-

co-partidárias surgidas no mundo. O federalismo, nesse contexto, não passava de mera expressão inobservada e sem força, embora formalmente estabelecido no texto constitucional.

Na constituinte de 1946, o tipo de federalismo adotado desperta a indignação de juristas ilustres, como Mário Mazagão e Ataliba Nogueira, dentre outros que se expressavam alertando sobre o crescimento da esfera de competências da União e a descaracterização do Estado federal. Nesse cenário, a lição clássica de João Barbalho sobre o federalismo – *A União nada pode fora da Constituição; os Estados só não podem o que for contra a Constituição* – torna-se um simples princípio teórico, sem praticidade.

A Constituição de 1967, fruto de outro Golpe de Estado e de modo semelhante ao que foi feito em 1937, ampliou os poderes do Presidente da República, atribuindo-lhe competências legislativas para, com o uso de decretos-leis, dispor sobre assuntos de finanças públicas e segurança nacional, fortalecendo, ainda mais, o poder central.

Em outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte promulga a nova Constituição brasileira, chamada de Constituição Cidadã, com a proposta de descentralização política, incluindo os Municípios como entes federados.

A tendência centralizadora do federalismo brasileiro, como demonstrado, prevaleceu em diversos momentos ao longo de sua história política, o que se apresenta sintetizado nas seguintes palavras de Oswaldo Trigueiro²:

- 1) a federação resultou da descentralização de antigo Estado

2 Trigueiro, Oswaldo, *Direito constitucional estadual*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 47-48.

unitário, através da qual a República converteu em entidades políticas autônomas as antigas Províncias do Império, originárias das Capitânicas da era colonial; 2) as Constituições de 1891, 1934 e 1946 modelaram um Estado nitidamente federal, no qual as subdivisões políticas seccionais tinham a competência da auto-organização e do autogoverno e exerciam, com independência, os poderes que lhes eram reservados pela Constituição da República; 3) a Revolução de 1930, praticamente, destruiu a Federação, porque – salvo no precário interregno de 1935 a 1937 – os Estados, privados das prerrogativas do regime representativo, e destituídos de suas Assembléias, foram governados, discricionariamente, por delegados do governo central, de feição ditatorial; 4) a Revolução de 1964 manteve formalmente as instituições estruturadas em 1946, inclusive quanto ao regime federal, mas reduziu a já estreita autonomia dos Estados, quer pela ampliação da competência legislativa da União, quer pela ampliação da faculdade de intervir nos negócios peculiares dos Estados, afastando do exercício os órgãos do governo regularmente eleitos... Por último, a Constituição de 1967 agravou a debilidade da estrutura federal, ao estabelecer que a Constituição da República pode ser reformada, dentro de sessenta dias, por maioria dos votos dos membros das duas Casas do Congresso.

O caráter cíclico que o processo de centralização do poder no federalismo brasileiro apresenta, sugere o questionamento sobre até que ponto houve progresso na experiência federalista na-

cional. Para alguns estudiosos do tema, esse processo revela autêntico retrocesso, tal como argumenta José Luiz Quadros de Magalhães³:

A federação descentralizada de 1891 recua no grau de descentralização em 1934 e 1946, sendo que na Constituição social-facista de 1937 a federação foi extinta. A conexão entre autoritarismo e centralização é muito forte na nossa história. Nas Constituições de 1967 e principalmente de 1969 (a chamada Emenda n.1) temos uma federação nominal, sendo que de fato o Brasil retorna a um Estado unitário descentralizado, mas autoritário. Lembremos que os requisitos básicos de um Estado unitário descentralizado não estavam presentes em 1969: personalidade jurídica própria e eleição dos administradores regionais. No Brasil da ditadura pós-64 e com a Constituição de 1969, os governadores não eram eleitos, assim como os senadores.

Com a Constituição de 1988, visualiza-se certa ruptura com a tendência centralizadora, a partir da inclusão dos Municípios como entes federados, num nítido esforço para avançar rumo a um novo federalismo centrífugo. Contudo, apesar da inovação, ainda sob a ótica de Magalhães, “o número de competências destinadas à União em detrimento dos Estados e Municípios é muito grande, fazendo com que tenhamos um dos Estados federais mais centralizados do mundo.”⁴ Diferentemente, Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵, diz ser correto “afirmar que não é a União que detém em nosso ordenamento jurídico o maior

3 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

4 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

5 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 62.

número de competências exclusivas e privativas. (...) os Estados, os Municípios e mesmo o Distrito Federal passaram a partir de 1988 a ter maior autonomia no sentido de poderem legislar sobre grande número de matérias”. Abordando a questão da formação e desenvolvimento do federalismo no país, Vladimir Passos de Freitas⁶ entende que “no Brasil a autonomia estadual sempre foi tímida, incompleta, vista com desconfiança”. A razão para tanto está na origem, continua o citado autor, “pois, ao contrário da grande nação do hemisfério norte, aqui a alteração ocorreu só no papel”.

A regra, por conseguinte, acabou sendo a tradição centralizadora, que tem caracterizado a experiência federal brasileira, ainda fortemente influenciada pela cultura política advinda do modelo que se consolidou no Império – o Estado unitário. Em que pesem as diversas variáveis e fatores de explicação para essa histórica tendência do federalismo brasileiro à centralização, pode-se concluir, ainda com Vladimir de Freitas, “que os Estados jamais gozaram da independência existente no modelo em que nos inspiramos”.

A discussão apresentada ao longo dos anos da República sobre o modelo de federalismo brasileiro, longe de estar ultrapassada, é cada vez mais atual e necessária para a adequada compreensão da atuação do Estado no contexto interno e externo. A análise da soberania no Estado federal é outro ponto que desperta certa polêmica entre os estudiosos, sendo certo que nenhum ente federado é soberano, senão autônomo,

conquanto o exercício da soberania seja acometido à União. Assim, é fundamental que os todos os entes federados disponham de competências próprias, garantindo-lhes verdadeira autonomia, sob pena de descaracterizar o modelo federal de Estado com a supremacia do poder central, o que sugere a realidade do modelo regional, ou mesmo do modelo unitário de Estado. E além dessa discussão travada no âmbito político interno da federação, há de ser considerado o papel do Estado no contexto internacional, onde se vislumbra o crescimento dessas normas e a consequente relativização do conceito tradicional de soberania.

A soberania estatal e a *communitas orbis*

A crescente atribuição de competências, pelos Estados, às organizações supranacionais, bem como os avanços verificados no campo de atuação do direito internacional em detrimento do direito interno, são fatos que exigem e justificam a reavaliação dos conceitos de soberania e de Constituição.

Diversas são as tensões que surgem em torno da polêmica verificada entre ordenamento jurídico interno e externo, a exemplo da soberania e questões relacionadas a meio ambiente, tributos, comércio, direitos humanos, desarmamento, e geopolítica, dentre tantas outras problemáticas. A noção de soberania apresenta conteúdo bastante variado, no tempo e no espaço, apresentando como precedentes a *autarquia* na antiga Grécia; a *suprema potestas* ou *imperium* entre os romanos; *superanus*, *supremitas* ou *super omnia* no latim medieval; e o poder de *suserania* nas monarquias medievais, embora

6 Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

comportem sentidos distintos. Nenhum desses termos, contudo, corresponde ao atual sentido atribuído à expressão *soberania*, qual seja, uma qualidade do poder do Estado caracterizado pela supremacia interna e independência externa.

A noção de soberania estatal que hoje se propaga diante das pressões neoliberais globalizantes e do discurso de uma comunidade internacional é, portanto, bastante distinta da que se empregava na fase de formação do Estado moderno, sob o governo das monarquias absolutistas. Se na fase do mercantilismo a soberania era favorável às mudanças que fizeram extinguir o velho regime, nos dias atuais esse caráter *progressista* representa um entrave à mundialização do neoliberalismo, um obstáculo aos interesses da globalização, uma vez que aquela visão de soberania primava pela supremacia do ordenamento jurídico interno sobre o externo, reflexo da primazia dos interesses nacionais sobre os estrangeiros, imperiais sobre os globais.

Dalmo Dallari⁷, apoiando-se em Jellinek, afirma que o importante fundamento histórico para a Antiguidade não ter chegado a conhecer o conceito de soberania foi o fato de que faltava ao mundo antigo distinguir entre o poder do Estado e outros poderes. Segue aquele autor dizendo que, de fato, “as atribuições muito específicas do Estado, quase que limitadas exclusivamente aos assuntos ligados à segurança, não lhe davam condições para limitar os poderes privados.” Embora interessante essa observação, a História apresenta exceções, como na Grécia antiga, berço da civilização ocidental, onde a democracia

surgiu como forma de participação dos cidadãos nas decisões que interessavam a Atenas⁸, onde o poder público se apresentava apartado do poder privado e do poder religioso, e as idéias de lei e justiça expressavam a vontade coletiva pública em oposição à tradicional prática imperialista.

De acordo com o teórico, jurista e filósofo francês, Jean Bodin (1530-1596), no capítulo VIII do Livro I de sua obra *“Les Six Livres de la République”*, publicada em 1576, “soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”, empregando o termo *soberania* no francês, *souveraineté*, em derivação das expressões latinas *superannus* e *supremitas*. Com esse fundamento, a *soberania* passa a ser compreendida como expressão do poder maior do Estado, ou seja, seu grau máximo de autoridade, progredindo em sua caracterização enquanto supremacia na ordem interna e independência na externa.

A soberania vista, assim, como um sinônimo do poder de autodeterminação que não admite outro poder que lhe seja superior ou mesmo que lhe seja concorrente dentro de um único território, designada como soberania absoluta, é rejeitada no contexto das especificidades contemporâneas. Mas a idéia de soberania absoluta foi importante, a seu tempo, para garantir os fundamentos do Estado moderno, cujo desenvolvimento histórico desperta para o conceito de Estado dos nacionais, ou Estado-Nação, uma vez que somente um poder supremo e ilimitado poderia justificar o *levi-tã*. A denominada soberania nacional ou externa revela, assim, a marca característica do poder estatal, que possibilita a autodeterminação do Estado perante

7 Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 82.

8 Cidade-Estado centro da vida política, econômica e cultural dos antigos gregos.

outros Estados. Bem por isto é que o estudo do poder no Estado moderno denuncia que quando não há soberania, não há direito.

Darcy Azambuja⁹, nessa perspectiva, afirma que “o poder próprio do Estado apresenta um caráter de evidente supremacia sobre os indivíduos e as sociedades de indivíduos que formam sua população, e, além disso, é independente dos demais Estados. A esse poder peculiar do Estado, a essa potestade, os escritores clássicos denominavam *summa potestas* ou soberania.” Um poder político, segundo Marcelo Caetano¹⁰, “supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.”

Na doutrina do teólogo renascentista Frei Francisco de Vitória (1492-1546), cujos fundamentos buscavam justificar as conquistas e colonizações de sua Espanha no novo mundo, verifica-se a idéia de uma ordem mundial regida pelo Direito Internacional, produto da conjugação das vontades estatais, o qual se afirma hierarquicamente superior ao direito interno de cada Estado soberano¹¹. O conceito de soberania era, assim, bastante flexível em face da idéia

de *communitas orbis*, o direito comum a todos os povos.

Com sua doutrina, Hugo Grotius (1597-1645) retira o papel constituinte de Deus para a formação de um direito do gênero humano. Hobbes, em momento seguinte, considera que somente existe Estado soberano por força de um projeto racional e físico, onde os poderes individuais são confiados ao *Leviatã* diretamente ou por delegação representativa, atribuindo à soberania característica de poder pacificador necessário à contenção da beligerância do estado de natureza (a guerra de todos contra todos).

A base contratualista, identificada em Hobbes, ganha nova dimensão com a doutrina de Rousseau, cujas verdades afastam, em definitivo, a idéia de soberania dos príncipes. Segundo as bases da soberania popular ou interna, a capacidade normativa é condicionada e traduz a idéia de outorga e coordenação entre Povo e autoridade, sendo o fundamento do regime democrático. A coletividade, num dado território, ainda que através de um regime representativo, escolhe seu próprio destino.

Essas concepções de *soberania* apresentadas não satisfazem à atual realidade política e econômica mundial, cenário este que exige certa flexibilidade do poder estatal aos rogos do direito e do interesse internacional. Por isto mesmo é que o atual conceito de soberania deve revelar uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal. Essa noção guarda correspondência com a concepção realista de soberania, sustentada por Bigne Villeneuve¹² ao dispor que soberania não constitui um poder, mas uma quali-

9 Azambuja, Darcy, *Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Globo, 2001, p. 49.

10 Caetano, Marcelo, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 169.

11 Ferrajoli, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho.

12 Villeneuve, Marcel de La Bigne, *Traité général de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1929.

dade do poder do Estado, qualidade de supremacia derradeira e mais extrema que, num dado domínio, pertence ao referido poder.

A expansão das competências das organizações supranacionais, bem como o progressivo crescimento do campo de atuação do direito internacional são fatos que definem uma nova realidade política e jurídica mundial, o que propõe uma re-discussão do conceito de soberania.

A Competência dos Estados-membros no Federalismo brasileiro

No atual contexto político mundial, o Estado assume o perfil democrático, submentendo-se aos imperativos constitucionais respectivos. A noção de competência, nesse cenário, não poderia ser outra senão dever-poder conferido aos entes políticos para a consecução do ideal democrático, ou seja, a Constituição justifica a existência dos entes políticos diante dos *deveres* que lhes atribui para o cumprimento, inclusive e se necessário for, com o uso de certas prerrogativas designadas pela expressão *poder*. O uso do poder só se justifica, portanto, para o cumprimento do dever determinado no texto constitucional. Desta forma, o Estado deixa de ser um fim em si mesmo para se constituir em instrumento para a realização do bem-estar coletivo.

Mas a abordagem da noção de competência se faz presente, também, no debate entre os doutrinadores e cientistas do direito. Pinto Ferreira¹³ dispõe que a “competência é a capacidade jurí-

dica de uma corporação pública para agir”, podendo ser repartida entre os entes da federação, inclusive de maneira exclusiva, privativa, concorrente, supletiva e complementar, sendo esse sistema de repartição de competências imprescindível para o Estado federativo. Já na concepção de José Afonso da Silva¹⁴, deve-se diferenciar, desde logo, a noção de competências do conceito de competência. A primeira corresponde às “diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”, enquanto a segunda, competência, “é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”.

O debate doutrinário procura esclarecer os diversos sentidos que a expressão pode determinar, conquanto se faça necessário reservar sentido próprio dentro de cada contexto político-estatal. Em se tratando de Estado Democrático de Direito, a exemplo da República Federativa do Brasil, a noção de competência deve ser aquela primeiramente exposta na abertura deste tópico, a qual orienta o presente estudo sobre a competência dos Estados membros em matéria ambiental.

O volume de competências constitucionalmente atribuído aos entes da federação é o que possibilita, em regra, o exame mais detido do maior ou menor grau de autonomia desses entes políticos e do nível de descentralização do modelo federativo de Estado. Mas é necessário salientar que, na generalidade dos casos concretos, a mera distribuição de competências não satisfaz ao conjunto das necessidades públicas, mormente porque, nesse aspecto prático, a autono-

13 Ferreira, Pinto, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 254.

14 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 477.

mia dos entes federados se afirma dependente do volume de recursos por eles auferidos, a exemplo das políticas públicas de saúde, educação, segurança, dentre outras. Malgrado este aspecto condicionante da efetividade da descentralização política, o presente estudo se restringe à abordagem da distribuição de competências no texto constitucional.

Na federação brasileira, a autonomia dos entes federados se encontra expressamente prevista no artigo 18 da Constituição da República, o qual reza *in verbis*:

Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Somente com fundamento na forma como as competências são repartidas entre os entes federados é que se torna possível analisar o nível de autonomia dos Estados-membros e, por conseguinte, debater o grau de descentralização do federalismo brasileiro. Essa descentralização é a própria razão de ser do Estado Federal. E descentralização política, na visão de André Borges Netto¹⁵, consiste na: “repartição constitucional da capacidade de emissão de normas jurídicas, para que cada esfera de poder possa controlar¹⁶ as condutas

dos agentes públicos e dos cidadãos em determinada comunidade jurídica”.

As esferas de poder, mencionadas na definição anterior, referem-se, obviamente, aos próprios entes federados, sobretudo aos Estados-membros, os quais se apresentam como unidades políticas autônomas na composição da estrutura político-administrativa da República Federativa do Brasil. Como pessoas jurídicas de direito público interno, essas esferas de poder apresentam, por determinação constitucional, capacidade processual para figurarem no pólo ativo ou passivo de demandas judiciais, além de se afirmarem como pessoas políticas, na medida em que são dotadas de capacidade legislativa, jurisdicional e administrativa.

Para muitos juristas, a repartição de competências é o eixo central da forma federal de Estado, em torno da qual se relacionam os entes federados. Tome-se, por exemplo, o argumento de Anhaia Mello¹⁷, para quem “Federação é sistema de repartição de competências, conforme programado numa Constituição”.

Repartir competências, todavia, não é tarefa das mais simples, tendo em conta a diversidade de interesses entre os entes federados, bem como as diferenças de formação histórica, especialmente quando se trata de repartição local, regional e nacional, como é a peculiaridade do caso do modelo de federalismo brasileiro. Em face dessas especificidades, adotou-se o princípio da predominância do interesse, como critério para presidir a repartição de competências entre as entidades federadas do Estado brasileiro, além de um sistema complexo de técnicas de repartição

15 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.46

16 Controlar, nesse contexto, significa, conforme explica o mesmo autor à p. 47 daquela obra, fazer uso da competência necessária que cada esfera de poder possui “para, mediante regras jurídicas próprias, autogerir os seus negócios internos ou para organizar os assuntos que lhes forem delegados como do seu peculiar interesse, devendo-se respeitar os limites impostos pela Constituição”.

17 Anhaia Mello, José Luiz, *O Estado federal e as suas novas perspectivas*, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 146.

de competências, visando a assegurar o equilíbrio federativo inspirado do sistema alemão.

Algumas técnicas tradicionais de repartição de competências entre os entes federados têm sido adotadas em todo o mundo, a exemplo de:

- I) enumeração dos poderes da União, reservando-se aos Estados as matérias não enumeradas ou remanescentes (predomínio no México, Austrália, EUA, Suíça e Argentina);
- II) enumeração dos poderes dos Estados, sendo os remanescentes ou residuais atribuídos à União (empregado no Canadá);
- III) enumeração exaustiva dos poderes dos entes federados (adotado na Venezuela e na Índia).

A utilização dessas técnicas pelas distintas federações, no cenário político mundial, é verificada de variadas formas, a exemplo da federação brasileira que se utiliza dessa última para a repartição de rendas tributárias.

O constitucionalista José Afonso da Silva¹⁸ sustenta que pelo princípio da predominância do interesse as competências da federação brasileira são repartidas entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, cabendo à União as matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, enquanto que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional. Aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, restando ao Distrito Federal, que não pode ser dividido em Municípios,

as competências destes e dos Estado-membros. Contudo, às vezes se torna complexa e inócua a tarefa de definir precisamente o que é interesse local, regional e nacional, pois há questões que afetam direta e concomitantemente os três campos de interesse, os três níveis da federação, tenham ou não o mesmo alcance de repercussão. Diante disso, optou o legislador brasileiro por um sistema complexo de técnicas de repartição de competências, empregado na Constituição alemã, objetivando resguardar o equilíbrio entre os distintos entes federados.

Diferentemente das técnicas tradicionais de repartição de competências, a Constituição brasileira de 1988, com fundamento na técnica adotada no sistema constitucional alemão, adota, de acordo com o já citado José Afonso da Silva¹⁹, a “técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art.25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art.30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar”.

18 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 476.

19 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 477.

Por conseguinte, considerando as competências material e legislativa, podem elas ser organizadas da seguinte forma: I) competência material, possuindo como subclasses a exclusiva e a comum; II) competência legislativa, compreendendo a exclusiva, a privativa, a concorrente, a suplementar e a supletiva.

Distingue-se a competência material da legislativa por ser aquela, no dizer de Vladimir de Freitas²⁰, “a que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da lei,” sendo, por isso, competência administrativa ou organizativa, enquanto a competência legislativa, no entender de André Netto²¹, “vem a ser a faculdade, a aptidão ou o poder concedido às pessoas políticas para a edição de normas jurídicas infraconstitucionais (ou de natureza constitucional, no caso da competência para editar as Constituições Estaduais), por intermédio das respectivas Casas Legislativas, inovando a ordem jurídica mediante a criação de preceitos jurídicos estabelecadores de direitos e dos deveres que lhes são correlatos”.

Ao Estado-membro compete legislar de forma exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º), concorrente (art.24), suplementarmente (art. 24, § 2º) e supletivamente (art. 24, § 3º) à União, como também compete atuar conjuntamente na administração, organização e fiscalização com a União e os Municípios, com eles estabelecendo relações de cooperação, nos termos do art. 23 da Constituição Federal, que dá a base da competência material dos Estados-membros.

Impõe-se reconhecer, contudo, não obstante a autonomia política de cada membro federado, a existência de um campo de responsabilidade política comum, o que decorre da inexistência de supremacia política entre os entes federados e da necessidade de encontrar resposta a problemas que a todos afetam, pois sobre todos eles recai o custo político das decisões.

Conforme demonstrado, alguns autores consideram diminuída a participação dos Estados-membros no processo de decisão e construção da nação, tendo em vista a ampla gama de competências que ficou a cargo da União, considerando o federalismo brasileiro como centrífugo e um dos mais centralizadores do mundo. É um debate relevante e fértil na medida em que contribui para o amadurecimento da reflexão sobre a experiência federalista brasileira e concorre para o aprimoramento desse modelo de Estado.

As competências ambientais na Constituição brasileira

Ao tratar da incumbência do poder público em matéria ambiental, seguindo as tendências mais contemporâneas da legislação, o legislador constituinte brasileiro, de um modo geral, impôs a todas as esferas de poder (art. 225, §1º):

20 Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

21 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.75.

1. Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais;
2. Prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
3. Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País;
4. Fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
5. Definir, em todas as unidades federativas, espaços territoriais especialmente protegidos;
6. Exigir a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o conseqüente relatório;
7. Controlar a produção, a comercialização e o emprego de tecnologias e substâncias nocivas ou que ameacem a sustentabilidade do ambiente;
8. Promover a educação ambiental;
9. Proteger a fauna e a flora.

Além disso, o mesmo dispositivo constitucional prevê a responsabilidade e as sanções penais, administrativas e civis para terceiros, particulares e todos que, de qualquer forma, produzirem condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º), além de estabelecer o licenciamento e o zoneamento ambiental como instrumentos da política nacional de meio ambiente.

Tutela, ainda, de maneira expressa, na qualidade de patrimônio nacional, reafirmando o princípio da soberania nacional, regiões como a floresta amazônica brasileira, a mata atlântica, a serra do mar, o pantanal mato-grossense e a zona costeira (art. 225, § 4º).

O quadro esquemático que se propõe abaixo revela o que o texto constitucional brasileiro oferece quanto à repartição de competências entre os entes federados:

Entes federados	Comp. Legislativas	Comp. Materiais
UNIÃO	Exclusiva: art. 21 Privativa: art. 22 e 22, parágrafo único (delegável) Concorrente: art. 24	Exclusiva: art. 21 Comum: art. 23
ESTADOS	Exclusiva remanescente: art. 25, §§ 1º e 2º Concorrente: art. 24 Suplementar: art. 24, § 2º Supletiva: art. 24, § 3º	Exclusiva: art. 25, § 1º Comum: art. 23
MUNICÍPIOS	Exclusiva: art. 30, I Concorrente: art. 24 Suplementar: art. 30, II	Exclusiva: art. 30, III a VIII Comum: art. 23

Fonte: Constituição brasileira de 1988.

Frisa-se, desde logo, que compete à União, em regra, a elaboração de normas gerais, enquanto aos Estados cabe a elaboração, de modo suplementar, dessas mesmas normas. Somente ao ente central é que a Constituição atribuiu competências privativas.

Em matéria de *meio ambiente* a repartição de competências, entre os entes federados e segundo o texto da Constituição de 1988, é realizada da seguinte forma:

Competência material e legislativa exclusiva da União:

Artigo 21 - Compete à União: (...)

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (...)

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utili-

zação de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (...)

Competência material e legislativa dos Estados:

Artigo 25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Competência material e legislativa dos Municípios:

Artigo 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

(...)

Competência exclusiva é aquela indelegável, ou seja, própria de determinado ente federativo e intransmissível a qualquer outro componente da federação ou ainda, nas palavras de André Tavares, “é aquela na qual cada ente federativo tem seu campo de atuação própria, excludente da atuação de qualquer outra entidade federativa”.²²

A exclusividade de competências previstas na Constituição para a União,

22 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 874.

seja em razão da quantidade de matérias seja em relação à relevância delas, concede-lhe uma posição superior às dos demais entes federativos, especialmente no que diz respeito à tutela ambiental, assim exposta por José Afonso da Silva: “À União resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental. A ela incumbe a política geral do Meio Ambiente, o que já foi materializado pela Lei 6.938, de 1981”.²³ Por conseqüência, tem-se presente, nessa supremacia, evidência de que o poder do governo central se afirma superior diante do poder autônomo das demais entidades federadas.

Em se tratando dos Estados-membros e dessa modalidade de competência relativa à matéria ambiental, afirma aquele autor que “os Estados não têm competência exclusiva em matéria de meio ambiente”,²⁴ possuindo apenas competência suplementar quando a questão se refere a essa matéria.

Os municípios também não possuem competências exclusivas específicas em questões ambientais, mas a eles resta designada, nos incisos do art. 23 do Texto Maior, a competência comum e a competência legislativa para suplementar as leis estaduais e federais sobre questões de meio ambiente, visando especificá-las para aplicação diante das particularidades locais.

Quanto à competência legislativa privativa ambiental da União, resta determinado pelo constituinte:

Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
 XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; (...)
 XIV - populações indígenas; (...)
 XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; (...)
 Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

O texto acima transcrito faz expressa referência à matéria de competência legislativa privativa da União, uma vez que é somente a ela que compete legislar sobre as matérias do art. 22, pois, via de regra, trata-se de questões de interesse predominantemente nacional. Contudo, conforme estabelece o parágrafo único do dispositivo transcrito, a União poderá delegar competência, aos Estados-membros, para que estes legislem sobre questões específicas relativas às matérias do referido artigo. Por esta razão, a competência privativa é denominada, também, como competência delegada.

Malgrado essa possibilidade constitucional, a delegação de competências deve ser vista como exceção à regra de que o exercício das funções estatais cabe às pessoas designadas pelo legislador constituinte. Mas é essa possibilidade de delegação que possibilita diferenciar a competência privativa da competência exclusiva, uma vez que nesta não há como ocorrer qualquer transmissão de competência a outro ente federativo em decorrência da relevância do interesse nacional que reveste as matérias exclusivas da União.

A delegação de matéria da competência privativa da União, para ser legislada pelos Estados, deve ser concedida por lei complementar, consoante deter-

23 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 76.

24 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 78.

minado no parágrafo único do artigo 22 da Constituição, lei completar esta que especificará as condições e os limites em que se dará o exercício da competência delegada aos Estados-membros sobre a referida matéria, não podendo, estes, inovar ou ir além do autorizado e definido na própria lei delegante.

No campo da competência material ambiental comum, a Constituição brasileira assim estabelece:

Artigo 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; (...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Parágrafo único - Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A competência comum da União, Estados e Municípios é aquela que torna iguais, “comuns” para as entidades federativas, as questões do art. 23, ou seja, estabelece as mesmas matérias para os entes que compõem a federação, facultando-lhes o tratamento em conjunto, em parceria ou isolados das referidas matérias. No entendimento de André Tavares, a competência comum

“É aquela pela qual todos os entes federados detêm, concomitantemente, idêntica competência”²⁵, podendo ser cumulativa, paralela e simultaneamente de todos os entes federativos.

Há, nas matérias arroladas no artigo 23, relevantes valores de alcance social, para cuja realização e manutenção, segundo Paulo Luiz Neto Lobo e Sueli Gandolfi Dallari²⁶, dentre outros doutrinadores, a ação do poder público transcende, ou pelo menos deveria transcender, as discussões acerca dos limites e espaços estabelecidos para a definição das competências dos entes políticos. De outra parte, a ação estatal é conferida, simultaneamente, a todos os entes federados como deveres, os quais devem ser observados e realizados de forma cooperada e coordenada”.

Fernanda Almeida²⁷, referindo-se à cooperação e à coordenação no exercício das competências materiais comuns, ao contrário dos que defendem a tese de que no exercício da competência comum não pode prevalecer a supremacia de qualquer nível de poder, observa que, “a lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 não retirará da União o comando geral no campo das competências materiais comuns, a partir do comando legislativo que lhe pertence”. Nesse mesmo sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz já havia afirmado que:

25 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 875.

26 Lobo, Paulo Luiz Neto, *Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988*, Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 26 n°101, jan/mar 1989 e Dallari, Sueli Gandolfi, *Os estados brasileiros e o direito à saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995.

27 Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2000, pp. 129-137.

As atividades a serem exercidas no campo material das competências 'comuns' somente poderão ser executadas, na generalidade dos casos, fundamentadas em regulamentação normativa precedente, oriunda de mais de um nível normativo de poder. Nessa hipótese, ocorrerá a chamada repartição vertical de competências, o que significa dizer que a atividade poderá ser exercida pelas diferentes esferas políticas, porém estará sujeita à disciplina legislativa hierarquizada e a regras impostas pelo poder central. (...) O princípio que rege essa partilha (de competências comuns) é o da 'coordenação e cooperação', entre as entidades políticas sob a égide da legislação federal.²⁸

Não obstante a falta de um consenso doutrinário acerca desse ponto, são comuns as responsabilidades dos entes federados na tutela das questões ambientais, isto de acordo com a redação do artigo 23 do texto constitucional.

Competência legislativa ambiental concorrente:

Artigo 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A competência concorrente é aquela na qual a União, os Estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre o mesmo assunto. Conforme afirma Celso Antônio Pacheco Fiorillo, essa competência "se caracteriza pela possibilidade de União, Estados e Distrito Federal disporem sobre o mesmo assunto ou matéria, sendo que à União caberá legislar sobre normas gerais".²⁹ Portanto, compete à União a formulação de normas gerais, enquanto que aos Estados é reservada a elaboração de normas suplementares e específicas, a fim de adaptar as normas gerais às peculiaridades da realidade regional, social e política de cada unidade política periférica.

Na hipótese, todavia, de falta ou inexistência de norma geral, lacuna não

28 Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal. A nova constituição paulista*, São Paulo, Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989, pp. 65 e 67.

29 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 61.

sanada pela União, devem os Estados exercer plenamente a competência legislativa, visando ao atendimento de suas peculiaridades, o que se denomina de competência legislativa concorrente supletiva. Essas normas gerais, oriundas da competência supletiva, com o fito de servir às necessidades das comunidades jurídicas regionais, terão eficácia tão somente para o território do Estado que as editou, como também serão efetivas apenas e até ao tempo da edição de lei federal que estabeleça normas gerais sobre a matéria, exceto naquilo em que não for em desacordo com esta última. Trata-se da suspensão da eficácia de lei estadual por superveniência de lei federal.

Competência legislativa ambiental suplementar:

Dos Estados e do Distrito Federal:

Artigo 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Dos Municípios:

Art. 30 - Compete aos Municípios: (...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

A competência legislativa suplementar consiste naquela que autoriza aos Estados, Distrito Federal e Municípios complementar e especificar as normas gerais elaboradas pela União, e ainda suprir supletivamente possíveis omissões e lacunas dessas normas por meio do exercício pleno da legislação, tendo em vista suas especificidades regionais e locais.

Os Estados-membros e os Municípios estão, por conta do texto constitucional, a legislar suplementarmente, seja para desdobrar e detalhar norma geral da União, seja para suprir supletivamente suas lacunas, o que, na compreensão de André Netto, “leva à conclusão de que, ao se fazer menção à competência suplementar, tanto pode significar que essa competência é complementar quanto que ela é supletiva.”³⁰ Por conta disso, ao tratar de competência suplementar, prossegue o autor, “deve-se entender que os Estados-membros são titulares de competência complementar e competência supletiva.”³¹

30 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 138 e 139.

31 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

Expondo entendimento diferente sobre a extensão do termo complementar, em sua obra *Direito ambiental brasileiro*, Paulo Affonso Leme Machado³² sustenta que:

Suplemento é o que supre, a ‘parte que se junta a um todo para ampliá-lo ou para aperfeiçoá-lo. O que serve para suprir qualquer falta.’ Assim, não se suplementa a legislação que não exista. Portanto, quando a competência da pessoa de Direito Público interno for somente complementar a legislação de outro ente, se inexistirem normas, não existirá o poder supletório. Não se suplementa uma regra jurídica simplesmente pela vontade de os Estados inovarem diante da legislação federal. A capacidade suplementária está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal ou diante da constatação de lacunas ou de imperfeições da norma geral federal.

A expressão *competência complementar*, pois, tendo em conta a inexistência de norma jurídica oriunda de um ente federativo superior, não necessariamente abrangeria, pelo posicionamento do autor Paulo Affonso Leme Machado, a competência supletiva, o que mais traduz uma questão de divergência acerca de sutilezas doutrinárias do que propriamente um problema jurídico crucial.

Prosseguindo-se com a análise jurídica da competência legislativa complementar, cumpre reconhecer que os Municípios, em específico, podem complementar tanto o ordenamento federal como o estadual, desde que contemplem dois requisitos ou duas condições, assim apontadas por André Tavares:

“1ª) a presença do interesse local e 2ª) a compatibilidade com a legislação federal e estadual.”³³

Já a competência residual cabe e se destina aos Estados-membros, pois é o que resta ou sobra a partir das incumbências determinadas à União e aos Municípios, ou seja, nas reflexões de André Luiz Borges Netto, as

... ordens jurídicas periféricas poderão inovar a ordem jurídica, mediante a expedição de atos normativos infraconstitucionais, desde que a matéria a ser objeto de legislação não esteja no rol das competências reservadas à União e aos Municípios, tanto explícita quanto implicitamente.

Com base na competência residual, as Casas Legislativas Estaduais passam a estar dotadas da capacidade para criar todas as normas jurídicas relativas a temas que não estejam previstos na faixa de competências da União e dos Municípios.³⁴

A Constituição do Estado do Amazonas, em seu artigo 16, estabelece um excelente paradigma dessa modalidade de competência quando dispõe que o “Estado exercerá, em seu território, todas as competências que não tiverem sido atribuídas com exclusividade, pela Constituição da República, à União e aos Municípios”.

A competência complementar, portanto, dar-se-á sempre em relação à competência concorrente. Em se tratando de matéria ambiental, poderão ocorrer situações em que a norma geral não responda às diversas peculiaridades regionais, devendo-se recorrer, assim, à competência complementar. Com base em

32 Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87.

33 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 878.

34 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 111.

cada ordenamento constitucional estadual, portanto, a respectiva comunidade política e jurídica poderá dar especificidade às normas gerais editadas pela União, buscando a efetiva e singular tutela ambiental exigida por cada realidade.

Conclusão

Diante dessa breve abordagem, é oportuno retomar algumas nuances do debate jurídico acerca das tendências da federação, lembrando que, para Celso Fiorillo³⁵, essa repartição valoriza o federalismo brasileiro, dando mais autonomia aos Estados e Municípios, muito embora, no entender de José Luiz Quadros de Magalhães³⁶, o modelo federal do Estado brasileiro ainda seja extremamente centralizado.

Contudo, é necessário considerar que o processo de formação do federalismo brasileiro, por desagregação política, apresenta, em tese, uma forte predisposição à descentralização com a transferência de competências, em escala crescente, do poder central para os poderes periféricos. Entretanto, na realidade dos fatos, influenciado pela história política nacional, a centralização tem sido a regra determinante para o continuado desequilíbrio de forças entre os entes federados, assegurando a supremacia da União em detrimento da autonomia dos Estados-membros e Municípios, contrariando os fundamentos constitucionais do Estado federal brasileiro.

No que pertine às competências dos entes políticos para dispor sobre as questões ambientais, o que antes se apresentava como um impasse, sobretudo porque a questão era discutida no campo das pretensões patrimoniais, hoje a questão parece superada, principalmente porque o texto constitucional atribui caráter suprapatrimonial ao bem ambiental. Isto determina que os Estados-membros da federação brasileira atuem, no campo legislativo das questões ambientais, de forma autônoma e concorrente com a União e Municípios, bem como lhes garante dispor sobre a questão, no exercício da competência comum outorgada pelo artigo 23 da Constituição da República.

A maior ou menor efetividade da descentralização política entre as unidades federadas é mensurável com o uso das técnicas de repartição de competências consideradas, inclusive, em suas combinações, a exemplo da realidade brasileira, que comporta o relacionamento entre competências exclusivas, privativas, concorrentes, comuns, complementares, supletivas e residuais.

A evolução política das formas de Estado tem na descentralização do Poder, segundo o entendimento de José Luiz Quadros de Magalhães³⁷, a sua característi-

35 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 62.

36 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 18.

37 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, pp. 13 e 14. Afirma, ainda, aquele autor, que (...) “a tradicional classificação de formas de Estado em unitário e federal está também superada pela evolução das formas de organização territorial e repartição de competências, cada vez mais complexas e ricas, havendo claramente, em nível mundial, uma valorização crescente da descentralização territorial efetiva, como forma de ganhar em agilidade, eficiência e, principalmente, democracia, consagrando o respeito à diversidade cultural, que permite que sejam encontradas soluções criativas que respeitem o sentimento da localidade, da região cultural e principalmente do sentimento de cidadania que se constrói na rica diversidade das culturas das cidades, espaço real e não virtual.”

ca determinante, o que importa afirmar que quanto maior for o grau de descentralização do Poder, tanto mais evoluído, sob o prisma político, tende a ser o Estado. A autonomia federativa, na ótica de José Afonso da Silva³⁸, fundamenta-se em dois elementos básicos, a saber, a existência de órgãos governamentais próprios e a posse de competências exclusivas, o que se verifica reconhecido, a todos os entes federados, no texto constitucional brasileiro.

Considerando a natureza indivisível dos direitos fundamentais³⁹, é inexorável a necessidade da descentralização do Poder com vistas ao fortalecimento do poder local, tornando as decisões estatais mais céleres e eficientes ao mesmo tempo em que enfatizam o respeito às diversidades culturais das localidades de uma mesma estrutura estatal, contribuindo, assim, para a afirmação de uma realidade democrática. A cidadania, como direito fundamental e, portanto, indivisível, não pode ter seu conceito reduzido ao aspecto da participação política, mas antes se afirma como direito à sadia qualidade de vida, direito esse considerado em amplo sentido e decorrente da garantia maior à dignidade da pessoa humana.

A questão ambiental é primordial à sadia qualidade de vida e, por isto, reclama tutela estatal eficiente, quer quanto à celeridade das respostas às demandas levadas ao conhecimento do Estado (pois quase sempre os danos são irreversíveis), quer quanto à efetividade das nor-

mas de proteção ambiental. Daí porque o meio ambiente deve ser tratado como bem público de interesse difuso, pois cabe ao Estado a sua imediata proteção, tanto com políticas preventivas quanto repressivas. À coletividade, porque principal destinatário desse bem, cabe, de igual sorte, a sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações, conforme dispõe a legislação mais relevante sobre a matéria, *ex vi* do artigo 225 da Constituição brasileira, complementado pelos dispositivos da Lei 6.938, de 31.08.1981, lei esta que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente.

Para alguns, o texto constitucional particularmente no que se refere às questões ambientais, ao reforçar os laços federalistas com o nível de descentralização de competências adotado, o que se verifica a partir do fortalecimento do papel dos Estados-membros na edificação e fortalecimento do Estado democrático, apresenta *uma nova concepção de federalismo*⁴⁰. Outros não visualizam, nessa repartição de competências, qualquer elemento que indique algum aprimoramento do modelo de federalismo brasileiro, Paulo de Bessa Antunes, por exemplo, diz que “O sistema federativo adotado por nosso País, contudo, cria situações que não são juridicamen-

38 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 71.

39 Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, ver Piovesan, Flávia C, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2000.

40 Isto é reforçado, de certo modo, pelo entendimento de Celso Fiorillo, *op. cit.*, p. 62, ao postular que (...) podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um ‘teto’ de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios jamais poderão legislar, de modo a oferecer menos proteção ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais.

te muito claras e que precisam de estudo cuidadoso para a sua correta compreensão”.⁴¹ Embora as competências legislativas em matéria ambiental já se encontrem distribuídas no texto constitucional, sustenta o mesmo autor que o sistema legislativo nem sempre funciona de modo integrado, como seria de se esperar, devendo-se tal fato a toda uma gama de circunstâncias que variam desde interesses locais e particularizados até conflitos interburocráticos e, sem dúvida, chegam até as dificuldades inerentes ao próprio sistema federativo tripartite.⁴²

Argumentando acerca da centralização do modelo de federalismo brasileiro, Luiz Quadros de Magalhães, a seu tempo, justifica que “toda e qualquer atuação do Legislativo e do Executivo da União que tenda a centralizar competências, centralizar recursos, centralizar poderes, uniformizar ou padronizar entendimentos direcionados aos Estados-Membros e/ou municípios é conduta inconstitucional e deve ser combatida”.⁴³ Ainda segundo o mesmo autor, a compreensão do caráter centrífugo do federalismo brasileiro é de fundamental importância para a sua correta leitura constitucional e o consequente controle de constitucionalidade.⁴⁴

Segue controversa, portanto, a discussão doutrinária sobre a repartição de competências instituída na Constituição

de 1988, quanto à sua relevância para o aprimoramento do federalismo brasileiro. O problema, contudo, deve ser focalizado em um cenário mais amplo, considerando o relacionamento entre os poderes da República, cuja independência e harmonia nunca se fizeram além do texto constitucional, quanto as intrinsecamente disponíveis disparidades econômicas, sociais e políticas verificadas entre os diversos Estados-membros, fazendo com que alguns interesses prevaleçam em detrimento de outros, ainda que estes sejam mais legítimos e por vezes mais urgentes que aqueles.

Esses condicionamentos afetam o federalismo brasileiro de tal forma que, mesmo diante de todo esse acervo de competências legislativas e administrativas atribuídas aos entes que o integram, esse modelo político ainda é precário no trato da questão ambiental, ficando a dever melhores resultados à sociedade nacional e mundial, mormente quanto à produção de ações mais eficazes e de efeitos mais concretos para com o cumprimento do disposto no referido artigo 225 do texto constitucional. Assim, a distribuição das competências constitucionais ambientais deve considerar o caráter fundamental e a relevância transnacional que revestem o tema, sem o que a atuação do Estado pode vir a ser considerada abusiva, porque carente de legitimidade.

Referências

-
- 41 Antunes, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 53-54.
- 42 Antunes, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 53.
- 43 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 21.
- 44 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2000.

Anhaia Mello, José Luiz, *O Estado federal e as suas novas perspectivas*, São Paulo, Max Limonad, 1960.

- Antunes, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- Azambuja, Darcy, *Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Globo, 2001.
- Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- Caetano, Marcelo, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- Dallari, Sueli Gandolfi, *Os estados brasileiros e o direito à saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho.
- Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal. A nova constituição paulista*, São Paulo, Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989.
- Ferreira, Pinto, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- Lobo, Paulo Luiz Neto, *Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988*, Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 26 n°101, jan/mar 1989.
- Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.
- Maluf, Sahid, *Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- Piovesan, Flávia C, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004.
- Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- Trigueiro, Oswaldo, *Direito constitucional estadual*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- Villeneuve, Marcel de La Bigne, *Traité général de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1929.



“Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical”

Título: Costurera

Autor: Mario Javier Ferrer Gentile

País: ARGENTINA

Competencias constitucionales ambientales en el federalismo brasileiro

■ Por: *Aluísio Celso Affonso Caldas**

Resumen

El objetivo de este artículo es debatir el ejercicio de las competencias ambientales en el federalismo brasileiro, cuyas características sugieren un repensar sobre el concepto de autonomía de los distintos entes políticos sobre la evidente descomposición verificada entre las prácticas de una política centralizadora de cara a lo que se encuentra afirmado en el texto constitucional brasileiro. Este abordaje propone, por lo tanto, una rediscusión sobre la forma de Estado delante del carácter verdaderamente centralizador que define la realidad política brasileira, considerando que la distribución constitucional de las competencias ambientales debe considerar el carácter fundamental y la relevancia transnacional que reviste el tema, so pena de desconfiguración del Estado Democrático de Derecho, de cara a la ausencia de legitimidad en sus actos.

Palabras clave: Constitución; competencia; autonomía; derecho ambiental.

* Aluísio Celso Affonso Caldas es especialista en derecho procesal por la FGV/ISAE, magister en Derecho Ambiental por la Universidad del Estado de Amazonas, doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina y docente universitario.

Environmental federalism constitutional powers in brazilian

Abstract

The aim of this article is to debate the exercise of the environmental competencies in Brazilian federalism, whose characteristics suggest a rethinking about the concept of autonomy of distinct political entities on the apparent discrepancy observed between the practices of a centralizing policy compared to what is stated in the Brazilian constitutional text. This approach suggests, therefore, a new debate about the State's form in front of the real centralizer character that defines the Brazilian policy, considering that the distribution of the environmental competencies according to the Constitution, must consider the crucial character and the transnational relevance lining this theme, under the penalty misconfiguration of the Democratic State of Law, facing the absence of legitimacy in its acts.

Keywords: Constitution; competency; autonomy; environmental law.

Introducción

Las cuestiones ambientales trascienden los intereses nacionales y ganan dimensión mundial en la medida en que, a partir de ellas, se afirman todos los valores que concurren para la composición del concepto de vida saludable. Los Estados, considerados en consecuencia del mayor o menor grado de descentralización política que los definen en distintas formas, se afirman directamente responsables por el mantenimiento de la calidad de vida experimentada por las presentes y futuras generaciones en todo el mundo. La descentralización política es, así, característica importante para la toma de decisiones rápidas y eficientes al control de los impactos determinados por la actividad productiva al medio ambiente, en todo el contexto mundial. Es decir, mientras más descentralizado sea el Estado, mayor será la posibilidad de eficacia de las actividades que buscan el control ambiental de los inevitables impactos que el proceso de la vida humana determina. El Estado federal, en ese escenario, se presenta como la alternativa viable a ese control de la sana calidad de vida, principalmente porque la realidad política que éste presenta viene a ser la que comporta mayor grado de descentralización cuando se compara con las demás formas de Estado.

Sin embargo, es necesario comprender, desde ya, que no hay un modelo universal de federalismo, hecho este que sugiere el abordaje de esas diferencias con el propósito de crear un contexto adecuado a la pretendida reflexión sobre el grado de descentralización política experimentado por la federación brasilera y las repercusiones que esa realidad determina en el campo de las cuestiones relativas al medio ambiente. Por tanto, es indispensable considerar los aspectos histórico-políticos que quizá puedan haber influenciado en la formación de la actual cultura política nacional y en la caracterización de la realidad jurídica brasilera, principalmente en el campo del Derecho Ambiental.

A partir del análisis del perfil político-jurídico del federalismo brasileiro que aquí se pretende demostrar, con énfasis en la cuestión ambiental, se anhela establecer un parámetro para estudios semejantes que puedan ser desarrollados en el contexto de otras federaciones. Con ese propósito, es importante considerar, también, la influencia que el Derecho Internacional ejerce sobre las formulaciones jurídicas internas de todos los Estados, principalmente Brasil, así como algunos puntos relativos a la Soberanía para, al final, intentar establecer una relación entre todos esos elementos y la definición constitucional de las competencias ambientales en la federación brasileira.

Sin el propósito de afirmar cualquier verdad sobre el objeto de ese estudio, se pretende identificar algunos puntos relevantes al debate más profundos del tema y, al mismo tiempo, presentar algunos aspectos de la realidad política brasileira que sugieren la caracterización de un federalismo de papel, especialmente en lo que se relaciona con el derecho fundamental a la calidad de vida sana.

Aspectos históricos del federalismo brasileiro

La fórmula federalista no se presenta uniforme en el contexto mundial, pero cada Estado federal carga características propias que, a veces, acaban negando la naturaleza descentralizadora de esa forma de Estado. Esas características se fundamentan en las Constituciones de esos Estados y, muchas veces, resultan de la influencia que la experiencia histórica de los diferentes contextos nacionales ejerce sobre el presente, definiendo un mayor o menor grado de descentralización política, a ejemplo de la realidad federal brasileira, cuyo proceso de implantación presentó incontables diferencias respecto de la experiencia de otros Países, principalmente de los Estados Unidos de América.

Mientras el federalismo estadounidense nace de la unificación de una pluralidad de poderes soberanos, envueltos en diversos e intensos debates volcados en el mantenimiento de la descentralización conquistada a duras penas, el federalismo brasileiro surge de la realidad centralizada de un Estado unitario imperial, transformando las antiguas provincias en Estados-miembros, esto en 1889, por medio de un mero decreto, ratificado por la primera Constitución republicana, de 1891.

O la federación adviene de la agregación de antiguos Estados independientes y soberanos que se proponen para la formación de un único y nuevo Estado, o nace ésta de la disgregación política de un antiguo Estado unitario que busca adecuarse al modelo descentralizado de Estado federal. Esa diversidad de orientación en la formación del Estado federal constituye una de las características más destacadas que diferencian los modelos de federalismo verificados en el escenario mundial.

El Estado brasileiro nació como Imperio, en 1822, y experimentó sólo dos reinados. El primero reinado, con carácter autoritario y despótico, tuvo inicio en 1822, pero, en 1831, el Emperador D. Pedro abdica del trono brasileiro. El segundo reinado fue más largo, pues surge en 1831 y dura hasta 1889, cuando fue interrumpido por la toma del Poder por parte de la élite política de la época, con apoyo militar, que inmediatamente cuidó de la designación de un gobierno provisional y de la

disolución de la Cámara de Diputados. Por mero decreto, la República fue proclamada y, en el mismo acto, se afirmó la forma federativa del Estado. En su Teoría General del Estado, Sahid Maluf¹ cita Rui Barbosa, uno de los idealizadores del Estado republicano y federal brasileño que, en posterior crítica formulada a la realidad en que se había transformado el proyecto federativo que ayudó a concebir, afirma:

He ahí lo que viene a ser la federación de Brasil; he ahí en que da, por fin, la autonomía de los Estados, ese principio retumbante, mentiroso, vacío de vida como un sepulcro, a cuya superstición se está sacrificando la existencia del país y el principio de nuestra nacionalidad.

La estructura del federalismo brasileño en la Constitución de 1891 siguió el modelo estadounidense, desconsiderando las diversidades de toda orden entre los dos Estados, resultando en una absoluta disonancia entre el contenido del texto constitucional y la realidad. Las disparidades con el modelo de descentralización estadounidense se acentuaron los años siguientes, especialmente delante de la política de los gobernadores, llevada a cabo por las oligarquías que dominaban el país. La utilización reiterada de la intervención federal mitigó la autonomía de los Estados-miembros brasileños, especialmente a partir de la Revisión de 1926.

La Revolución de 1930 hizo retroceder, de hecho, el Estado brasileño a la forma de Estado Unitario. Esto es bien visible en el texto del Decreto N° 19.398, editado el 11 de noviembre de 1930, el cual designaba un interventor federal

para cada Estado-miembro, ejerciendo no sólo el poder ejecutivo, sino también el poder legislativo. Getúlio Vargas, jefe del Gobierno Provisional, en 1934 convoca la Asamblea Nacional Constituyente para, el año siguiente, entregar a Brasil, su nueva Constitución Federal.

En 1937, después de un golpe de Estado, Vargas determina el cierre del Congreso Nacional y otorga nueva Constitución. El nuevo texto constitucional hipertrofió los poderes de la Unión y concedió más fuerzas al Presidente de la República, bajo la alegación de que las instituciones estaban en peligro inmediato delante de las nuevas formaciones político-partidarias surgidas en el mundo. El federalismo, en ese contexto, no pasaba de mera expresión inobservada y sin fuerza, aunque formalmente establecido en el texto constitucional.

En la constituyente de 1946, el tipo de federalismo adoptado despertó la indignación de juristas ilustres, como Mário Mazagão y Ataliba Nogueira, entre otros que se expresaban alertando sobre el crecimiento de la esfera de competencias de la Unión y la descaracterización del Estado federal. En ese escenario, la lección clásica de João Barbalho sobre el federalismo – La Unión nada puede fuera de la Constitución; los Estados solamente no pueden lo que esté contra la Constitución – se vuelve un simple principio teórico, sin practicidad.

La Constitución de 1967, fruto de otro Golpe de Estado y de modo semejante a lo que fue hecho en 1937, amplió los poderes del Presidente de la República, atribuyéndole competencias legislativas para, con el uso de decretos-ley, disponer sobre asuntos de finanzas públicas y seguridad nacional, fortaleciendo, aún más, el poder céntrico.

1 Maluf, Sahid, *Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 202.

En octubre de 1988, la Asamblea Nacional Constituyente promulga la nueva Constitución brasileira, llamada Constitución Ciudadana, con la propuesta de descentralización política, incluyendo los Municipios como entes federados.

La tendencia centralizadora del federalismo brasileiro, como ha sido demostrado, prevaleció en diversos momentos a lo largo de su historia política, lo que se presenta sintetizado en las siguientes palabras de Oswaldo Trigueiro²:

1) la federación resultó de la descentralización de antiguo Estado unitario, a través de la cual la República convirtió en entidades políticas autónomas las antiguas Provincias del Imperio, originarias de las Capitanías de la era colonial; 2) las Constituciones de 1891, 1934 y 1946 modelaron un Estado nítidamente federal, en lo cual las subdivisiones políticas seccionales tenían la competencia de la auto-organización y del auto-gobierno y ejercían, con independencia, los poderes que les eran reservados por la Constitución de la República; 3) la Revolución de 1930, prácticamente, destruyó la Federación, porque – salvo en el precario interregno de 1935 a 1937 – los Estados, privados de las prerrogativas del régimen representativo, y destituidos de sus Asambleas, fueron gobernados, de manera discrecional, por delegados del gobierno céntrico, de forma dictatorial; 4) la Revolución de 1964 mantuvo formalmente las instituciones estructuradas en 1946, inclusive en cuanto al régi-

men federal, pero redujo la ya estrecha autonomía de los Estados, que querían la ampliación de la competencia legislativa de la Unión, y querían la ampliación de la facultad de intervenir en los negocios peculiares de los Estados, alejando del ejercicio los órganos del gobierno regularmente electos... Por último, la Constitución de 1967 agravó la debilidad de la estructura federal, al establecer que la Constitución de la República puede ser reformada, dentro de sesenta días por mayoría de los votos de los miembros de las dos Casas del Congreso.

El carácter cíclico que el proceso de centralización del poder en el federalismo brasileiro presenta, sugiere el cuestionamiento sobre hasta que punto hubo adelanto en la experiencia federalista nacional. Para algunos estudiosos del tema, ese proceso revela auténtico retroceso, tal como argumenta José Luiz Quadros de Magalhães³:

La federación descentralizada de 1891 retrocede en el grado de descentralización en 1934 y 1946, siendo que en la Constitución social-facista de 1937 la federación fue extinta. La conexión entre autoritarismo y centralización es muy fuerte en nuestra historia. En las Constituciones de 1967 y principalmente de 1969 (la llamada Enmienda n.1) tenemos una federación nominal, siendo que de hecho Brasil retorna a un Estado unitario descentralizado, pero autoritario. Recordemos que los requisitos básicos de un Estado unitario descentralizado no estaban presentes en 1969: personali-

2 Trigueiro, Oswaldo, *Direito constitucional estadual*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 47-48.

3 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

dad jurídica propia y elección de los administradores regionales. En Brasil de la dictadura post-64 y con la Constitución de 1969, los gobernadores no eran elegidos, así como los senadores.

Con la Constitución de 1988, se visualiza cierta ruptura con la tendencia centralizadora, a partir de la inclusión de los Municipios como entes federados, en un nítido esfuerzo para avanzar rumbo a un nuevo federalismo centrífugo. Sin embargo, a pesar de la innovación, aún bajo la óptica de Magalhães, “el número de competencias destinadas a la Unión en detrimento de los Estados y Municipios es muy grande, haciendo con que tengamos uno de los Estados federales más centralizados del mundo.”⁴ A diferencia, Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵, dice ser correcto “afirmar que no es la Unión que detiene en nuestro ordenamiento jurídico el mayor número de competencias exclusivas y privativas. (...) los Estados, los Municipios e incluso el Distrito Federal pasaron a partir de 1988 a tener mayor autonomía en el sentido de que puedan legislar sobre gran número de materias”. Abordando la cuestión de la formación y desarrollo del federalismo en el país Vladimir Passos de Freitas⁶ entiende que “en Brasil la autonomía provincial siempre fue tímida, incompleta, vista con desconfianza”. La razón para tanto está en el origen, continúa el citado au-

tor, “pues, al contrario de la gran nación del hemisferio norte, aquí la alteración ocurrió sólo en el papel”.

La regla, por consiguiente, acabó siendo la tradición centralizadora, que ha caracterizado la experiencia federal brasileira, todavía fuertemente influenciada por la cultura política advenida del modelo que se consolidó en el Imperio – el Estado unitario. En el peso de las diversas variables y factores de explicación para esa histórica tendencia del federalismo brasileiro a la centralización, puede concluirse, aún con Vladimir de Freitas, “que los Estados jamás gozaron de la independencia existente en el modelo en que nos inspiramos”.

La discusión presentada a lo largo de los años de la República sobre el modelo de federalismo brasileiro, lejos de estar ultrapasada, es cada vez más actual y necesaria para la adecuada comprensión de la actuación del Estado en el contexto interno y externo. El análisis de la soberanía en el Estado federal es otro punto que despierta cierta polémica entre los estudiosos, siendo cierto que ningún ente federado es soberano, sino autónomo, aunque el ejercicio de la soberanía sea acometido a la Unión. Así, es fundamental que todos los entes federados dispongan competencias propias, garantizándoles verdadera autonomía, so pena de descaracterizar el modelo federal de Estado con la supremacía del poder central, lo que sugiere la realidad del modelo regional, o igualmente del modelo unitario de Estado. Y además de esa discusión trabada en el ámbito político interno de la federación, debe ser considerado el papel del Estado en el contexto internacional, donde se vislumbra el crecimiento de esas normas y la consecuente relativización del concepto tradicional de soberanía.

4 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

5 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 62.

6 Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

La soberanía estatal y la *communitas orbis*

La creciente atribución de competencias, por los Estados, a las organizaciones supranacionales, así como los avances verificados en el campo de actuación del derecho internacional en detrimento del derecho interno, son hechos que exigen y justifican la re evaluación de los conceptos de soberanía y de Constitución.

Diversas son las tensiones que surgen en torno a la polémica verificada entre ordenamiento jurídico interno y externo, a ejemplo de la soberanía y cuestiones relacionadas al medio ambiente, tributos, comercio, derechos humanos, desarme, y geopolítica, entre tantas otras problemáticas. La noción de soberanía presenta contenido bastante variado, en el tiempo y en el espacio, presenta como precedentes la *autarquía* en la antigua Grecia; la suprema *potestas* o *imperium* entre los romanos; *superanus*, *supremitas* o *super omnia* en el latín medieval; y el poder de *suserania* en las monarquías medievales, aunque comporten sentidos distinguidos. Ninguno de esos términos, empero, corresponde al actual sentido atribuido a la expresión soberanía, cual sea, una cualidad del poder del Estado caracterizado por la supremacía interna e independencia externa.

La noción de soberanía estatal que hoy se propaga delante de las presiones neoliberales globalizantes y del discurso de una comunidad internacional es, por lo tanto, bastante distinguida de la que se empleaba en la fase de formación del Estado moderno, bajo el gobierno de las monarquías absolutistas. Si en la fase del mercantilismo la soberanía era favorable a los cambios que hicieron extinguir el viejo régimen, en los días actuales ese carácter progresista representa una

traba a la mundialización del neoliberalismo, un obstáculo a los intereses de la globalización, una vez que aquella visión de soberanía primaba por la supremacía del ordenamiento jurídico interno sobre el externo, reflejo de la primacía de los intereses nacionales sobre los extranjeros, imperiales sobre los globales.

Dalmo Dallari⁷, apoyándose en Jellinek, afirma que el importante fundamento histórico para la Antigüedad de no haber llegado a conocer el concepto de soberanía fue el hecho de que faltaba al mundo antiguo distinguir entre el poder del Estado y otros poderes. Sigue aquel autor diciendo que, de hecho, “las atribuciones más específicas del Estado, casi que limitadas exclusivamente a los asuntos conectados a la seguridad, no le daban condiciones para limitar los poderes privados.” Aunque interesante esa observación, la Historia presenta excepciones, como en Grecia antigua, cuna de la civilización occidental, donde la democracia surgió como forma de participación de los ciudadanos en las decisiones que interesaban a Atenas⁸, donde el poder público se presentaba apartado del poder privado y del poder religioso, y las ideas de ley y justicia expresaban el deseo colectivo público en oposición a la tradicional práctica imperialista.

De acuerdo con el teórico, jurista y filósofo francés, Jean Bodin (1530-1596), en el capítulo VIII del Libro I de su obra “*Les Six Livres de la République*”, publicada en 1576, “soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una Repú-

7 Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 82.

8 Cidade-Estado centro da vida política, econômica e cultural dos antigos gregos.

blica”, empleando el término soberanía en francés, *souveraineté*, en derivación de las expresiones latinas *superanus* y *supremitas*. Con ese fundamento, la soberanía pasa a ser comprendida como expresión del poder mayor del Estado, o sea, su grado máximo de autoridad, progresando en su caracterización, mientras supremacía en la orden interna e independencia en la externa.

La soberanía vista así, como un sinónimo del poder de autodeterminación que no admite otro poder que le sea superior o incluso que le sea concurrente dentro de un único territorio, designada como soberanía absoluta, es rechazada en el contexto de las especificidades contemporáneas. Pero la idea de soberanía absoluta fue importante, en su tiempo, para garantizar los fundamentos del Estado moderno, cuyo desarrollo histórico se despierta para el concepto de Estado de los nacionales, o Estado-Nación, una vez que someten un poder supremo e ilimitado podría justificar el *leviatán*. La denominada soberanía nacional o externa revela así, la marca característica del poder estatal, que posibilita la autodeterminación del Estado ante otros Estados. Es por eso que el estudio del poder en el Estado moderno denuncia que cuando no hay soberanía, no hay derecho.

Darcy Azambuja⁹, en esa perspectiva afirma que “el poder propio del Estado presenta un carácter de evidente supremacía sobre los individuos y las sociedades de individuos que forman su población y, además de eso, es independiente de los demás Estados. A ese poder peculiar del Estado, a esa potes-

tad, los escritores clásicos denominaban *summa potestas* o soberanía.” Un poder político, según Marcelo Caetano¹⁰, “supremo e independiente, entendiéndose por poder supremo aquel que no está limitado por ningún otro en el orden interno y por poder independiente aquel que, en la sociedad internacional, no tiene que acatar reglas que no sean voluntariamente aceptadas y está en pie de igualdad con los poderes supremos de los otros pueblos.”

En la doctrina del teólogo renacentista Fray Francisco de Vitória (1492-1546), cuyos fundamentos recogían justificar las conquistas y colonizaciones de su España en el nuevo mundo, se verifica la idea de una orden mundial regido por el Derecho Internacional, producto de la conjugación del deseo estatal, lo cual se afirma jerárquicamente superior al derecho interno de cada Estado soberano¹¹. El concepto de soberanía era así bastante flexible de cara a la idea de la *communitas orbis*, el derecho común a todos los pueblos.

Con su doctrina, Hugo Grotius (1597-1645) retira el papel constituyente de Dios para la formación de un derecho del género humano. Hobbes, posteriormente, considera que solamente existe Estado soberano por fuerza de un proyecto racional y físico, donde los poderes individuales son confiados al *Leviatán* directamente o por delegación representativa, atribuyendo a la soberanía característica de poder pacificador

9 Azambuja, Darcy, *Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Globo, 2001, p. 49.

10 Caetano, Marcelo, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 169.

11 Ferrajoli, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho.

necesario a la contención de la beligerancia del estado de naturaleza (la guerra de todos contra todos).

La base contractual, identificada en Hobbes, gana nueva dimensión con la doctrina de Rousseau, cuyas verdades alejan, definitivamente, la idea de soberanía de los príncipes. Según las bases de la soberanía popular o interna, la capacidad normativa es condicionada y traduce la idea de concesión y coordinación entre Pueblo y autoridad, siendo el fundamento del régimen democrático. La colectividad, en cierto territorio, aunque a través de un régimen representativo, escoge su propio destino.

Esas concepciones de soberanía presentadas no satisfacen a la actual realidad política y económica mundial, escenario que exige cierta flexibilidad del poder estatal a los ruegos del derecho y del interés internacional. Por eso mismo es que el actual concepto de soberanía debe revelar una calidad o atributo del orden jurídico estatal. Esa noción guarda correspondencia con la concepción realista de soberanía, sostenida por Bigne Villeneuve¹² al disponer que soberanía no constituye un poder, sino una calidad del poder del Estado, cualidad de supremacía final y más extrema que, en cierto dominio, pertenece al referido poder.

La expansión de las competencias de las organizaciones supranacionales, así como el progresivo crecimiento del campo de actuación del derecho internacional son hechos que definen una nueva realidad política y jurídica mundial, lo que propone una rediscusión del concepto de soberanía.

La competencia de los estados-miembros en el federalismo brasileiro

En el actual contexto político mundial, el Estado asume el perfil democrático, sometiéndose a los imperativos constitucionales respectivos. La noción de competencia, en ese escenario, no podría ser otra sino el deber-poder conferido a los entes políticos para la consecución del ideal democrático, o sea, la Constitución justifica la existencia de los entes políticos delante de los deberes que les atribuye para el cumplimiento, incluso y si es necesario, con el uso de ciertas prerrogativas designadas por la expresión poder. El uso del poder sólo se justifica, por tanto, para el cumplimiento del deber determinado en el texto constitucional. De esta forma, el Estado deja de ser un fin en sí mismo para constituirse en instrumento para la realización del bienestar colectivo.

Pero el abordaje de la noción de competencia se hace presente, también, en el debate entre los doctrinadores y científicos del derecho. Pinto Ferreira¹³ dispone que la “competencia es la capacidad jurídica de una corporación pública para actuar”, pudiendo ser repartida entre los entes de la federación, incluso de manera exclusiva, privativa, concurrente, supletoria y complementaria, siendo ese sistema de repartición de competencias imprescindible para el Estado federativo. Ya en la concepción de José Afonso da Silva¹⁴, se debe diferenciar, desde ya, la noción de compe-

12 Villeneuve, Marcel de La Bigne, *Traité général de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1929.

13 Ferreira, Pinto, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 254.

14 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 477.

tencias del concepto de competencias. La primera corresponde a las “diversas modalidades de poder de que se sirven los órganos o entidades estatales para realizar sus funciones”, mientras la segunda, competencia, “es la facultad jurídicamente atribuida a una entidad o a un órgano o agente del Poder Público para emitir decisiones”.

El debate doctrinario busca esclarecer los diversos sentidos que la expresión puede determinar, aunque se haga necesario reservar sentido propio dentro de cada contexto político-estatal. En tratándose del Estado Democrático de Derecho, a ejemplo de la República Federativa de Brasil, la noción de competencia debe ser aquella primeramente expuesta a la apertura de este tópico, la cual orienta el presente estudio sobre la competencia de los Estados miembros en materia ambiental.

El volumen competencias constitucionalmente atribuido a los entes de la federación es lo que posibilita, en regla, el examen más detenido del mayor o menor grado de autonomía de esos entes políticos y del nivel de descentralización del modelo federativo de Estado. Pero es necesario destacar que, en la generalidad de los casos concretos, la mera distribución competencias no satisface al conjunto de las necesidades públicas, especialmente porque, en ese aspecto práctico, la autonomía de los entes federados se afirma dependiente del volumen de recursos por ellos conseguidos, a ejemplo de las políticas públicas de salud, educación, seguridad, entre otras. A pesar de este aspecto condicionante de la efectividad de la descentralización política, el presente estudio se restringe al abordaje de la distribución de competencias en el texto constitucional.

En la federación brasilera, la autonomía de los entes federados se encuentra expresamente prevista en el artículo 18 de la Constitución de la República, lo cual reza *in verbis*:

Art. 18 – La organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.

Solamente con fundamento en la forma como las competencias son repartidas entre los entes federados es que se hace posible analizar el nivel de autonomía de los Estados-miembros y, así pues, debatir el grado de descentralización del federalismo brasilero. Esa descentralización es la propia razón de ser del Estado Federal. Descentralización política, en la visión de André Borges Netto¹⁵, consiste en la: “repartición constitucional de la capacidad de emisión de normas jurídicas, para que cada esfera de poder pueda controlar¹⁶ las conductas de los agentes públicos y de los ciudadanos en determinada comunidad jurídica”.

Las esferas de poder mencionadas en la definición anterior, se refieren, obviamente, a los propios entes federados,

15 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.46

16 Controlar en este contexto significa, como lo explica el mismo autor en la página 47 de su obra, hacer uso de las competencias necesarias que posee cada esfera del poder “ para mediante reglas jurídicas propias, autoregir sus negocios internos y para organizar los asuntos que le fueren delegados como de su peculiar interés, debiendo respetar los límites impuestos por la constitución”.

sobre todo a los Estados-miembros, los cuales se presentan como unidades políticas autónomas en la composición de la estructura político-administrativa de la República Federativa de Brasil. Como personas jurídicas de derecho público interno, esas esferas de poder presentan, por determinación constitucional, capacidad procesal para que figuren en el polo activo o pasivo de demandas judiciales, además de que se afirmen como personas políticas, en la medida en que son dotadas de capacidad legislativa, jurisdiccional y administrativa.

Para muchos juristas, la repartición de competencias es el eje céntrico de la forma federal de Estado, en torno a la cual se relacionan los entes federados. Tómese, por ejemplo, el argumento de Anhaia Mello¹⁷, para quién “Federación es el sistema de repartición de competencias, conforme a lo programado en una Constitución”.

Repartir competencias, sin embargo, no es una tarea simple, teniendo en cuenta la diversidad de intereses entre los entes federados, así como las diferencias de formación histórica, especialmente cuando se trata de repartición local, regional y nacional, como es la peculiaridad del caso del modelo de federalismo brasileiro. En vista de esas especificidades, se adoptó el principio del predominio del interés, como criterio para presidir la repartición de competencias entre las entidades federadas del Estado brasileiro, además de un sistema complejo de técnicas de repartición de competencias, dirigido a asegurar el equilibrio federativo inspirado en el del sistema alemán.

Algunas técnicas tradicionales de repartición de competencias entre los entes federados han sido adoptadas en todo el mundo, por ejemplo:

- I) Enumeración de los poderes de la Unión, reservándose a los Estados las materias no enumeradas o restantes (predominio en México, Australia, EUA, Suiza y Argentina);
- II) Enumeración de los poderes de los Estados, siendo los restantes o residuales atribuidos a la Unión (empleado en Canadá);
- III) Enumeración exhaustiva de los poderes de los entes federados (adoptado en Venezuela y en India).

La utilización de esas técnicas por las diferentes federaciones, en el escenario político mundial, es verificada de varias formas, por ejemplo la federación brasileira utiliza esta última para la repartición de rentas tributarias.

El constitucionalista José Afonso da Silva¹⁸ sostiene que por el principio de la prevalencia del interés las competencias de la federación brasileira son repartidas entre la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, cabiendo a la Unión las materias y cuestiones de predominante interés general, nacional, mientras que a los Estados les tocan las materias y asuntos de predominante interés regional. A los Municipios conciernen los asuntos de interés local, restando al Distrito Federal, que no puede ser dividido en Municipios, las competencias de estos y de los Estado-miembros. Sin embargo, a veces se hace compleja e inocua la tarea de definir precisamente lo que es interés local,

17 Anhaia Mello, José Luiz, *O Estado federal e as suas novas perspectivas*, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 146.

18 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 476.

regional y nacional, pues hay cuestiones que afectan directa y concomitantemente los tres campos de interés, los tres niveles de la federación, tengan o no el mismo alcance de repercusión. Delante de eso, optó el legislador brasileiro por un sistema complejo de técnicas de repartición de competencias, empleado en la Constitución alemana, pretendiendo resguardar el equilibrio entre los distinguidos entes federados.

A diferencia de las técnicas tradicionales de repartición de competencias, la Constitución brasileira de 1988, con fundamento en la técnica adoptada en el sistema constitucional alemán, adopta, de acuerdo con el ya citado José Afonso da Silva¹⁹, la “técnica de la enumeración de los poderes de la Unión (arts. 21 y 22), con poderes remanentes para los Estados (art.25, § 1º) y poderes definidos indicativamente para los Municipios (art.30), pero acuerda, con esa reserva de campos específicos (no siempre exclusivos, pero sí privativos), posibilidades de delegación (art. 22, parágrafo único), áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios (art.23) y sectores concurrentes entre la Unión y los Estados en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales cabe a la Unión, mientras se defiere a los Estados y hasta a los Municipios la competencia suplementaria”.

Por consiguiente, considerando las competencias material y legislativa, pueden estas ser organizadas de la siguiente forma: I) competencia material, poseyendo como subclases la exclusiva

y la común; II) competencia legislativa, comprendiendo la exclusiva, la privativa, la concurrente, la suplementaria y la supletoria.

Se distingue la competencia material de la legislativa por ser aquella, en el decir de Vladimir de Freitas²⁰, “la que atribuye a una esfera de poder el derecho de fiscalizar e imponer sanciones en caso de incumplimiento de la ley,” siendo, por eso, competencia administrativa u organizativa, mientras la competencia legislativa, en el entender de André Netto²¹, “viene a ser la facultad, la aptitud o el poder concedido a las personas políticas para la edición de normas jurídicas infra constitucionales (o de naturaleza constitucional, en el caso de la competencia para editar las Constituciones Provinciales), por intermedio de las respectivas Casas Legislativas, innovando el orden jurídico mediante la creación de preceptos jurídicos establecedores de derechos y de los deberes que les son correlatos”.

Al Estado-miembro le compete legislar de forma exclusiva (art. 25, §§ 1º y 2º), concurrente (art.24), suplementariamente (art. 24, § 2º) y supletivamente (art. 24, § 3º) a la Unión, como también le compete actuar conjuntamente en la administración, organización y fiscalización con la Unión y los Municipios, con ellos estableciendo relaciones de cooperación, en los términos del art. 23 de la Constitución Federal, que da la base de la competencia material de los Estados-miembros.

19 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 477.

20 Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

21 Freitas, Vladimir Passos de, *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

Se impone reconocer, sin embargo, no obstante la autonomía política de cada miembro federado y la existencia de un campo de responsabilidad política común, lo que transcurre de la inexistencia de supremacía política entre los entes federados y de la necesidad de encontrar respuesta a problemas que afectan a todos, pues sobre todos ellos recae el costo político de las decisiones.

Conforme a lo demostrado, algunos autores consideran disminuida la participación de los Estados-miembros en el proceso de decisión y construcción de la nación, con miras a la amplia gama de competencias que quedó a cargo de la Unión, considerando el federalismo brasileiro como centrífugo y uno de los más centralizadores del mundo. Es un debate relevante y fértil en la medida en que contribuye para la maduración de la reflexión sobre la experiencia federalista brasileira y concurra para el perfeccionamiento de ese modelo de Estado.

Las competencias ambientales en la Constitución brasileira

Al tratar de la incumbencia del poder público en materia ambiental, siguiendo las tendencias más contemporáneas de la legislación, el legislador constituyente brasileiro, de un modo general, impuso a todas las esferas de poder (art. 225, §1º):

1. preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales;
2. proveer el manejo ecológico de las especies y ecosistemas;
3. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País;
4. fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;
5. definir, en todas las unidades federativas, espacios territoriales especialmente protegidos;
6. exigir la realización del estudio previo sobre el impacto ambiental y el consecuente informe;
7. controlar la producción, la comercialización y el empleo de tecnologías y sustancias nocivas o que amenacen la sostenibilidad del ambiente;
8. promover la educación ambiental;
9. proteger la fauna y la flora.

Además de eso, el mismo dispositivo constitucional prevé la responsabilidad y las sanciones penales, administrativas y civiles para terceros, particulares y todos aquellos que, de cualquier forma, produzcan conductas lesivas para el medio ambiente (art. 225, § 3º), además de establecer el licenciamiento y el área ambiental como instrumentos de la política nacional de medio ambiente.

Tutela, aún de manera expresa, en calidad de patrimonio nacional, reafirmando el principio de la soberanía nacional, regiones como la selva amazónica brasileira, la mata atlántica, la sierra del mar, el pantanal mato-grossense y la zona costera (art. 225, § 4º).

El cuadro esquemático que se propone abajo revela lo que el texto constitucional brasileiro ofrece en cuanto a la repartición de competencias entre los entes federados:

Entes federados	Comp. Legislativas	Comp. Materiales
UNIÓN	Exclusiva: art. 21 Privativa: art. 22 e 22, párrafo único (delegable) Concurrente: art. 24	Exclusiva: art. 21 Común: art. 23
ESTADOS	Exclusiva remanente: art. 25, §§ 1° e 2° Concurrente: art. 24 suplementaria: art. 24, § 2° Complementaria: art. 24, § 3°	Exclusiva: art. 25, § 1° Común: art. 23
MUNICIPIOS	Exclusiva: art. 30, I Concurrente: art. 24 Suplementaria: art. 30, II	Exclusiva: art. 30, III a VIII Común: art. 23

Fuente: Constitución brasilera de 1988.

Se sabe desde ya que compete a la Unión en la regla, la elaboración de normas generales, mientras a los Estados les compete la elaboración, de modo suplementario, esas mismas normas. Solamente al ente céntrico es que la Constitución le atribuyó competencias privativas.

En cuestión de medio ambiente la repartición de competencias, entre los entes federados y según el texto de la Constitución de 1988, es realizada de la siguiente forma:

Competencia material y legislativa exclusiva de la Unión:

Artículo 21 - Compete a la Unión: (...)IX - elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social; (...) XVIII - planear y promover la defensa permanente contra las calamidades públicas, especialmente las sequías y las inundaciones; XIX - instituir sistema nacional de gerencia de recursos hídricos y definir criterios que otorguen los derechos de su uso; XX - instituir directrices para el desarrollo urbano, inclusive habitación, saneamiento básico y transportes urbanos; (...)XXIII - explorar los servicios e instalaciones nucleares de cualquier naturaleza y ejercer monopolio estatal sobre la investigación, al labrado, enriquecimiento y reprocesamiento, industrialización y comercio de minerales nucleares y sus derivados, atendiendo los siguientes principios y condiciones: a) toda actividad nuclear en territorio nacional solamente será admitida para fines pacíficos y mediante aprobación del Congreso Nacional; b) bajo régimen de concesión o permiso, es autorizada la utilización de radioisótopos para la investigación y usos medicinales, agrícolas, industriales y actividades análogas; c) la responsabilidad civil por daños nucleares independe de la existencia de culpa; (...)

Competencias material y legislativa de los Estados:

Artículo 25 - Los Estados se organizan y se rigen por las Constituciones y leyes que adoptaran, observando los principios de esta Constitución§.
1° - Son reservadas a los Estados las competencias que no les sean vedadas por esta Constitución.

Competencias material y legislativa de los Municipios:

Artículo 30 - Compete a los Municipios: I - legislar sobre asuntos de interés local; (...)VIII - promover, en lo que sea pertinente, el adecuado ordenamiento territorial mediante la planificación y control del uso, división y ocupación del suelo urbano; (...)

Competencia exclusiva es aquella indelegable, o sea, propia de determinado ente federativo e intransmisible a cualquiera otro componente de la federación o aún, en palabras de André Tavares, “es aquella en la cual cada ente federativo tiene su campo de actuación propia, excluyente de la actuación de cualquiera otra entidad federativa”²².

La exclusividad de competencias previstas en la Constitución para la Unión, sea en razón de la cantidad de materias, sea en relación a la relevancia de ellas, le concede una posición superior a las de los demás entes federativos, especialmente en lo que concierne a la tutela ambiental, así expuesta por José Afonso da Silva: “la Unión resta una posición de supremacía en lo que atañe a la protección ambiental. A ella incumbe la política general del Medio Ambiente, lo que ya fue materializado por la Ley 6.938, de 1981”²³. Como consecuencia, se tiene presente, en esa supremacía, la evidencia de que el poder del gobierno céntrico se afirma superior delante del poder autónomo de las demás entidades federadas.

En tratándose de los Estados-miembros y de esa modalidad de competencia relativa en materia ambiental, afirma aquel autor que “los Estados no tienen competencia exclusiva en cuestión de medio ambiente”²⁴, poseyendo sólo competencia suplementaria cuando la cuestión se refiere a esa materia.

Los municipios tampoco poseen competencias exclusivas específicas en cuestiones ambientales, pero a ellos esta designada, en los incisos del art. 23 del Texto Superior, la competencia común y la competencia legislativa para suplementar las leyes provinciales y federales sobre cuestiones de medio ambiente, revisando sus especificaciones para la aplicación frente a los particulares locales.

En cuanto a la competencias legislativas exclusivas ambientales de la Unión, esta determinado por el constituyente:

Artículo 22 - Compete privadamente a la Unión legislar sobre: (...)IV - aguas, energía, informática, telecomunicaciones y radiodifusión; XII - yacimientos, minas, otros recursos minerales y metalurgia; (...)XIV - poblaciones indígenas; (...)XXVI - actividades nucleares de cualquier naturaleza; (...)Párrafo único - Mediante ley complementaria se podrá autorizar a los Estados a legislar sobre cuestiones específicas de las materias relacionadas en este artículo.

22 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. .

23 Lobo, Paulo Luiz Neto, *Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988*, Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 26 n°101, jan/mar 1989 e Dallari, Sueli Gandolfi, *Os estados brasileiros e o direito à saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995.

24 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 76.

El texto arriba transcrito hace expresa referencia a la materia de competencia legislativa privativa de la Unión, una vez que es solamente a ella que compete legislar sobre las materias del art. 22 pues, por medio de la regla, se trata de cuestiones de interés predominantemente nacional. Pero, conforme establece el párrafo único del dispositivo transcrito, la Unión podrá delegar competencia, a los Estados-miembros, para que estos legislen sobre cuestiones específicas relativas a las materias del referido artículo. Por esta razón, la competencia exclusiva es denominada, también, como competencia delegada.

A pesar de esa posibilidad constitucional, la delegación de competencias debe ser vista como excepción a la regla de que el ejercicio de las funciones estatales cabe a las personas designadas por el legislador constituyente. Pero es esa posibilidad de delegación que posibilita diferenciar la competencia privativa de la competencia exclusiva, una vez que en esta no hay como realizar cualquier transmisión de competencia a otro ente federativo en el transcurso de la relevancia del interés nacional que reviste las materias exclusivas de la Unión.

La delegación en materia de la competencia exclusiva de la Unión, para ser legislada por los Estados, debe ser concedida por ley complementaria, en consonancia con lo determinado en el párrafo único del artículo 22 de la Constitución, ley complementaria ésta que especificará las condiciones y los límites en que se dará el ejercicio de la competencia delegada a los Estados-miembros sobre la referida materia, no pudiendo, estos, innovar o ir mas allá de lo autorizado y definido en la propia ley delegante.

En el campo de la competencia material ambiental común, la Constitución brasilera establece:

Artículo 23 - Es competencia común de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios: (...) III - proteger los documentos, las obras y otros bienes del valor histórico, artístico y cultural, los monumentos, los paisajes naturales notables y las casas de campo arqueológicas; IV - impedir la evasión, la destrucción y la descaracterización de obras de arte y de otros bienes de valor histórico, artístico o cultural; (...) VI - proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas; VII - preservar las florestas, la fauna y la flora; Párrafo único - Mediante Ley complementaria se fijarán normas para la cooperación entre la Unión y los Estados, Distrito Federal y los Municipios, con miras al equilibrio del desarrollo y del bienestar en ámbito nacional.

La competencia común de la Unión, Estados y Municipios es aquella que hace iguales, “comunes” para las entidades federativas, las cuestiones del art. 23, o sea, establece las mismas materias para los entes que componen la federación, facultándoles el tratamiento en conjunto, en asociación o aislados de las referidas materias. En la comprensión de André Tavares, la competencia común “Es aquella por la cual todos los entes federados detentan, concomitantemente, idéntica competencia”²⁵, pudiendo ser cumulativa, paralela y simultáneamente de todos los entes federativos.

Hay, en las materias desarrolladas en el artículo 23, relevantes valores de alcance social, para cuya realización y mantenimiento, según Paulo Luiz Neto

25 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 875.

Lobo y Sueli Gandolfi Dallari²⁶, entre otros doctrinantes, la acción del poder público trasciende, o por lo menos debería trascender, las discusiones acerca de los límites y espacios establecidos para la definición de las competencias de los entes políticos. De otra parte, la acción estatal se confiere simultáneamente, a todos los entes federados como deberes, los cuales deben ser observados y realizados de forma cooperada y coordinada”.

Fernanda Almeida²⁷, refiriéndose a la cooperación y a la coordinación en el ejercicio de las competencias materiales comunes, al contrario de los que defienden la tesis de que en el ejercicio de la competencia común no puede prevalecer la supremacía de cualquier nivel de poder, observa que, “la ley complementaria prevista en el párrafo único del artículo 23 no retirará de la Unión el comando general en el campo de las competencias materiales comunes, a partir del comando legislativo que le pertenece”. En ese mismo sentido, Anna Cândida de la Cunha Ferraz ya había afirmado que:

Las actividades que sean ejercidas en el campo material de las competencias ‘comunes’ solamente podrán ser ejecutadas, en la generalidad de los casos, fundamentadas en reglamentación normativa precedente, oriunda de más de un nivel normativo de poder. En esa hipótesis, ocurrirá la llamada repartición vertical de competencias, lo que significa decir que la

actividad podrá ser ejercida por las diferentes esferas políticas, sin embargo estará sujeta a la disciplina legislativa jerarquizada y la reglas impuestas por el poder céntrico. (...) El principio que rige ese reparto (de competencias comunes) es lo de la ‘coordinación y cooperación’, entre las entidades políticas bajo el amparo de la legislación federal²⁸.

Sin embargo, la falta de un consenso doctrinario acerca de ese punto, son comunes en las responsabilidades de los entes federados y en la tutela de las cuestiones ambientales, esto de acuerdo con la redacción del artículo 23 del texto constitucional.

Competencia legislativa ambiental concurrente:

Artículo 24 - Compete a la Unión, a los Estados y a Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: (...)VI - selvas, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución; VII - protección al patrimonio histórico, cultural, artístico, turístico y paisajístico; VIII - responsabilidad por daño del medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico

26 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 78.

27 Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2000, pp. 129-137.

28 Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal. A nova constituição paulista*, São Paulo, Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989, pp. 65 e 67.

y paisajístico; (...)§ 1º - En el ámbito de la legislación concurrente, la competencia de la Unión de limitarse a establecer normas generales. § 2º - La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los Estados. § 3º - Ante la inexistencia de ley federal sobre normas generales, los Estados ejercerán la competencia legislativa plena, para atender la sus peculiaridades. § 4º - La superveniencia de ley federal sobre normas generales suspende la eficacia de la ley provincial, en lo que le fuera contrario.

La competencia concurrente es aquella en la cual la Unión, los Estados-miembros y el Distrito Federal pueden legislar sobre el mismo asunto. Conforme a ello afirma Celso Antônio Pacheco Fiorillo, esa competencia “se caracteriza por la posibilidad de que Unión, Estados y Distrito Federal dispongan sobre el mismo asunto o materia, siendo que a la Unión podrá legislar sobre normas generales”²⁹. Por lo tanto, compete a la Unión la formulación de normas generales, mientras que la de los Estados es reservada a la elaboración de normas suplementarias y específicas, a fin de adaptar las normas generales a las peculiaridades de la realidad regional, social y política de cada unidad política periférica.

En la hipótesis, todavía, de falta o inexistencia de norma general de, vacíos no subsanados por la Unión, deviene a los Estados ejercer plenamente la

competencia legislativa, apuntando a la atención de sus peculiaridades, lo que se denomina competencia legislativa concurrente supletoria. Esas normas generales, oriundas de la competencia supletoria, con el fin de servir a las necesidades de las comunidades jurídicas regionales, tendrán eficacia tan sólo para el territorio del Estado que las dictó, como también serán efectivas sólo y hasta al tiempo de la edición de ley federal que establezca normas generales sobre la materia, excepto en aquello en que no fuera en desacuerdo con esta última. Se trata de la suspensión de la eficacia de ley provincial por superveniencia de ley federal.

Competencia legislativa ambiental suplementaria:

De los Estados y de Distrito Federal:

Artículo 24 - Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: (...)§ 1º - En el ámbito de la legislación concurrente, la competencia de la Unión debe limitarse a establecer normas generales. § 2º - La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los Estados. § 3º - Inexistiendo ley federal sobre normas generales, los Estados ejercerán la competencia legislativa plena, para atender la sus peculiaridades. § 4º - La superveniencia de ley federal sobre normas generales suspende la eficacia de la ley provincial, en lo que le fuera contrario.

De los Municipios:

Art. 30 - Compete a los Municipios: (...)II - suplementario la legislación federal y la provincial en lo que corresponda;

29 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 61.

La competencia legislativa suplementaria consiste en aquella que autoriza a los Estados, Distrito Federal y Municipios complementar y especificar las normas generales elaboradas por la Unión, y aún suplir las posibles omisiones y lagunas de esas normas por medio del ejercicio pleno de la legislación, con miras a sus especificidades regionales y locales.

Los Estados-miembros y los Municipios van a legislar, por medio del texto constitucional, a legislar, bien sea para desplegar y detallar la norma general de la Unión, o bien sea para suplir sus lagunas, lo que en la comprensión de André Netto, “lleva a la conclusión de que al hacerse mención a la competencia suplementaria, puede significar que esa competencia es complementaria en cuanto que ella es supletoria”³⁰. Por cuenta de eso, al tratarse de competencia suplementaria, prosigue el autor, “se debe entender que los Estados-miembros son titulares de competencia complementaria y competencia supletoria.”³¹

Exponiendo una noción diferente sobre la extensión del término suplementario, en su obra *Derecho ambiental brasileiro*, Paulo Affonso Leme Machado sostiene que:

Suplemento es lo que suple, es la “parte que une a un todo para ampliarlo o para perfeccionarlo. Lo que sirve para suplir cualquier falta.” de esta forma, no se suplementaría la legislación que no exista. Por lo tanto, cuando la competencia de la persona de Derecho Público interno sea solamente suplementaria a la legislación de otro ente, no habría existencia de normas, es decir no existiría el poder supletorio. No se suplementa una regla jurídica simplemente por el hecho de que los Estados innoven frente a la legislación federal. La capacidad suplementaria está condicionada a la necesidad de perfeccionar la legislación federal o frente a la constatación de lagunas o de imperfecciones de la norma general federal.

La expresión competencia suplementaria, pues, teniendo en cuenta la inexistencia de una norma jurídica procedente de un ente federativo superior, no necesariamente comprendería, de acuerdo a la posición del autor Paulo Affonso Leme Machado³², la competencia supletoria, lo que traduce más una cuestión de divergencia acerca de sutilezas doctrinarias que propiamente un problema jurídico crucial. Prosiguiendo con el análisis jurídico de la competencia legislativa suplementaria, vale la pena reconocer que los Municipios, en específico, pueden suplementar tanto el ordenamiento federal como el provincial, desde que contemplen dos requisitos o dos condiciones, así apuntadas por André Tavares: “1a) la presencia del interés local y 2a) la compatibilidad con la legislación federal y estatal”³³.

30 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 138 e 139.

31 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 138 e 139.

32 Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87.

33 Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 878.

Ya la competencia residual cabe y se destina a los Estados-miembros, pues es lo que resta o sobra a partir de las determinadas a la Unión y a los Municipios, o sea, en las reflexiones de André Luiz Borges Netto, las...

...órdenes jurídicas periféricas podrán innovar la orden jurídica, mediante la expedición de actos normativos infraconstitucionales, desde que la materia a ser objeto de legislación no esté en el rol de las competencias reservadas a la Unión y a los Municipios, tanto explícita cuanto implícitamente. Con base en la competencia residual, las Casas Legislativas Provinciales pasan a estar dotadas de la capacidad para crear todas las normas jurídicas relativas a temas que no estén previstos en la franja de competencias de la Unión y de los Municipios³⁴.

La Constitución del Estado de Amazonas, en su artículo 16, establece un excelente paradigma de esa modalidad de competencia cuando dispone que el “Estado ejercerá, en su territorio, todas las competencias que no hubieran sido atribuidas con exclusividad, por la Constitución de la República, a la Unión y a los Municipios”.

La competencia suplementaria, por lo tanto, se dará siempre en relación a la competencia concurrente. En tratándose de materia ambiental, podrán ocurrir situaciones en que la norma general no responda a las diversas peculiaridades regionales, debiéndose recurrir, así, a la competencia suplementaria. Con base en cada ordenamiento constitucional provincial, por lo tanto, la respectiva comunidad política y jurídica podrá dar especificidad a las normas generales edita-

das por la Unión, recogiendo la efectiva y singular tutela ambiental exigida por cada realidad.

Conclusión

Delante de ese breve abordaje, es oportuno retomar algunos matices del debate jurídico acerca de las tendencias de la federación, acordando que, para Celso Fiorillo³⁵, esa repartición valora el federalismo brasileiro, dando más autonomía a los Estados y Municipios, mucho aunque, en el entender de José Luiz Quadros de Magalhães³⁶, el modelo federal del Estado brasileiro aún sea extremadamente centralizado.

Sin embargo, es necesario considerar que el proceso de formación del federalismo brasileiro, por disgregación política, presenta, en síntesis, una fuerte predisposición a la descentralización con la transferencia de competencias, en escala creciente, del poder céntrico para los poderes periféricos. Empero, en la realidad de los hechos, influenciado por la historia política nacional, la centralización ha sido la regla determinante para el continuado desequilibrio de fuerzas entre los entes federados, asegurando la supremacía de la Unión en detrimento de la autonomía de los Estados-miembros y Municipios, contrariando los fundamentos constitucionales del Estado federal brasileiro.

En lo pertinente a las competencias de los entes políticos para disponer sobre las cuestiones ambientales, lo que

34 Borges Netto, André Luiz, *Competências legislativas dos estados-membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 111.

35 Fiorillo, Celso Antônio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 62.

36 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 18.

antes se presentaba como una dificultad, sobre todo porque la cuestión era discutida en el campo de las pretensiones patrimoniales, hoy la cuestión parece superada, principalmente porque el texto constitucional atribuye carácter supra patrimonial al bien ambiental. Esto determina que los Estados-miembros de la federación brasileña actúen, en el campo legislativo de las cuestiones ambientales, de forma autónoma y concurrente con La Unión y Municipios, así como les garantiza disponer sobre la cuestión, en el ejercicio de la competencia común otorgada por el artículo 23 de la Constitución de la República.

La mayor o menor efectividad de la descentralización política entre las unidades federadas es medible con el uso de las técnicas de repartición de competencias consideradas, inclusive, en sus combinaciones, a ejemplo de la realidad brasileña, que comporta la relación entre competencias exclusivas, privativas, concurrentes, comunes, complementarias, supletorias y residuales.

La evolución política de las formas de Estado tiene en la descentralización del Poder, según la comprensión de José Luiz Quadros de Magalhães³⁷, su característica determinante, lo que importa afirmar que cuánto mayor sea el grado de descentralización del poder, tanto más evolucionado, bajo el prisma político, tiende a ser el Estado. La autonomía federativa, en la óptica de José Afonso da Silva³⁸, se fundamenta en dos elementos básicos, a saber, la existencia de órganos gubernamentales propios y la posesión de competencias exclusivas, lo que se verifica reconocido, a todos los entes federados, en el texto constitucional brasileño.

Considerando la naturaleza indivisible de los derechos fundamentales³⁹, es inexorable la necesidad de la descentralización del Poder con vistas al fortalecimiento del poder local, haciendo las decisiones estatales más céleres y eficientes al mismo tiempo en que enfatizan el respeto a las diversidades culturales de las localidades de una misma estructura estatal, contribuyendo, así, para la afirmación de una realidad democrática. La ciudadanía, como derecho fundamental y, por lo tanto, indivisible, no puede tener su concepto reducido al aspecto de la participación política, pero antes se afirma como derecho a la saludable calidad de vida, derecho ese considerado en amplio sentido y decurrente de la garantía mayor a la dignidad de la persona humana.

37 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, pp. 13 e 14. Afirma, ainda, aquele autor, que (...) “a tradicional classificação de formas de Estado em unitário e federal está também superada pela evolução das formas de organização territorial e repartição de competências, cada vez mais complexas e ricas, havendo claramente, em nível mundial, uma valorização crescente da descentralização territorial efetiva, como forma de ganhar em agilidade, eficiência e, principalmente, democracia, consagrando o respeito à diversidade cultural, que permite que sejam encontradas soluções criativas que respeitem o sentimento da localidade, da região cultural e principalmente do sentimento de cidadania que se constrói na rica diversidade das culturas das cidades, espaço real e não virtual.”

38 Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 71.

39 Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, ver Piovesan, Flávia C, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2000.

La cuestión ambiental es primordial para la sana calidad de vida y, por esto, reclama tutela estatal eficiente, en cuanto a la celeridad de las respuestas a las demandas llevadas al conocimiento del Estado (pues casi siempre los daños son irreversibles), como en cuanto a la efectividad de las normas de protección ambiental. De ahí porque el medio ambiente debe ser tratado como bien público de interés difuso, pues cabe al Estado su inmediata protección, tanto con políticas preventivas cuanto represivas. A la colectividad, porque principal destinatario de ese bien, cabe, de igual suerte, su defensa y preservación para las presentes y futuras generaciones, conforme lo dispone la legislación más relevante sobre la materia, *ex vi* del artículo 225 de la Constitución brasilera, complementado por los dispositivos de la ley 6.938, de 31.08.1981, ley esta que dispone sobre la política nacional del medio ambiente.

Para algunos, el texto constitucional particularmente en lo que se refiere a las cuestiones ambientales, al reforzar los lazos federalistas con el nivel de descentralización de competencias adoptado, lo que se verifica a partir del fortalecimiento del papel de los Estados-miembros en la edificación y fortalecimiento del Estado democrático, presenta una nueva concepción de federalismo⁴⁰. Otros no visualizan, en esa repartición de competencias, cualquier elemento que indique algún perfeccionamiento del modelo de federalismo brasilero, Paulo de Bessa Antunes, por ejemplo, dice que “El sistema federativo adoptado por nuestro País, crea situaciones que no son jurídicamente muy claras y que necesitan de estudio cuidadoso para su correcta comprensión”⁴¹. Aunque las competencias legislativas en materia ambiental ya se encuentren distribuidas en el texto constitucional, sostiene el mismo autor que el sistema legislativo no siempre funciona de modo integrado, como sería de esperarse, debiéndose tal hecho a toda una gama de circunstancias que varían desde intereses locales y particularizados hasta conflictos interburocráticos y, seguramente, llegan hasta las dificultades inherentes al propio sistema federativo tripartita⁴².

Argumentando acerca de la centralización del modelo de federalismo brasilero, Luiz Quadros de Magalhães, a su tiempo, justifica que “toda y cualquier actuación del Legislativo y del Ejecutivo de la Unión para centralizar competencias, centralizar recursos, centralizar poderes, uniformizar o padronizar comprensiones direccionadas a los Estados-Miembros y o/municipios es conducta inconstitucional y debe ser combatida”⁴³. Aún según el mismo autor, la comprensión del carácter centrífugo del federalismo brasilero es de fundamental importancia para su correcta lectura constitucional y el consecuente control de constitucionalidad⁴⁴.

40 Isto é reforçado, de certo modo, pelo entendimento de Celso Fiorillo, *op. cit.*, p. 62, ao postular que (...) podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um ‘teto’ de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios jamais poderão legislar, de modo a oferecer menos proteção ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais.

41 Antunes, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 53-54.

42 Antunes, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 53.

43 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 21.

44 Magalhães, José Luiz Quadros de, *Pacto federativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 19.

Sigue la controversia, por lo tanto, la discusión doctrinaria sobre la repartición de competencias instituida en la Constitución de 1988, en cuanto a su relevancia para el perfeccionamiento del federalismo brasileiro. El problema, debe ser focalizado en un escenario más amplio, considerando la relación entre los poderes de la República, cuya independencia y armonía nunca se dieron más allá del texto constitucional, en cuanto las intrascendentes disparidades económicas, sociales y políticas verificadas entre los diversos Estados-miembros, haciendo que algunos intereses prevalezcan en detrimento de otros, aunque estos sean más legítimos y algunas veces más urgentes que aquellos.

Esos condicionamientos afectan el federalismo brasileiro de tal forma que, aún delante de todo ese acervo de competencias legislativas y administrativas atribuidas a los entes que lo integran, ese modelo político aún es precario en el tratamiento de la cuestión ambiental, dándose que deba mejores resultados a la sociedad nacional y mundial, especialmente en cuanto a la producción de acciones más eficaces y de efectos más concretos para con el cumplimiento de lo dispuesto en el referido artículo 225 del texto constitucional. Así, la distribución de las competencias constitucionales ambientales debe considerar el carácter fundamental y la relevancia transnacional que revisten el tema, sin lo que la actuación del Estado puede venir a ser considerada abusiva, porque carece de legitimidad.



Albergue: "La 72". Tenosique, Tabasco.

Nombre: Herson Alberto Hdz. Rivera **Edad:** 24 años **Estado civil:** -----

Origen: San Miguel, El Salvador **Destino:** Panorama City, California

Ocupación: Trabajos diversos

Motivo de migración: Vivió ya siete años en EU. Deportado pero intenta cruzar de nuevo. Teme volver al Salvador por represalias de la Mara.

Contratiempos durante el trayecto: Fue asaltado en las vías en Tierra Blanca, Ver.

"Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical"

Título: Reliquias 02
Autora: Olivia Vivanco
País: MÉXICO

Alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en sede administrativa a la luz de la ley 1437 de 2011*

■ Por: *Luis Yesid Villarraga Flórez***

Resumen

El artículo 230 de la Constitución Política, al señalar que los jueces, en sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”, establece que en el orden jurídico la ley, en su acepción genérica y más comprensiva, ocupa un lugar preeminente en el sistema de fuentes del Derecho, reiterando este concepto en el inciso segundo de la misma norma superior, al referirse a la jurisprudencia –y a la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho- como criterio auxiliar de la función judicial. Esto es, que por regla general, la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la profieren, un valor de fuente auxiliar en su labor de interpretación de las normas jurídicas, acorde con su autonomía.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales y servidores públicos cuando se trata de la proferida por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones previstas en la Carta Política; fuerza derivada de mandatos constitucionales que consagran la supremacía de la Constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio

* Documento breve que presenta resultados originales parciales de una investigación científica sobre el tema.

** LUIS YESID VILLARRAGA FLOREZ, Abogado, Conciliador en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo, Docente de la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo de UNISABANETA.

de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación y en igual sentido indicó que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos y por consiguiente reiteró que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive, con efectos erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes e inter partes para los fallos de tutela.

En consecuencia, de manera acertada, la Corte dispone que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, pues no se puede desconocer la supremacía y majestuosidad de dicho órgano en casos inclusive, donde por vía de Tutela se han anulado decisiones del Consejo de Estado que han resultado violatorias de Derechos Fundamentales de muchos colombianos.

Palabras clave: Extensión de la Jurisprudencia, Sentencias de Unificación, Precedente Jurisprudencial, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Ratio decidendi, Erga Omnes

Scope of judgments of unification of the council of state and the constitutional court administrative office seen from the 1437 act of 2011

Abstract

Article 230 of the Constitution, noting that judges in their decisions “are subject only to the rule of law” stipulates that the legal law, in its generic and comprehensive sense, occupies a prominent place in the system of sources of law, reiterating this concept in the second paragraph of the same high standard, referring to the law-and the doctrine, equity and the general principles of law as an auxiliary criterion-judicial function. That is, generally, the jurisprudence has for the same judges who proffer it an auxiliary source of value in their work of interpretation of legal norms, according to its autonomy.

Notwithstanding the foregoing, the Constitutional Court has ruled that being the jurisprudence, in principle, an auxiliary criterion of interpretation is binding for judicial officers and public servants when it comes from the proffered by the

organ closures of the various jurisdictions under the Constitution; force derived from constitutional provisions that enshrine the supremacy of the Constitution, the duty of securing all public authorities to the Constitution and the law, the right to equality before the law, due process, the rule of law and good faith which must adhere actions of public authorities, not being contrary but complementary to the concept of jurisprudence as an auxiliary criterion of interpretation and in the same direction indicated that the concept of rule of law that are subject to administrative and judicial authorities refers to implementing the package of constitutional and legal provisions, including the judicial interpretation of the highest judicial organs, application that in any case should be in line with the Constitution, the supreme law and the starting point for any application of legal statements to specific cases and therefore reiterated that the judgments of the Constitutional Court, in exercise of the particular control as abstract constitutionality will make *res judicata* and are binding, in the part, with *Erga Omnes* effects in the case of constitutionality ruling control of laws and inter parties for tutelage decisions.

Consequently, in appropriate ways, the Court orders the authorities to extend the effects of unification jurisprudential judgments issued by the Council of State and preferably observe precedents of the Constitutional Court interpreting the constitutional rules governing the resolution of matters within its competence, since one cannot ignore the supremacy and majesty of that body in cases even where via Tutelage decisions of the State Council have been annulled as a result of the violation of Fundamental Rights of many Colombians.

Keywords: Extension of jurisprudence, Unification sentences Jurisprudential precedent, Constitutional Court, Council of State, *Ratio decidendi*, *Erga Omnes*

Introducción

Con la expedición de la novedosa Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o el conocido y en adelante C.P.A.C.A., que empezó a regir el 2 de julio de 2012, se genera la necesidad de analizar la situación que eventualmente se le presente a las autoridades administrativas al tener que hacer uso de la figura de la extensión de la jurisprudencia y aplicar el precedente jurisprudencial, con base en lo consagrado en la Corte Constitucional en sentencias C- 634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 al estudiar las demandas de inconstitucionalidad en contra de las normas que introdujeron estos novedosos mecanismos en sus Artículos 10, 102, 269 y 270.

En efecto, las dificultades que surgen de esta figura novedosa de la extensión de la Jurisprudencia radican básicamente en los criterios que adoptan las autoridades administrativas al tener que decidir situaciones concretas y en especial, si esta extensión frente a las sentencias de Unificación debe y tiene que hacerse aplicable a los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional, pese a encontrarnos en un espectro netamente administrativo y contencioso administrativo, cuyo máximo órgano jurisdiccional es el Consejo de Estado.

Por ello, a través del presente artículo buscaremos generar una ilustración suficiente con relación al alcance de la Jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y que especialmente constituyen pronunciamientos que gozan de la calidad de sentencias de Unificación, teniendo efecto vinculante para resolver asuntos en sede administrativa.

El problema

Planteamiento del Problema:

Lo que se busca con el presente artículo es identificar y tener claridad con relación al alcance de la Jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y qué especialmente constituyen pronunciamientos que gozan de la calidad de sentencias de Unificación, teniendo efecto vinculante para resolver asuntos tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Es por ello que se considera conveniente analizar la situación que eventualmente se le presente a las autoridades administrativas y jurisdiccionales al tener que hacer uso de la figura de la extensión de la jurisprudencia y aplicar el precedente jurisprudencial, con base en lo consagrado en la Corte Constitucional en sentencias C- 634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.

En efecto, las dificultades que surgen de la figura novedosa de la extensión de la Jurisprudencia radican básicamente en los criterios que adoptan las autoridades administrativas al tener que decidir situaciones concretas y en especial, si esta extensión frente a las sentencias de Unificación debe y tiene que hacerse aplicable a los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucio-

nal, pese a encontrarnos en un espectro netamente administrativo y contencioso administrativo, cuyo máximo órgano jurisdiccional es el Consejo de Estado.

Formulación del problema:

Desde lo anteriormente planteado, debe entonces formularse la pregunta a resolver, la cual no podrá ser otra sino: ¿son vinculantes y obligatorias en sede administrativa las sentencias de Unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para los servidores públicos de todos los sectores de la Administración, con relación a la figura de la extensión de la jurisprudencia prevista en la nueva Ley 1437 de 2011?

Justificación:

Las razones o motivos que llevan a formular el presente proyecto se originan en los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional en sentencias C- 634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 lo cual genera la necesidad de establecer tanto para la práctica del litigio como para la consultoría y asesoría a entidades estatales; así como ilustrar académicamente cuál es el alcance que tiene la figura novedosa de la Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado y si dicha figura se extiende en igual sentido a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El estudio de estos temas resulta enriquecedor para quienes se dedican al estudio del Derecho Administrativo, en tanto permitirá identificar claramente las figuras procesales en sede administrativa y contenciosa que hoy día permiten resolver situaciones jurídicas acudiendo a esta figura del precedente jurisprudencial y además para transmitir y discutir este análisis en la academia.

La figura de la unificación de la jurisprudencia y el precedente jurisprudencial

Los Artículos 270 y 271 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., consagran lo siguiente:

“Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36a de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.”

Hasta acá, de la sola lectura de la norma resulta ilustrativa y pedagógica la forma en que se describe qué es una sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado, pero vale la pena traer a este documento lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 588 de 2012 al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 270 de la aludida norma, cuando al respecto dijo:

“Los problemas jurídicos que le correspondió resolver a la Corte Constitucional consistieron en definir: (i) si la aplicación extensiva de las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado que reconocen un derecho a quienes se hallen en la misma situación fáctica y jurídica resuelta en ella, vulnera el sistema de fuentes del Derecho previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, al desconocer el carácter de criterio auxiliar de interpretación; (ii) si el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en lo demandado, desconoce el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4º de la Constitución y las competencias que el artículo 241 de la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional, configurándose una inconstitucionalidad por omisión del legislador. De manera preliminar, la Corte procedió a efectuar la integración normativa del inciso séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, con el inciso primero

demandado del mismo artículo, por la relación directa y necesaria entre ambas proposiciones, dado que la omisión legislativa que el actor predica de la disposición acusada, también puede alegarse frente al enunciado que se integra.

El análisis de la Corte comenzó por precisar que el artículo 230 de la Constitución Política, al señalar que los jueces, en sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”, está disponiendo que en el orden jurídico la ley, en su acepción genérica y más comprensiva, ocupa un lugar preeminente en el sistema de fuentes del Derecho. Este precepto se reitera en el inciso segundo de la misma norma superior, al referirse a la jurisprudencia —y a la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho— como criterio auxiliar de la función judicial. Esto es, que por regla general, la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la profieren, un valor de fuente auxiliar en su labor de interpretación de las normas jurídicas, acorde con su autonomía.

Siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, la Corte reiteró que ella tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se trata de la proferida por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones previstas en la Carta Política. Tal fuerza vinculante deriva de mandatos constitucionales que consagran la supremacía de la Constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación. A su vez, las autoridades administrativas son también sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales. Adicionalmente, frente a ellas, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial.

En consecuencia, la orden del legislador dada a la autoridad administrativa en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es desarrollo del concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las altas corporaciones de justicia. Por tal razón, la Corte encontró que esta disposición resulta compatible con la Constitución y por ende, debía ser declarada exequible frente al cargo de violación del artículo 230 de la Constitución.

En relación con el cargo de inconstitucionalidad por omisión del legislador al ordenar en las actuaciones administrativas la extensión de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado a casos similares, sin hacer lo propio con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de interpretación de la Constitución y de protección de los derechos constitucionales en los procedimientos administrativos, la Corte reafirmó lo señalado en la sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, con ocasión de una demanda contra el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 en el sentido de aclarar que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos. De igual modo, reiteró que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutoria, con efectos erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes e inter partes para los fallos de tutela, por regla general y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi. Por tal motivo, la Corte concluyó que limitar dicha fuerza vinculante a las sentencias en materia ordinaria o contencioso administrativa configuraba una omisión legislativa que con-

duce a la declaración de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del citado artículo 114, para incluir las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales que profiere la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos.

A la misma conclusión llegó la Corte en el caso concreto, toda vez que si bien el deber establecido en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 para que las autoridades extiendan los efectos de una sentencia de unificación dictada del Consejo de Estado se aviene a la Constitución, excluir de ese deber las sentencias de la Corte Constitucional tanto en control abstracto como de unificación en materia de tutela, constituye una omisión legislativa violatoria de las competencias fijadas en el artículo 241 de la Carta y de los efectos de la cosa juzgada constitucional conferidos a los fallos de la Corte Constitucional en el artículo 243 superior. Por idéntica razón, se configura la misma omisión en el inciso séptimo del mencionado artículo 102, integrado a la disposición demandada.

Por consiguiente, la Corte procedió a declarar exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”¹.

Este pronunciamiento obliga a analizar la naturaleza y alcance de una sentencia de Unificación, y para ello debe decirse que el sentido de una sentencia de unificación sea, precisamente, el revisar criterios contrapuestos que han sido vertidos en diferentes fallos judiciales revisados o no por el Consejo de Estado o, en virtud del fallo antes citado, de la Corte Constitucional, de cuyas incongruencias deviene la inoperancia de los postulados constitucionales y de los derechos fundamentales. Así, al unificar jurisprudencia se garantiza la justicia material y la eficacia de los derechos fundamentales, aspectos en los cuales radica la verdadera seguridad jurídica que hoy día debe garantizarse en toda actuación administrativa y que respecto de ello, así lo señala el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié:

“De otro lado, solo hay lugar a extensión de la jurisprudencia cuando exista una sentencia de unificación jurisprudencial, la cual, según la definición contenida en el Artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, se entiende aquellas emitidas por el Consejo de Estado, de oficio o solicitud motivada de parte, de las secciones o subsecciones de los tribunales administrativos, o del Ministerio público, cuando concurran razones de importancia jurídica, de trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia en los casos que lo ameriten, al igual que las proferidas para decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto para las sentencia (sic) en procesos de acciones populares y de grupo”²...

1 Corte Constitucional C-588 de 2012, que declaró la exequibilidad del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-816 de 2011 Expediente D-8864, M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

2 PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, Derecho procesal Administrativo, 8ª Edición, Pág. 862, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

En este orden de ideas, esta figura de la extensión de la jurisprudencia a las sentencias de unificación tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional lo que hace es materializar la obligatoriedad por el respeto y acatamiento del precedente jurisprudencial que está naturalmente limitada a aquellos casos en que el tema a decidir coincide en lo sustancial con aquel previamente resuelto en el pronunciamiento que se cita como precedente con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica y la coherencia que naturalmente debe existir entre los distintos pronunciamientos de un tribunal de cierre definido como órgano límite de su respectiva jurisdicción, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en sus diversas decisiones³.

Así mismo, frente a la Unificación de la Jurisprudencia, se refirió en decisión reciente el Consejo de Estado⁴, en los siguientes términos, fijando el marco sobre el cual se debe mover el máximo Juez de lo contencioso al aplicar dicha figura:

En efecto, mediante las sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de

Estado debe asumir una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y, por tanto, permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley⁵.

En ese sentido, no basta que los procesos versen sobre un mismo tema, puesto que este mecanismo no solo fue instituido para analizar casos similares, sino para decidir de forma unificada un supuesto fáctico que afecta en forma global a la sociedad, o un conflicto superior para la vida colectiva, que tenga trascendencia en el funcionamiento del ordenamiento jurídico, o para preservar la armonía y la paz entre los administrados mediante la aplicación del principio de confianza legítima, situaciones que no fueron sustentadas por la actora.

La extensión de la jurisprudencia en materia administrativa

Evacuada la ilustración con relación al tema de lo que representa una sentencia de unificación del Consejo de Estado, debemos abordar en concreto la figura de la extensión de la jurisprudencia que

3 Véanse sentencias T-1016/03, T-595/08, C-052/12, T-1022/02, C-1040/07, SU. 198/13, C-1153/05, C-536/06, T-925/08, T-855/10, T-698 de 2010, T-308/11, T-885/06, entre otras.

4 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ (E), Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00003-00(19901), Actor: COMPAÑIA COLOMBIANA DE TABACO S.A., Demandado: DEPARTAMENTO DE AMAZONAS, AUTO UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA.

5 Seminario Internacional de Presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, “La jurisprudencia en el nuevo código, Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”, Página 237, Bogotá D.C. Contraloría General de la República y Consejo de Estado.

guarda soporte normativo en lo reglado en los Arts. 10 y 102 del C.P.A.C.A., en los siguientes términos, permitiéndonos hacer los comentarios del caso con relación al estudio de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional para cada una de estas disposiciones.

Señala entonces el Art. 10 de la citada norma:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Esta disposición fue materia de estudio por parte de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-634 de 2011⁶ y a través de ella, la Corte comenzó por precisar el contenido y alcance de la disposición legal referida, señalando que la misma regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia y es por ello que se hizo claridad que las autoridades administrativas al resolver los asuntos de su competencia, tienen el deber de aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a

situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, lógicamente reiterando los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

Señaló además que las autoridades a las que hace referencia son aquellas que ejercen función administrativa, con exclusión de la competencia jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del C.P.A.C.A. y habida cuenta que el artículo 10 está ubicado en la primera parte del Código, cuya finalidad es “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”, teniendo la norma un carácter de deber general de la administración pública, que sirve de principio rector para su funcionamiento, de manera que se vincula a las autoridades administrativas a las decisiones de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, con el fin de evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que en sede judicial ya han sido aceptados.

Concordante con el Art. 10°, tenemos el Art. 102 del C.P.A.C.A que consagra:

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

6 Referencia: expediente D-8413, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” Actor: Francisco Javier Lara Sabogal, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

- 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.*
- 2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*
- 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.*
- 2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.*
- 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.*

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

En sentencia C-816 de 2011 emanada de la Corte Constitucional⁷, a través de la cual se estudió la exequibilidad de esta norma, se abordaron los siguientes problemas jurídicos:

- (i) si la aplicación extensiva de las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado que reconocen un derecho a quienes se hallen en la misma situación fáctica y jurídica resuelta en ella, vulnera el sistema de fuentes del Derecho previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, al desconocer el carácter de criterio auxiliar de interpretación;
- (ii) si el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en lo demandado, desconoce el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4° de la Constitución y las competencias que el artículo 241 de la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional, configurándose una inconstitucionalidad por omisión del legislador. De manera preliminar, la Corte procedió a efectuar la integración normativa del inciso séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, con el inciso primero demandado del mismo artículo, por la relación directa y necesaria entre ambas proposiciones, dado que la omisión legislativa que el actor predica de la disposición acusada, también puede alegarse frente al enunciado que se integra.

En este fallo inicialmente señaló el máximo Tribunal Constitucional, que el artículo 230 de la Constitución Política al señalar que los jueces en sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”, establece que en el orden jurídico la ley, en su acepción genérica y más comprensiva, ocupa un lugar preeminente en el sistema de fuentes del Derecho, reiterando este concepto en el inciso segundo de la misma norma superior, al referirse a la jurisprudencia –y a la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho- como criterio auxiliar de la función judicial. Esto es, que por regla general, la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la profieren, un valor de fuente auxiliar en su labor de interpretación de las normas jurídicas, acorde con su autonomía.

En este orden de ideas, la Corte señaló que siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se trata de la proferida por los órganos de cierre de las

7 Demanda de inconstitucionalidad: del artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referencia: Expediente D-8473, Actor: Francisco Javier Lara Sabogal, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. (Bogotá D.C., noviembre 1 de 2011)

diferentes jurisdicciones previstas en la Carta Política; fuerza derivada de mandatos constitucionales que consagran la supremacía de la Constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación.

De otro lado, la Corte reafirmó lo señalado en la sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, con ocasión de una demanda contra el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 en el sentido de aclarar que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos y por consiguiente reiteró que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutoria, con efectos erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes e inter partes para los fallos de tutela, por regla general y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi* concluyendo que limitar dicha fuerza vinculante a las sentencias en materia ordinaria o contencioso administrativa configuraba una omisión legislativa que conduce a la declaración

de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del citado artículo 114, para incluir las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales que profiere la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos, llegando a idéntica conclusión para el estudio de constitucionalidad de esta norma, señalando que si bien el deber establecido en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 para que las autoridades extiendan los efectos de una sentencia de unificación dictada del Consejo de Estado se aviene a la Constitución, excluir de ese deber las sentencias de la Corte Constitucional tanto en control abstracto como de unificación en materia de tutela, constituye una omisión legislativa violatoria de las competencias fijadas en el artículo 241 de la Carta y de los efectos de la cosa juzgada constitucional conferidos a los fallos de la Corte Constitucional en el artículo 243 superior. Por idéntica razón, se configura la misma omisión en el inciso séptimo del mencionado artículo 102, integrado a la disposición demandada.

En consecuencia, de manera acertada, la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, pues no se puede desconocer la supremacía y majestuosidad

dad de dicho órgano en casos inclusive, donde por vía de Tutela se ha anulado decisiones del Consejo de Estado que han resultado violatorias de Derechos Fundamentales de muchos colombianos.

Obligatoriedad y carácter vinculante de sentencias de unificación del consejo de estado y corte constitucional en materia administrativa

Bajo el mismo estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales antes citados y referidos emanados de la Corte Constitucional se debe decir que en criterio de dicha Corporación, para cumplir con sus funciones en ejercicio de la actividad administrativa, y además a petición de parte bajo el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia, las autoridades deberán “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten dichas normas y así mismo se señala que dicho precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones, a la cual el legislador le reconoce carácter vinculante mas no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, pero no aplicado coactivamente y por ello es que se impone un deber general de observancia de las decisiones de unificación por parte de las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus competencias, no siendo aplicable el principio de autonomía o independencia válido para los jueces (art. 230 C.P.).

Es por ello que la Corte reiteró las reglas establecidas en la sentencia C-539/11 en la cual se pronunció sobre

una norma similar a la que se demandó, según las cuales, el sometimiento de todas las autoridades administrativas al imperio de la Constitución y la ley, debe comprenderse como referido tanto a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Indicó que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (arts. 29, 121 y 122 C.P.); (ii) en que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.) y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C.P.), encontrando para el caso de la demanda en contra del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, respecto del cual se integró la unidad normativa, que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control

de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4° C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política, pues, señaló, que desconocer dichos criterios o presupuestos, violan el artículo 241 superior, precepto que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, no encontrándose una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado.

En consecuencia, concluyó la Corte que estábamos frente a una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta, conllevando a que se emitiera una sentencia aditiva que integrara al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso, referente a las decisiones de la Corte Constitucional, de manera que también vinculen a las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias, insistiendo que las autoridades administrativas son también sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales, aclarando que frente a ellas, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial.⁸

Así mismo, siendo coherente con sus decisiones, dice nuestra Corte Constitucional que la orden del legislador dada a la autoridad administrativa en el

inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es desarrollo del concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las altas corporaciones de justicia. Por tal razón, la Corte encontró que esta disposición resulta compatible con la Constitución y por ende, debía ser declarada exequible frente al cargo de violación del artículo 230 de la Constitución.⁹

Al respecto, dice el Tratadista Juan Angel Palacio Hincapié:

“El primero obligado a estudiar la posibilidad de extender y aplicar una jurisprudencia unificada del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, es la misma autoridad administrativa, quien deberá proceder al análisis de la misma para determinar si los supuestos de hecho y jurídicos de la sentencia son los mismos de quien solicita la extensión de la jurisprudencia y la entidad no está obligada a aplicarla si cree, con razonamiento claro, expreso y justificados (sic), que la jurisprudencia no es aplicable.

La extensión de la jurisprudencia no convierte la no aplicación de la sentencia unificada en un vicio de ilegalidad del acto administrativo, ya que la función de las sentencias de unificación es que quien aplique el Derecho no opte por diversas posibilidades de interpretación de la norma, sino que siga el delineamiento que indica la decisión que la alta corporación adoptó.¹⁰

8 Sentencia C-634 de 2011 emanada de la Corte Constitucional de Colombia.

9 Sentencia C-816 de 2011 emanada de la Corte Constitucional de Colombia.

10 PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, Derecho procesal Administrativo, 8ª Edición, Pág. 861, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Es por ello que el Consejo de Estado al entrar a aplicar los postulados del nuevo Estatuto Procesal Contencioso Administrativo, se pronunció frente a la Jurisprudencia como Fuente de Derecho, estableciendo lo siguiente, en sentencia reciente¹¹:

‘El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- ley 1437 de 2011-, si bien, conservó gran parte las instituciones del decreto 01 de 1984 y el organigrama dual en materia administrativa y contenciosa, fue innovador en lo que respecta a la figura de la jurisprudencia como fuente de derecho, en otras palabras, rompió un paradigma en esta jurisdicción, al incluir en su compendio normativo disposiciones que propugnan por la aplicación de la jurisprudencia a determinadas situaciones y bajo determinados presupuestos, cosa que obliga no solo a los que administran justicia, sino a las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia. (...) ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. Por lo tanto, en el ejercicio de la administración de justicia, debe observarse con sigilo la realización de este principio, y ello se materializa a la hora de proferir decisiones en conflictos jurídicos puestos a su consideración, en los que se tendrá a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos, pues en la medida en que se presente una misma situación de hecho y de derecho, se acudirá a ella para darle solución en derecho y en justicia a los conflictos. Y es que lo anterior obedece a lo complejo en que se han convertido los conflictos sociales, lo que constituye un asunto que trasciende a la capacidad normativa del derecho como sistema, en otras palabras, la sociedad misma y su devenir han trascendido el marco de aplicación de las fuentes tradicionales, lo que ha traído consigo una revalorización de la jurisprudencia, al ser ella la única vía de resolución de conflictos, con o sin derecho que aplicar.

No obstante lo anterior, surge la reflexión en torno a la obligatoriedad y carácter vinculante de las decisiones jurisprudenciales de instancias internacionales, con relación especialmente a los Derechos Fundamentales emanados de la Carta Política, conforme a lo señalado en su Art. 93, dada la posición permanente del Consejo de Estado, a través de la cual se ha mostrado reticente frente a la Constitucionalización del derecho Administrativo.

Conclusiones

Del análisis de las sentencias de Constitucionalidad se desprende que efectivamente existe una obligatoriedad por el respeto y acatamiento de las sentencias de Unificación no solo emanadas del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino también de aquellas que profiere la Corte Constitucional a través de sus decisiones de Constitucionalidad y en acciones de tutela que son consideradas

11 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00019-00(46213), Actor: EDGAR MURCIA RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA (SANTANDER), Referencia: SOLICITUD DE EXTENSION DE JURISPRUDENCIA.

como verdaderos precedentes con efectos vinculantes.

Lo anterior rompe esa tradición equivocada en las autoridades públicas en indicar que solo aplicarían el criterio jurisprudencial de las altas Cortes siempre y cuando ello emanara de una decisión judicial a través de un proceso específico, situación que venía aportando negativamente para la congestión de los Despachos Judiciales de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Hoy día es un deber de la administración adoptar estas decisiones y hacerlas extensivas a los casos en particular y concreto que le sean puestas de presente por los administrados y sus propios funcionarios, así como las demás autoridades públicas, sin que puedan excusarse en criterios o apreciaciones subjetivas, sino que precisamente la Ley ha previsto las causales taxativas que se pueden invocar, con el debido sustento y motivación respectiva que genere una certeza en el destinatario de su potencial decisión negativa.

No obstante, aparece el Consejo de Estado como un garante y órgano de cierre en este trámite mixto que en todo caso, de su debida aplicación se deriva la descongestión de los despachos judiciales y la pronta y cumplida resolución de controversias jurídicas en respeto del Estado Social de Derecho que nos rige.

Bibliografía

Obras:

PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, Derecho procesal Administrativo, 8ª Edición, Pág. 862, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Jurisprudencia:

Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2012, que declaró la exequibilidad del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-816 de 2011 Expediente D-8864, M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Sentencia de la Corte Constitucional C-634 de 2011, referencia: expediente D-8413, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” Actor: Francisco Javier Lara Sabogal, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

Sentencia de la Corte Constitucional C-816 de 2011, demanda de inconstitucionalidad: del artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referencia: Expediente D-8473, Actor: Francisco Javier Lara Sabogal, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. (Bogotá D.C., noviembre 1 de 2011)

Sentencias de la Corte Constitucional T-1016/03, T-595/08, C-052/12, T-1022/02, C-1040/07, SU. 198/13, C-1153/05, C-536/06, T-925/08, T-855/10, T-698 de 2010, T-308/11, T-885/06.



Albergue: "La 72". Tenosique, Tabasco.

Nombre: Luis Manuel Flores **Edad:** 45 años **Estado civil:** Casado

Origen: San Miguel, El Salvador **Destino:** El Paso, Texas

Ocupación: Plomería y electricidad

Motivo de migración: Vive ya en Estados Unidos y regresó a su país por asuntos familiares. Intenta volver a Texas para reunirse con su esposa e hijos.

Contratiempos durante el trayecto: Ninguno

"Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical"

Título: Reliquias 03
Autora: Olivia Vivanco
País: MÉXICO

Violencia política y violencias privadas, un análisis desde la perspectiva de Stathis Kalyvas sobre las lógicas y las teorías de la violencia y el conflicto interno armado de Colombia*

■ Por: *Diego Andrés Montoya Calle***

Resumen

El presente artículo se enfoca en analizar, cómo una de las miradas que prevalece en los estudios del conflicto intrasocial o el conflicto interno nacional o central, está basada en una errada metodología que dificulta su comprensión, al descuidar dinámicas y violencias locales y privadas de las zonas de periferia del país. Generalmente los conceptos teóricos han estado enfocados en la visión y el discurso unitemático de la división fundamental o escisión de clase, y el nivel cronológico, en una relación espacio temporal relativamente corto (a partir del Frente Nacional y la globalización), causando una discontinuidad cronológica con el periodo largo de violencias que lo anteceden.

Se afirma sobre el relativo sesgo urbano de observadores y estudiosos en relación a la comprensión del conflicto político y su dimensión ideológica, sesgo que no ha permitido apreciar y estudiar capa por capa las violencias privadas del mundo rural.

Palabras clave: Conflicto interno armado, división fundamental, centro y periferia, violencia política, violencia privada, guerra civil.

* Este artículo de reflexión sintetiza una de las ideas principales que el autor analizó en su tesis monográfica para optar al grado de politólogo de la Universidad de Antioquia en el año 2012: Nuevas guerras: paramilitares y negociación, una mirada alternativa del conflicto interno armado y sus motivaciones.

** Politólogo Universidad de Antioquia. @diegomontoyac1

Political violence and private violence, an analysis from Stathis Kalyvas' perspective on logic and theories of violence and the internal armed conflict of Colombia

Abstract

This article focuses on analyzing, how one looks prevailing in the studies of intra-social conflict or the internal national conflict or central, is based in a wrong methodology that makes difficult its understanding, by neglecting dynamic and local and private violence in peripheral areas of the country. Generally the theoretical concepts have been focused on the vision and a monothematic discourse of the fundamental division or class rift, and chronological level, on a relatively short space-time relationship (from the National Front and globalization), causing a chronological discontinuity with the long period of violence that precede it.

It's affirmed on relatively urban biased observers and scholars in relation to the understanding of the political conflict and its ideological dimension, bias that has not allowed appreciate and study layer by layer the private violence in rural areas.

Keywords: Internal armed conflict, fundamental division, center and periphery, of political violence, private violence, civil war.

Introducción

Este artículo centra su análisis en el papel esencial que juega la periferia rural del país, cuyas tragedias de violencia, desarraigo, y olvido, son el esbozo, la génesis y el desarrollo del denominado conflicto interno nacional.

El conflicto interno de Colombia, en términos conceptuales, se refiere a una incisión maestra o escisión de clase, es decir, una división fundamental o central entre dos o tres actores supra-locales que despliegan sus estrategias, (El paramilitarismo contra las guerrillas y viceversa, y estas últimas contra el Estado Central) inmersos en la una lucha y violencia eminentemente política del discurso dominante de la confrontación binaria del país.

En consecuencia, se plantea un análisis alternativo sobre la violencia del país, que difiera a los estudios dominantes sobre el mismo, se sugiere que se debe cambiar el modo en que se mira el propio conflicto interno, incluyendo un cambio de variables, categorías, espacio temporal y herramientas metodológicas.

La comprensión intelectual y conceptual del conflicto interno armado parece unívoca, y este referente es ampliamente aceptado por académicos, observadores y participantes, por lo mismo, en las mesas de negociación el trato que se le ha dado al conflicto y su eventual solución es predominantemente político, simplificando su naturaleza al plano netamente público.

No obstante la evidencia histórica ha mostrado la importancia que han jugado las divisiones y las violencias locales, las guerras civiles del siglo XIX y principios del XX, y la época de la Violencia de la primera mitad del siglo XX son muestra de ello, que por demás, su animosidad y la participación de quienes las libraban, por

lo general, sin ser la regla, estaban menos motivadas por intereses políticos, y más por intereses privados.

Es por esto, que el primer capítulo enfatiza en un elemento paradójico en la comprensión del conflicto político, a saber, que este conflicto ha sido avivado por las divisiones locales, por las violencias íntimas sobre el terreno de la periferia rural, pero su verdadera dimensión parece que se ha pasado por alto, o restado su verdadera importancia.

En el segundo capítulo, se sugiere que dicha comprensión obedece al cómo ha sido entendido y conceptualizado el conflicto mismo. Más que al análisis de su cronología e historia, es decir, más que las transformaciones y evoluciones que se dan en un periodo de tiempo y espacio largos, ha prevalecido el interés en el accesorio del concepto y las inutilidades de la semántica, hecho que ha llevado primero que todo, a utilizar una muestra histórica o tiempo cronológico relativamente reciente y corto para su comprensión, (aproximadamente a partir del ataque de las Fuerzas Militares al bastión campesino e insurrecto en Marquetalia en 1964 y el fin del Frente Nacional en 1974).

También se ha asociado cronológicamente el nacimiento del conflicto como producto de las ideologías dominantes de después de la Segunda Guerra Mundial, la posterior lucha ideológica entre los Estados Unidos de América (EEUU) y la Unión Soviética (URSS) en la Guerra Fría, y las revoluciones triunfantes de la segunda mitad del siglo XX, antecedentes que probablemente han causado una discontinuidad cronológica en relación a cómo se observan las violencias locales.

En la tercera parte se plantea un análisis que contextualice el periodo largo de las violencias, desde la historia violenta en las guerras civiles, hasta el presente de violencia política del conflicto interno armado de hoy, pues se introduciría con ello, esas pequeñas historias que sobre el terreno han desplegado los actores locales y ha dotado de contenido político la lucha y la violencia fundamental. El fenómeno violento hunde sus raíces más allá del icónico Marquetalia y el fin del Frente Nacional.

Con todo lo ello, el cuarto capítulo, propone una alternativa al análisis: La desmitificación del conflicto interno armado o el conflicto fundamental y binario, esto no quiere decir, restarle valor a su magnitud y significado, pero el conflicto armado no se agota en la lucha política nacional, y las violencias regionales como en la mayoría de los casos no son la expresión de la lucha ideológica¹.

Incluir en el conocimiento general del conflicto investigaciones cuantitativas y cualitativas que permitan teorizar las violencias locales “sobre el terreno” (datos sistemáticos, muestreos confiables, hipótesis viables), brindaría herramientas metodológicas a los procesos de negociaciones de paz.

1 Al respecto de estudios sobre las violencias regionales existen valiosos trabajos como los de María Victoria Uribe (1989) en su libro, *Matar, rematar y contramatar: las masacres de la violencia en el Tolima, 1948-1964*. Así mismo Henderson, J.D. (1985), *When Colombia bled: A history of the violence in Tolima*, también Mauricio Rubio (1999) *Con el libro, Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia*. Mary Roldan con la publicación de 2002, *A sangre y fuego. La violencia en Antioquia, Colombia, 1946-1953*. Y Mauricio Romero, (2000), con su libro, *Changing identities and contested settings: Regional elites and the paramilitaries in Colombia*.

Las actuales conversaciones de paz en la Habana (Cuba) entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno nacional, pueden ser una oportunidad histórica en la mencionada dirección investigativa, sus múltiples aristas, ya han incluido la compleja problemática del agro y el campo, y las coyunturas de paros campesinos, mineros, protestas indígenas en la periferia rural del país, entre otros problemas, son síntomas que reflejan la crónica debilidad institucional y el histórico abandono del Estado al campo colombiano. Además de una relación dicotómica entre el centro del país y la periferia rural, tema del que se hace referencia en el quinto capítulo.

Es pues por todo lo anterior que este artículo sugiere un cambio metodológico en la manera en que se estudia el conflicto, a saber, generalizar de lo micro a lo macro para comprender el conjunto, es decir, de lo local a lo central; examinar y recolectar información de los hechos de violencia sobre los terrenos locales, las comunidades y los actores aislados e individuales; y reconocer el carácter histórico, cambiante y transformador de la violencia, lo que implica estudiar en retrospectiva a partir de una muestra más amplia del contexto histórico, una muestra de larga duración espacial y temporal.

Se utiliza el concepto de “innombrabilidad” del conflicto interno armado, más como herramienta metodológica para efectos del artículo, que como discusión semántica. Ello porque permite introducir el término de “guerra civil”, que al ser más amplio, resiste todo el ramillete heterogéneo, cambiante, evolutivo y continuo de las violencias, incluso las asociadas a la revolución, como es el caso del conflicto intrasocial del país.

La metodología de este artículo, parte de una pregunta que nació solo

después que el autor obtuvo su grado como politólogo. ¿Hay una o muchas formas de analizar el conflicto civil del país, que no sea el exclusivo enfoque político de la división o escisión fundamental entre los actores beligerantes del mismo, enfoque que por demás, es reiterativo en la propia academia?

La respuesta a la anterior pregunta, se ha ido desarrollando a partir de un análisis previo documental y referencias bibliográficas de importantes autores en la materia, entre muchos cabe mencionar por ejemplo, los aportes en teoría económica y en la comprensión de las dinámicas de violencia regional, en su orden: Mario Arango (1999), Boris Salazar y María del Pilar Castillo (2001), Álvaro Camacho (2003), Pizarro Leongómez (2004), Herfried Münkler (2004), de Carlos Medina (2005), Germán Valencia (2006) y Gustavo Duncan (2008) en el componente económico, y María Victoria Uribe (1989), Mauricio Rubio (1999) Mauricio Romero (2000), Mary Roldan (2002) para el componente de las violencias y dinámicas regionales.

A su vez el valioso aporte metodológico que brindo la lectura sobre la innombrabilidad del conflicto armado, por ejemplo, Carolina Ariza y Nataly Montoya (2010) (Los avatares de una guerra innominada), y para la comprensión de la teoría las guerras civiles y las tesis kaldoriana de las nuevas guerras, respectivamente, William Tobón, (2002), Eduardo Leongómez (2002) Emerson Forigua (2006), Fernán González (2006), Eduardo Posada (2001), Mauricio Romero (2007), Roland Marchal y Christine Messiant (2004).

La perspectiva teórica de este análisis está basada en el marco epistemológico del politólogo griego Stathis Kalyvas, sus numerosas publicaciones sobre las vio-

lencias y las teorías de la guerra civil sobre las dinámicas locales y regionales en las periferias conflictivas del mundo representan un valioso soporte de estudio.

1. Historias sobre el terreno, lo social y lo político de las violencias del país

A principios del siglo XX Colombia vivía lo que sería considerado en nuestro tiempo, el inicio de la época de la violencia, y por aquellos años como ahora, la violencia se convertía en un cúmulo de hechos anecdóticos, de historia contadas de voz a voz, de relatos que causaban estupor y sensación.

En las primeras décadas del siglo XX en zona rural del Corregimiento del Silencio en el Municipio de Güática Risaralda, un hombre fue atacado a machetazos por un amigo. Los dos campesinos luego de departir unas cervezas terminaron discutiendo, hecho que llevó a que uno de ellos cercenara uno de los brazos del otro hombre. Los motivos de este incidente nunca se conocieron con certeza, lo cierto es que el suceso sumió a sus respectivas familias a una profunda enemistad que duro varias generaciones. Se conjetura que la discusión de esa noche, entre muchas otras, era política, ambos eran conservadores, y aunque sus familias estaban entremezcladas entre la afiliación liberal y conservadora, siempre se ha sobreentendido el suceso como una violencia partidista².

El anterior suceso pone de manifiesto el discurso ideológico que ha prevalecido desde la denominada época de la violencia política que llevaría posteriormente al conflicto binario, el cual ha subsumido los fenómenos de violencia local al amplio espectro de la lucha y la violencia nacional. Lo privado se ha extrapolado a la arena de lo público.

Desde el anterior punto de vista, la actual categoría adaptada al conflicto colombiano de “guerra interna”, que también se asocia al ramillete de guerras civiles pasadas, activa otras nociones que no se circunscriben única y exclusivamente a la división fundamental de violencia política, sino también a otro tipo de violencia como la privada y la local.

Un ejemplo de lo anterior parece cierto en dos de las guerras civiles del siglo XIX, la de los Supremos (1839-1841), y la guerra civil-religiosa de 1876. Estudios de la violencia sobre el terreno pudieron haber indicado, que además de la clásica adhesión a una u otra ideología política entre conservadores y liberales,³ y el disputado “derecho a la participación plena y autónomamente en la vida política” (Montoya, Buitrago, Escalante, Calle, 2011, p. 122), que repercutió en violencia eminentemente política desde la división central como se entiende en el discurso dominante, lo que pareció haber acontecido, fue la conversión de manifestaciones de violencia por básicos actos de fe y preferentes odios de sangre entre grupos familiares, renci-

2 Este relato fue contado a viva voz por Ramón Antonio al autor a principios de la década del 2000, por tanto no se tiene registro histórico o documento fechado que lo certifique como muestra o elemento verídico de investigación, sino más bien como un ejemplo ilustrativo para ampliar sobre el tema.

3 Estas guerras civiles de denominación partidista fueron “luchas por la definición del sujeto político” para el caso de la Guerra de los Supremos (González: 2006, p. 34-35), o por el tipo de régimen político adoptar, si centralista o federalista en la guerra civil religiosa de 1876.

llas que eran preexistentes o anteriores a las guerras mismas o incluso opuesta a estas guerras, pero que bastaron para activar la violencia entre unos y otros grupos locales.

La sugerencia advierte que la división local en los mencionados “odios de sangre” eran preexistente, pues antecedía a la lucha ideológica o división fundamental o central, y se le sumaba a esta, como lo menciona Stathis Kalyvas: “Las divisiones locales pueden hasta subvertir a las centrales causando conflictos dentro de campos políticos supuestamente unificados”. (Kalyvas, 2006, p. 513).

Los odios de sangre al tener más motivaciones personales de venganza, que razones públicas o políticas, crearon nuevas fallas manifestándose en violencia sobre el terreno. El libro *A sangre y fuego, La violencia en Antioquia, Colombia, 1946-1953* de Mary Roldan, brinda elementos para la comprensión de dicho fenómeno: “El enfrentamiento liberal conservador en Colombia “surgió con frecuencia de seculares odios de sangre familiares. Los liberales Urrego, por ejemplo, se unieron a Franco, mientras que sus enemigos de toda la vida, los Cossío y los Montoya de Caicedo, integraron las filas de la policía y las bandas de la contrachusma conservadora en las ciudades próximas. (Como se cita en Kalyvas, 2006, p.512)

Considere este relato ocurrido a principios del siglo XX. En confusos hechos un niño de escasos 8 años murió decapitado, luego de que se acercara a un establo vecino mientras miembros de un clan familiar realizaban su trabajo de despulpe de caña de azúcar con un gran pilar movido con la fuerza mecánica de un caballo. Este accidente hizo que ambas familias se convirtieran en enemigas durante generaciones, aunque después del incidente no hay evidencia que indicara que se hayan generado acciones de hecho violentas, la larga ene-

mistad de los feudos familiares se canalizo en insultos, vilipendios que no hacían referencia a la culpabilidad o no por la muerte del menor, sino a sus condiciones y afiliaciones partidarias, es decir, a sus condiciones políticas. Más allá del infortunado suceso que desencadenó la enemistad, lo que parece haber perdurado entre las dos familias han sido las diferencias políticas entre una familia liberal y otra conservadora⁴.

No resulta paradójico que la comprensión de dichos fenómenos de violencia local se hayan asociado al discurso dominante del conflicto interno armado del centro, después de todo, los núcleos familiares y las dinámicas locales han estado presente desde los inicios de la violencia en el país.

Los casos de estas dos familias muestra como las enemistades locales, violencia privadas o casos individuales, se han trasladado a las disputas ideológicas del conflicto político, conflicto que hunde sus raíces en la clásica división fundamental o central entre los directorios de los partidos tradicionales, que a su vez, avivaban la llama de la hostilidad de sus partidarios en las zonas de periferia del país, divisiones que hay que advertir eran eminentemente políticas y diferentes a las divisiones locales y privadas, como el ejemplo, el caso de este campesino y la profunda enemistad de sangre de las dos familias.

4 Entrevista realizada por el autor hace algunos años a Ramón Antonio Calle, campesino que habitó esa zona del centro de Colombia durante toda su vida, los testimonios orales donde se asocia violencia política con violencia intracomunitaria fue la constante de sus relatos.

En resumen, los odios de sangre, venganzas heredadas, disputas familiares o personales que se reflejan “sobre el terreno” y el plano local y privado de la periferia rural, parecieron haber sido subsumidos a la división central o fundamental de la lucha política ideológica del centro, en otras palabras, se descuidó arbitrariamente los conflictos y la violencia “sobre el terreno” (Kalyvas, 2006, p.497), es decir, las identidades, las acciones sustantivas y las divisiones locales e individuales se han sabido traslapar al contenido abarcador y abstracto del discurso político que domina la división central o nacional.

La anterior afirmación de ninguna manera es absoluta, pero si relativa, ya que no se puede afirmar que las violencias locales están desprovistas de contenido político, ni que las violencias políticas estén motivadas todas por motivos privados, sino que se suele interpretar toda la violencia que tiene lugar en las guerras civiles como sola y puramente política (Kalyvas, 2006, p.519).

Adicional a esto, las motivaciones intracomunitarias de los agentes locales y las estrategias de los actores extra-locales en un contexto de guerra civil logran articular y disfrazar en el ropaje del conflicto violento búsquedas de beneficios privados y públicos, es por ello que el concepto de guerra civil precisa ser el más acorde para este tipo de fenómenos intrasociales.

Que las historias sobre el terreno sean anecdóticas obedece precisamente a que son relatos que poco se han registrado sistemáticamente desde las herramientas metodológicas de la ciencia (ha prevalecido una inusitada escasez de datos), hecho que también ha llevado a

que sean poco estudiadas, además, que se observen desde el tamiz teórico de la división fundamental del conflicto binario. Esto ha tenido como consecuencia, que una proporción importante de la violencia haya permanecido invisible, (Kalyvas, 2009, p. 23).

Es pertinente adicionar que en las zonas rurales del país, existe, como lo manifiesta Gustavo Duncan (2007), históricos clientelismo armados, y sociedades pre-modernas de capitalismo incipiente, la escasa institucionalidad es la regla y por ende el mantenimiento de los registros es casi nulo por no decir inexistente. Ante dicha complejidad de regiones semi-atrasadas, la innombrabilidad de fenómeno violento, hunde sus raíces en la misma sociología de las regiones, pues lo social, lo cultural y lo político intersecan ineludiblemente en el conflicto produciendo un efecto correlacional, pero difícil de mensurar y analizar desde las herramientas de la ciencia social.

2. La innombrabilidad del fenómeno violento en Colombia, un recurrente juego semántico

Gonzalo Sánchez hace mención de 14 años de guerra de independencia, 8 guerras civiles generales, 14 guerras civiles locales, dos guerras internacionales con Ecuador y tres golpes de cuartel, (Sánchez, 2001, p 329), adicional a ello, el conflicto interno armado, la guerra sucia narcotraficante, los innumerables fenómenos de violencia homicida en las grandes zonas urbanas y ciudades intermedias y las incuestionable violencias intimas de carácter regional o periféricas; todo ello ha repercutido en que el

fenómeno violento del país sea de difícil denominación o categorización⁵.

Las distinciones básicas de dicha ambigüedad, están sustentadas en preguntas tales como: ¿es una guerra civil? (p.e., Posada, 2001); ¿una guerra revolucionaria y contrarrevolucionaria? (p.e., Franco, 2009); ¿una guerra contra la sociedad? (p.e., Pecault, 2001); ¿una guerra ambigua? (p.e., Pizarro Leongómez, 2004); ¿una guerra contra los civiles? (p.e., Eric Lair, 2001), o, ¿es una guerra contra el terrorismo?⁶.

La ambigüedad se puede explicar en las cifras de muertos por efecto del conflicto nacional, pues se tienden a sistematizar y analizar desde la categoría fundamental de “violencia política”, es decir, aquel resultado de la división fundamental central, y en menor medida, de las muertes que producen las divisiones locales sobre el terreno. Pero se debe tener en cuenta, que es generalmente en las áreas periféricas donde

en mayor proporción ocurre la escalada violenta, es decir, es el escenario natural del conflicto armado interno del país.

De cualquier manera, este artículo no centra su discusión en la semántica de la nominalidad del conflicto interno armado, sino como el concepto de “innominalidad” sirve como herramienta metodológica, después de todo, ya está ampliamente aceptado que el conflicto es una guerra: “(...) irregular, prolongada, con raíces ideológicas, de baja intensidad (...) en la cual las principales víctimas son la población civil y cuyo combustible principal son las drogas ilícitas.” (Pizarro Leongómez. 2004. p. 80).

Las acepciones anteriores sobre la nominalidad tienen un elemento en común, tratar de describir el fenómeno violento, por ende, la nominación es importante, pero afirmar, por ejemplo, que es sobreentendido que durante la “cruzada contra el terrorismo mundial” impulsada por los EEUU, la guerra en Colombia también es denominada como una guerra “contra el terrorismo”, repercutiría en simplificar el análisis al espacio temporal que se dio a partir del 11 de septiembre de 2001, invisibilizando las causas sociales o raíces profundas del conflicto interno de cuarenta años atrás a la fecha de los atentados al complejo financiero del World Trade Center.

La denominación de guerra revolucionaria y contrarrevolucionaria produce el mismo resultado, las conceptualizaciones dadas reducen el fenómeno al espectro de las icónicas o emblemáticas fechas asociadas exclusivamente al conflicto político.

Si la nominalidad o determinación de categorías fijas, no son tan importantes para los efectos prácticos de las

5 Sobre el carácter innominado del conflicto colombiano véase: Gutiérrez. Francisco. Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia. Bogotá: Norma, 2006. 607 p. Ariza Zapata, Carolina. Montoya Restrepo. Nataly. Los avatares de una guerra innominada, Cuadernos de Investigación. Universidad EAFIT. Mayo de 2010. 5-43 pp. Pizarro Leongómez, Eduardo. Colombia ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua? En: Análisis Político, IEPRI, Universidad Nacional, Bogotá. No. 046, Mayo-Agosto de 2002.

6 Noción adaptada a partir de la guerra preventiva promovida por los EEUU. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, ello la ajusta a la caracterización de desideologización del conflicto “después de la caída del comunismo, así como en su identificación como una guerra por recursos económicos generados en los flujos internacionales, cambiando de una guerra local o regional a una desnacionalizada y global. (Valencia, 2006, p. 157).

descripciones de las dinámicas regionales, la herramienta conceptual de “guerra civil”, es más eficiente en este tipo de descripción y análisis (Sin ser categórico en la afirmación de que el conflicto en Colombia se nomina como una guerra civil).

En efecto, en el libro *Remaking Ibiaca: Rural Life in Aragon under Franco* de Susan F. Harding, se describen los conflictos civiles como una “mezcla [...] o ribetes de luchas complejas”, (Como se cita en Kalyvas, 2006, p.59), que adicional a ello tiene: “muchas capas [...] y son compuestas por fluidos de conflictos, [...] que “se superponen parcialmente, diversos y localizados, con pronunciadas diferencias de región a región y de valle a valle, reflejando la ruptura de la autoridad” (Kalyvas, 2006, pp.507-508). Dicha ruptura se presenta en fracciones y variedad de “micropoderes” de naturaleza local, un “mosaico de miniguerras separadas” (Kalyvas, 2006, pp. 507- 508), micro poderes, cuya naturaleza en muchas de las ocasiones no tuvieron nada que ver con la política de centro o la alta política.

Para comprender lo anterior, se sugiere que las guerras civiles más que simples conflictos binarios pulcramente ordenados a lo largo de una sola división del asunto, son procesos que brindan un medio para que una variedad de ofensas salgan a flote dentro de un conflicto mayor, particularmente a través de la violencia (Kalyvas, 2005, p.59).

Por lo anterior, es el concepto de guerra civil, la que soporta todos los tipos de violencia, de todos los tipos de contexto y divisiones, de todas las clases de grupos sociales, sean políticos o privados, sean las derivadas de estrategias

políticas de grupos beligerantes o manifestaciones violentas individuales de odios sectarios, faccionales, de sangre de feudos o clanes familiares, no dispuestos en un plano unidimensional y unitemático del conflicto binario, sino en el plano multidimensional y complejo de las divisiones privadas a nivel local sujetas a las dinámicas de los contextos periféricos.

Reflexionar sobre este punto en cuestión, repercutiría a cambiar la lógica de la semántica y la nominación del conflicto, pues, no se desconocería la compleja trama regional que interseca con la historia oficial de violencia contada por los estudiosos del centro del país. En el fondo del asunto está la violencia agazapada en las regiones.

Kalyvas ha advertido que la complejidad de violencias sobre el terreno como el nuestro, obedece a la categoría de guerra civil, pero si el término resulta demasiado exagerado se puede indicar que el conflicto es una “guerra contra la sociedad” o “guerra entre civiles” (p.e., Tobón, 2002, p.160. Montoya, 2012, p. 137). De igual forma, estos o cualquier apelativo que se le quiera imputar, no resultaría tampoco muy generoso, y no parece que haga falta que se cumpla con rigurosidad los estándares internacionales para denominar el conflicto violento con dicha categoría.

A razón de lo anterior bastaría denotar la compleja y múltiple trama de la violencia que asolaron y asolan la periferia y genera incertidumbre en el centro del país, y que por demás, no están registradas sistemáticamente, (hay carencia de datos, alta impunidad y un desconocimiento desconcertante), para darle una visión semántica de forma y fondo al juego de palabras, un juego semántico que esconde innumerables

consecuencias de intereses políticos y útiles discursos de poder⁷.

El alcance de la anterior afirmación, puede destacar que el elemento periférico de las violencias, se articula con una noción dicotómica entre centro y periferia, provocando que la innombrabilidad del conflicto parezca ambigua precisamente porque dentro del periodo corto de contextualización del conflicto actual, las regiones del país siendo uno de los renglones más importantes de análisis, parecieron estar al amparo del protagonismo del centro y este protagonismo refleja una tensión no resuelta entre el mundo rural y el mundo urbano.

3. Contextualización del periodo largo de las violencias

Elegir otro periodo de contextualización del conflicto interno armado, tiene implicaciones difíciles de asumir, el más relevante sería aceptar la continuidad del periodo largo que antecede al inicio de la guerra interna o guerra de guerrillas, esto es, entre 1964 y 1974, con el periodo anterior de violencia en la fase gaitanista (aproximadamente entre 1948 y 1964), y mucho más allá, en la violencia de autodefensas campesinas de los

años treinta, y estas a su vez con las confrontaciones bélicas de las guerras civiles del siglo XIX y principios del XX.

Se trataría entonces, de no desligar las profundas causas de la violencia de casi dos siglos, con las raíces de la violencia política de hoy en día, sin perder de vista los procesos concomitantes e intermitentes que tuvieron lugar en ese periodo largo y que no fueron solo hechos y violencias políticos, sino también violencias privadas.

Significaría ir más allá de las fechas icónicas o emblemáticas, y que por demás solo sirven para las intenciones de comprensión del conflicto binario y político. 1964 para el caso de las FARC, cuando el gobierno del conservador Guillermo León Valencia bombardeó la región al sur del departamento del Tolima; 1965 para el ELN, año en que hace su primera incursión militar o toma de Simacota en el Departamento de Santander; y 1974 para el M-19, año en que termina la alternación del poder presidencial entre conservadores y liberales o Frente Nacional (1958-1974), y en que la organización guerrillera nace tras el supuesto fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970⁸.

Las anteriores fechas fueron emblemáticas para las guerras de guerrillas y la opinión pública en general, pero no sobrepasa de los análisis más que asuntos políticos y la división en términos binarios entre los revolucionarios por revertir el orden establecido y el Estado central por preservar el statu quo.

Antes del ataque a Marquetalia, por ejemplo, en abril de 1948, fue asesinado

7 En el periodo presidencial de Álvaro Uribe (2002-2010) la violencia efecto -de los grupos irregulares, en especial de las insurgencias de izquierda- los calificativos no fueron indulgentes y sí peyorativos como de violencia anárquica y terrorista, en el gobierno de Juan Manuel Santos se reconoció el carácter de conflicto interno armado, discurso que dota a los actores al margen de ley, de estatus político y beligerante, este trato diferencial ha abierto las puertas a la negociación, en síntesis, un discurso de poder ha abierto la posibilidad de una paz negociada.

8 El presunto fraude dio como ganador Misael Pastrana Borrero sobre el general Rojas Pinilla.

el líder dirigente del partido liberal, Jorge Eliecer Gaitán, el hecho causó conmoción tanto en Bogotá, como en numerosas regiones del país, hubo violencia, y se presume que el denominado “bogotazo”, fue el inicio más que Marquetalia, de una inusitada rebelión e insurrección popular, pero más que eso, también génesis del conflicto político. Las historias de terreno de las violencias privadas, nunca se conocieron, parecieron no existir por esos días de convulsionadas correrías y agitación política nacional.

Lo que se sabe del conflicto interno armado, en relación a su contextualización fueron esos hechos emblemáticos, los lugares icónicos, las historias sobresalientes y los personajes vistosos (la historia política a nivel macro-nacional), todo ello, no ha permitido observar los otros fenómenos violentos que se daban también en paralelo con la historia oficial, en el detalle que acontecían en el nivel micro-regional o sub-nacional y comunitario a la par con los actos de violencia política.

En consecuencia, los estudios que conceptualizan a partir de la división fundamental, tienden a perder esos detalles, y no es para menos, sistematizar y acumular datos precisos de regiones apartadas, motivaciones privadas, personajes secundarios, acciones individuales, técnicas culturales, venganzas de sangre, feudos de sangre, es decir, procesos sociales y violencias íntimas en regiones relegadas de los sucesos importantes que definían la construcción del Estado nación, es extremadamente difícil.

Adicional a todo esto, las historias sobre dichos terrenos carecían de un método riguroso que las observara, las fuentes orales, terminaban así convertidas en relatos asombrosos, donde los

académicos de las urbes pocas herramientas tenían para su comprensión.

Así es que la contextualización actual del conflicto interno armado, se percibe sobre un campo unitemático del discurso ideológico dominante, esto es, desde la división fundamental y dispuesta en la concepción de la guerra bipartidista entre conservadores y liberales, en un primer periodo o fase (en las guerras civiles del siglo XIX), el posterior periodo de la época de la Violencia antes y después de la muerte o magnicidio del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril 1948, y la actual guerra de guerrillas tras el Frente Nacional (1958-1974) hasta la actualidad.

Conceptualmente hablando, la división fundamental hila la dualidad por un lado y la dicotomía por el otro que impera en la teoría política y en realidad objetiva del conflicto, a saber, las causas de los levantamientos o causas objetivas, (plasmadas en los memoriales de agravios insurrectos que justificaba el levantamiento en contra del Establecimiento) que se suele defender desde los teóricos de izquierda, con las razones económicas de la guerra, lo que significa, con los motivos de índole codicioso que determinaba que una guerra fuera prolongada o no, es decir, los beneficios económicos de continuar o dar fin al conflicto que defiende los teóricos de derecha.

Para expresar lo anterior de otra manera, la división fundamental es el paraguas que refleja la dicotomía entre lo público y lo privado para los grupos beligerantes, que se denominan “codiciosos y depredadores” según la percepción de sus intereses privados, o “justos bandidos sociales” reivindicadores de nobles causas, según sus métodos y estrategias de confrontación pública y abierta contra un Estado arbitrario.

Estas últimas categorías de análisis o noción dicotómica del conflicto entre “agravios/descontentos versus codicia/depredación”, se batan actualmente en el contexto de la globalización según la teoría de Mary Kaldor (2001).

Es pues el siglo XXI como contexto histórico, una válvula de escape para quienes ven en las dinámicas insurrectas solo depredación y violencia desorganizada, es decir, violencia sin sentido y desideologizada, por la pérdida de referencias tras el fin de las ideologías dominantes de la Guerra Fría. (p.e., Enzensberger, 1994; Kaldor, 2001; Münkler, 2005; Collier, 2001), y es el contexto colombiano un escenario natural donde dichas teorías encuentran terreno fértil.

En la globalización y la privatización de la guerra (desde 1991 aproximadamente), las negociaciones en esta fase de la historia están influenciadas por esa visión económica y codiciosa de quienes hacen el conflicto. Si el conflicto se entiende como una lucha y puja de poder entre centro y periferia, el centro tiende a ver las regiones como feudos recalcitrantes y violentas sin sentido, cuando, siendo justos con la historias de las regiones, lo que ha prevalecido es un abandono estructural por se un Estado débil y alejado de la realidad regional.

4. Alternativas conceptuales para comprender el conflicto intrasocial

Plantear un análisis novedoso de estudios sobre la violencia en Colombia como alternativa a los estudios dominantes, no es tarea fácil. Primero que todo se debe empezar por cambiar el modo en que miramos el propio conflicto interno, ello implicaría un cambio

de categorías, variables, de espacio temporal, y de herramientas metodológicas de análisis.

La mirada que los estudiosos hacen del conflicto suele encausarse en lo que Kalyvas (2006, 2009) a denominado “sesgo urbano”, que consiste en observar desde las grandes ciudades o desde el centro del país, fenómenos exclusivos de índole regional y local, una implicación que ello conlleva, entre muchas otras, es que se pasan por alto las historias que sobre el terreno han acontecido antes, durante y después de un conflicto o batalla importante que ha cobrado relevancia precisamente porque han sido fáciles de observar.

Para ilustrar lo anterior, el ataque o bombardeo al territorio de Marquetalia ocurrido en 1964, se convirtió en importante punto de partida para los análisis, no porque realmente hubiese sido lo que más importara, sino porque las violencias que se desarrollaron antes o después de este ataque, no se pudieron apreciar o visibilizar.

Así Marquetalia ha sido un icono, fue un bombardeo de grandes dimensiones, tuvo la aquiescencia y la participación del gobierno de los EEUU, el convencimiento de la elite dirigente, movilizó los incipientes medios de comunicación, en conclusión, fue una incursión por todo lo alto, convirtiendo esa fecha específica (el 27 de mayo de 1964) en el inicio de la guerra de guerrillas.

Apreciar la magnitud de los combates hombre a hombre, las pequeñas acciones de los campesinos del corregimiento de Gaitanas en Tolima por esos días, sus conflicto y sus divisiones no era posible, es por ello que sus acciones se convirtieron en mitos, y lo mitológico es perdurable pero no sistematizable, de ello surgen narrativas y anécdotas que

poco puede tenerse en cuenta para la ciencia.

Y como este, los ejemplos sobrarían, municipios celebres como Sumapaz, Villarica y Cunday en el Tolima, El Pato, el Guayabero, Sumapaz, la región del Ariari, todas consideradas en su época como “Repúblicas Independientes” (González, 1992), Riochiquito en el Departamento del Cauca y el bastión militar de las FARC en San Vicente del Caguán en Caqueta, fueron ejemplos de “colonización armada” en términos politológicos y se recuerdan por que fueron fácilmente observables. Pero sin duda, remotas regiones a lo largo y ancho del país por esos años también se debatían en violencias fratricidas, se formaban y se destruían feudos, se alimentaban las rencillas y venganzas de sangre, e incluso alimentaban el conflicto político y binario, pero más allá de lo remoto, ha sido incipiente su comprensión y estudio.

Fácil de observar, fue por ejemplo, la batalla de Peralonso y Palonegro en la última de las guerras civiles, la de los mil días (1899 - 1902), además de emblemática por ser una gran contienda militar librada entre conservadores y liberales por imponer su visión particular de Estado, (en última instancia se definía nada más que el tipo de régimen a adoptar, si centralista o federativo). Pero es casi seguro que tras Peralonso y Palonegro se escondían historias sobre el terreno local, hechos individuales y particulares que no importan a la hora de la comprensión del fenómeno macro –político en una guerra civil que conceptualmente se definía como de índole pública. El sesgo urbano ha prevalecido incluso desde esos remotos años.

En efecto, entre muchas de las causas de las guerras civiles del siglo XIX, el común denominador en la visión de la

mayoría de los observadores y sus estudios sobre el fenómeno, se encausaban en conceptos y variables donde prevalecían casi exclusivamente las nociones políticas, como la búsqueda de la esquiwa “unidad nacional”, o el tipo de régimen a implantar según los cambiantes y pasajeros cambios de poder.

Se argumenta que los rojos y los azules, los jefes de los partidos políticos, las elites dirigentes, siempre dividieron al pueblo, esa noción un tanto abstracta, entre conservadores y liberales, pero este pueblo “se dice que libró su lucha de manera pasional y vengativa, pues recordaba, por ejemplo, un ser querido muerto en combate” (Montoya et al, 2011, pp.117-118), siendo entre tanto la adhesión al partido más accesoria, que leal, es decir, por lo regular efímera y débil.

Lo anterior destaca una motivación personal más que política entre los grupos sociales, se argumenta que los partidos “necesitaban siempre afecciones y adherentes, dándole al pueblo un motivo o una misión de proyecto de Estado” (Montoya et al, 2011, p. 118), lógico es que los intereses de las clases dirigentes y los partidos políticos, pocas veces coincidían con los intereses de la gente del común, evidenciando que bajo el ropaje de la alta política se escondían de parte y parte motivaciones de índole privadas.

Se puede considerar entonces, que inclusive en las guerras civiles, en la posterior época de la violencia hasta el Frente Nacional, todo parecía circular en las divisiones partidista, en los faccionalismo armados e ideológicos, en las disputas por los pretendidos regímenes políticos, la participación política, la comunidad imaginada bajo el concepto esquivo de unidad nacional, y el asunto no cambió después del Marquetalia y el Frente Nacional, pues impera el discurso dominante del conflicto y la violencia política.

En este mismo sentido, la visión unitemática de la violencia y la división fundamental se ha empezado a conjugar e imponer desde más allá del pasado siglo: “El siglo XX no estaría lejano de la visión de un país polarizado entre dos ideologías fundamentales (...)” (Montoya. Et al. 2011. p. 123), con ello presenciaria el nacimiento de la versión de guerra de guerrillas modernas y también de su antítesis, el contrarrevolucionario paramilitarismo⁹: “el panorama se pobló de siglas: FARC, ELN, M-19, pero también MAS, Tiznados, Justicieros, etc.” (Pulido, 1999; p. 83).

En síntesis el periodo corto de contextualización cronológica del conflicto, está dividido en tres etapas históricas, la primera desde fines de 1949 hasta mediados de 1953, que fue un movimiento de influencia liberal, con ayuda comunista (Vieira, 1973, p. 41), la segunda etapa empieza con el repliegue de las guerrillas de autodefensas comunistas en 1954, periodo categorizado como la “colonización armada” y donde estas se emplazan en la región de Sumapaz, Huila y Tolima, haciendo de estas zonas grandes feudos guerrilleros o “Repúblicas independientes¹⁰”. Y la tercera etapa, la del Frente Nacional, luego del Ataque a Marquetalia y consolidación del grupo guerrillero de las FARC, donde empieza el periodo de la guerra de guerrillas moderno de nuestros días. (Montoya et al, 2011, p. 137).

Pero este periodo corto se desliga con la lejana violencia de guerra civil, y más aún, con la violencias privadas que difícilmente fueron sistematizadas, se liga sí, con la terminología y el campo conceptual y analítico de las ciencias sociales, por demás fácil para los estudiosos, donde por supuesto, el énfasis que se le ha dado a la guerra intrasocial está puesto en las “diferencias en el plano ideológico”, (Ariza & Montoya, 2010.p.47), y en el “cierre del sistema político” (Valencia, 2006. p. 147).

En consecuencia con lo anterior se observa la continuidad y el peso que han tenido las ideologías abstractas y universales, la permeabilidad y la influencias de las ideas revolucionarias tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la posterior bipolaridad de los dos grandes bloques comunista y capitalista en la Guerra Fría, las triunfantes revoluciones sociales, o los denominados socialismos reales de la segunda mitad del siglo XX, que influyeron directamente tanto en los grupos subversivos, como en los académicos y los observadores del fenómeno insurgente.(p.e., Fals Borda, Umaña & Guzmán, 1977; Arango, 1999, González. 1992; Pizarro Leongómez, 1989; Sánchez. 1989; Vieira, 1973). (Estos autores produjeron análisis históricos y explicativos sobre sus orígenes, y bibliografías descriptivas acerca de las causas del levantamiento en armas).

9 Existen excepcionales análisis sobre esta variable dependiente del conflicto colombiano, del paramilitarismo se ha develado información sobre sus fuentes de financiación, las alianzas políticas, el accionar violento, el poder territorial, además de los alcances, retrocesos, éxitos y fracasos del proceso de negociación que dio en teoría fin al fenómeno, y la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) (p.e., García, Daniel & Peña Jaramillo, 2005; Medina. 2005; Cubides, 2005a, 2005b; Duncan, 2007, 2008; León Valencia, 2007, 2008; Molano, 2008; Romero, 2007, 2008; Álvaro Rodríguez, 2009; Romero Vidal & Arias, Angélica, 2008; Ávila, Martínez & Magda, Paola, 2008; López, Claudia & Sevillano, Óscar, 2008; Espinal, Manuel, & Valencia, Germán.2008; Valencia, Germán & Mejía, Carlos, 2010; Montoya, 2012).

10 Para la época y según una denuncia del Senado Álvaro Gómez Hurtado en la administración del Presidente Guillermo León Valencia, existían dieciséis republicas independientes que escapaban al control soberano del Estado central.

4.1 Una errada caracterización de las dos ideologías principales con que se analiza el conflicto violento de Colombia

Dicho énfasis en la manera como se estudiaba el conflicto desde las ciencias sociales, estaban en la misma onda con la moda del momento, los análisis se presentaban en consonancia con las orientaciones ideológicas e influencias políticas de la época, años en los que la teoría marxista estaba en boga y representaba una alternativa real frente al sistema imperante, el capitalismo y su teoría del liberalismo económico.

Las aberraciones que el capitalismo siempre ha detentado y que le han sido imposible ocultar, el revisionismo marxista-leninista las denunciaba, con ello, esta teoría atrajo y agrupó a muchos académicos en todo el planeta y revolucionarios de todos los rincones del orbe.

La moda revisionista no tenía exclusividad y el contexto colombiano era el escenario evidente y concluyente donde todas las causas objetivas y estructurales se conjugaban. Los procesos revolucionarios estaban a pedir de boca, los levantamientos campesinos enardecían y en las ciudades la que otrora era una clase obrera desarticulada y desorganizada, se movilizaba en paros y se organizaba en sindicatos. Los grupos insurgentes del campo (FARC -EP, ELN, Quintín Lame, entre otras) y de las urbes (El M-19), que por demás representaban sus necesidades, leyeron esta situación, cierto es que este periodo reflejó el crecimiento del mayor número de grupos guerrilleros en toda la historia del país¹¹.

En el contexto de antes de la globalización y el auge de los socialismo reales, las nociones sobre las causas objetivas de la luchas de clases parecían ser la regla para muchos académicos, los agravios colectivos cobraron relevancia, las causas de los levantamientos en armas consecuencia de los descontentos estaban legitimados en un amplio sector de estudiosos.

En contraposición también habían quienes no estaban a favor de los memoriales de agravios, quizás denotaron en sus homólogos y colegas un arraigo ideológico, el hecho es que imprimieron de contenido económico las razones de los alzamientos en armas (p.e., Forigua Rojas, 2006; Pizarro Leongómez, 2004; Restrepo, Jorge A. & David Aponte. 2009), en el marco de las acciones racionales de los actores en conflicto en la búsqueda por maximizar las ganancias compitiendo por recursos escasos con medios para usufructuar y obtener beneficios económicos de la guerra¹², todo

11 Según referencia una edición de la Revista Diners de 1997, existían 17 grupos guerrilleros creados todos en la década de los noventas. Véase: Pulido de Isaza. Ligia. Revista Universidad Cooperativa de Colombia. No 70 enero-abril. 1999. Medellín.

12 En el plano internacional, Herfried Münkler (2005), es una autoridad académica en el asunto económico de las guerras civiles, en sus argumentos se destacan una racionalidad económica utilitaria, un tipo de racionalidad de empresarios, políticos, y de la población armada en una “unión” de lógica empresarial, política y militar, (Münkler, 2005, p.120) el “warlorismo” o “señores de guerra” es la constante en sus análisis. También, la desestimación de las causas objetivas en Colombia, ha llevado a algunos estudiosos a introducir métodos propios de la ciencia económica como la teoría de la elección racional o “rational choice”, (p.e., Fernández Ruiz, 2004): “la teoría de juegos en las ciencias sociales” introduce la variable de “incentivos de individuos racionales en la competición de beneficios. Yuri Gorbaneff y Flavio Jácome (2000) proponen juegos estratégicos de actores racionales (campesinos, insurgencia y Estado). Y los estudios de actores en un juego de cálculos matemáticos y toma de decisiones (p.e., Restrepo, 2001).

sin darse cuenta que también estaban motivados por una ideología contraria, e influenciados en el uso de la teoría Kaldoriana y su tesis de las nuevas guerras (2001)¹³.

Otros fueron incluso más allá, enfocándose en la hipótesis de la lucha por la “codicia” y el “botín” (Salazar, Boris & Castillo, María del Pilar, 2001. Rubio, 1999. Romero, Mauricio. 2000).

Lo anterior causó, un sesgo conceptual que los llevó a desestimar las razones ideológicas del conflicto, las causas originarias de los alzamientos en armas de las luchas campesinas por la tierra, y los procesos sociales que los antecedieron, hecho que indudablemente existe en el conflicto colombiano, pues como argumenta Álvaro Camacho, las causas del conflicto está en el “largamente larvado problema de la inequitativa distribución de la tierra y el fracaso consuetudinario del Estado colombiano en su solución”. (Camacho, 2003, p.12)

En cualquier caso, los métodos de análisis del conflicto colombiano, tanto los que hacían énfasis en las causas objetivas, como los que se adhieren a las razones económicas, se enmarcaban en lo que Kalyvas denominó la tendencia metodológica de los intelectuales, “a estar primeramente motivados por la ideología”, y “abrumadoramente inclinados a asignar motivos ideológicos” a sus estudios. (Kalyvas, 2006, p. 61).

Luego sobreviene el periodo de la globalización y el fin de los socialismos reales. Tras la caída del muro de Berlín (1989) y el fin de la bipolaridad entre el bloque este – oeste (1991), la referencia

conceptual cambia de paradigma, ese deslinde es interpretado como el de la pérdida de las referencias ideológicas que les dotaba de legitimidad y autoridad moral ante la lucha.

En el paradigma de la “desideologización”, se empezaría a hablar de la categoría de “guerras en contra la población”, para diferenciarlas de las clásicas guerras consideradas “con y para la población” (las guerras civiles de antes de la globalización y el fin de la Guerra Fría) según el marco conceptual de la teoría de las nuevas guerras, en otras palabras, las de ahora vistas como guerras en extremo degradadas, codiciosas, tradicionales y fundamentalistas, o como “fenómeno criminal más que político” (Kalyvas, 2006, p.520), en palabras de Roland Marchal y Christine Messiant (2004, p. 21), las que se establecerían “por medio de una mezcla de técnicas de guerrilla y de contra-guerrilla, dando lugar a crímenes en masa, y a desplazamientos forzados”.

La fórmula económica fue simple y concluyente: desvirtuar la diada agravio/descontento, y legitimar y dotar de valor la diada codicia/depredación, así por simple semántica, y siguiendo la moda del boom de la teoría liberal y el economicismo racional, se argumentaba que motivos, objetivos, técnicas y financiación de los nuevos conflictos habían cambiado (p.e., Ariza, Carolina & Montoya, Nataly, 2010, p. 10), transformándose en una compleja mezcla de intereses colectivos y razones particulares o privadas, que tornaron difusos o “asimétricas” las técnicas de la confrontación (Münkler, 2005, pp. 91-92).

Por el contrario Kalyvas argumenta que ha sido un error conceptual establecer diferencias fundamentales entre las

13 Kaldor, Mary, (2001), Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global. Barcelona: Tusquets Editores, 242 p.

nuevas y las viejas guerras, pues se basan en la adopción acrítica de categorías y denominaciones, “fundadas en una (...) errada caracterización”, pues si bien las diferencias existen, la evidencia sugiere que estas “suelen ser menos pronunciadas de lo que usualmente se argumenta y que (...) no pueden ser ordenadas bajo una dicotomía hecha en torno al fin de la Guerra Fría” (Kalyvas, 2005, pp. 51- 75).

En el año de 1991, bajo el dominio de las ideas de la diada codicia/depredación, se inició el proceso constituyente que daría vida a la actual constitución política. Se presumía que el “cierre del sistema político”, sería solucionado con la nueva carta democrática, o por lo menos, en la época se pensó, pero el conflicto continuó e incluso se profundizó con la transformación que generó la Constitución Política de 1991” (Valencia, 2006. p. 147).

Esto advierte que la división fundamental no explica por sí sola el prolongado conflicto, pues lo que debió haber sido en la época de los noventa un paliativo a la exclusión política y un ambiente para dar fin al conflicto gracias al democrático proceso nacional Constituyente, no solucionó el problema, y se puede intuir que tras de la persistencia de este, esta la puja desigual e histórica entre el centro del país y las sociedades regionales de la periferia.

5. Centro y periferia una relación dicotómica por superar

Las tensiones no resueltas entre el mundo rural y el mundo urbano están en el marco de la soberanía fragmentada o dividida del Estado central, es decir, históricamente la soberanía en Colombia no es total, es parcial y esta segmentada,

se aduce sin embargo, que la polarización del país no es de tal magnitud que se pueda hablar de una soberanía escindida en términos generales, y por ende de una guerra civil¹⁴. Por lo pronto las instituciones, el Estado Social de Derecho sociológica y jurídicamente están garantizadas.

Se sabe pues, que ningún actor armado ha tenido o tendrá el suficiente capital social o apoyo importante de la población en su conjunto, “ni la guerrilla, ni los grupos paramilitares (...) representan a ningún conglomerado social de importancia que pueda arrebatarse el poder al Estado central. (Pizarro Leongómez, 2004, p. 62).

Las razones expuestas atrás no son muy generosas a la hora de hablar del pulso entre el centro y la periferia, pues históricamente la nación (ese concepto de comunidad imaginada) ha estado escindido de una parte considerable de su territorio, han existido regiones con “proto-estados”, o gérmenes de contraestados locales (Pizarro Leongómez, 2004), o estados de facto (Duncan, 2008) que en la práctica han sido soberanos en sus lugares de influencia, En palabras de Leongómez: “La guerrilla y los paramilitares representan dos polos de la sociedad rural: la guerrilla sería la expresión de los campesinos pobres y los colonos, mientras que las autodefensas representan a los campesinos ricos y a los hacendados” (Pizarro Leongómez, 2004, p. 60).

14 Existen tres características principales de las guerras civiles: (1) la existencia al menos de dos proyectos de sociedad antagónicos; (2) los cuales dan origen a una enconada polarización nacional que se expresa en el terreno del enfrentamiento armado; y (3), la existencia de una “soberanía escindida” (Kalyvas, 2001, p. 7).

Pero en términos generales, la anterior acepción remite al carácter político del asunto, es decir, a la escisión o división fundamental de la teoría dominante, o noción dicotómica entre lo público y lo privado, o entre el centro y la periferia.

El anterior es el error conceptual del que reiteradamente se ha expuesto en este ensayo, pues el aporte consiste en develar las diferencias entre la violencia públicas o políticas de las violencias privadas y locales, esas pequeñas luchas cotidianas del día a día que se manifiestan en el “micro-nivel” de contexto regional (Kalyvas, 2006) y las estrategias de los grupos armados del conflicto binario o “macro-nivel” nacional, que en muchas de las veces pareció ser solo un pretexto de los pobladores locales para obtener beneficios personales.

En este orden de ideas William Tobón, argumenta que la guerra se acerca más a “una violencia contra y entre la población civil, de acuerdo con un carácter triangular que involucra no sólo a dos o más actores armados sino también a los civiles, y que una tácita colaboración entre estos actores termina cambiando y redefiniendo el curso de la guerra y las formas de violencia, en una guerra en la cual se enfrentan los ciudadanos (Tobón, 2002, p.160).

En este sentido, mientras que para Mary Kaldor la violencia local de las guerras civiles, por ser precisamente locales, eran “desideologizada” y “apolíticas”, su tipicidad era degradada y exclusivamente codiciosa, Kalyvas, analiza los procesos locales como una transformación de “la búsqueda de victoria y poder de los actores políticos y la búsqueda de beneficio personal y local de los actores locales o individuales en un proceso conjunto de violencia.” Existiendo una “conexión entre la elite y la dinámica sobre el terreno” (Kalyvas, 2006, p.498).

La conexión es clave para comprender la dicotomía centro y periferia, pues remite a otro concepto clave, la “alianza” (Kalyvas, 2006, p.523). La alianza es descrita como un proceso de “convergencia de intereses por medio de una transacción entre actores supralocales y locales (Kalyvas, 2006, p.529).

Este instrumento metodológico de la alianza permite la comprensión de que el conflicto nacional y central, es también un conflicto descentralizado, pues ocurre en simultáneo y en mayor proporción en el mundo rural, pero paralelamente, el conflicto local del mundo rural se sabe que está vinculado al conflicto nacional o central.

De este modo, el conflicto civil colombiano puede ser también “un proceso que conecta la búsqueda de poder de los actores colectivos y la búsqueda de ventajas de los actores locales. O, dicho de otra manera, la violencia puede también ser un beneficio selectivo que produzca movilidad local por medio de alianzas. (Kalyvas, 2006, p.524).

La historia de los grupos subversivos y paramilitares es la regla que comprueba lo anterior, ante la debilidad institucional del Estado central por legitimar su soberanía en el territorio nacional, estos actores supralocales crearon no solo nichos sociales en lo local a fines a sus políticas, sino que se hicieron al control territorial en zonas de frontera.

La “colonización armada”, por parte de las guerrillas, y la reconquista en los años ochenta de territorios por el paramilitarismo en zonas de histórica influencia guerrillera, se puede leer no solo como estrategias de los actores armados por posicionar su lucha política y su control territorial, sino además, como lógicas de reacomodamiento de las poblaciones locales ante las ventajas

y la posibilidad de obtener beneficios, utilidades e incentivos derivados de la presencia de los grupos al margen de la ley en sus entornos naturales:

“Los actores políticos externos a la comunidad juegan un papel crítico en la conversión de los conflictos locales y privados en violencia porque ofrecen incentivos sin los que los actores locales no podrían o no desearían emprender la violencia”. (Kalyvas, 2009, p.524).

Un ejemplo de lo anterior sucedió cuando el paramilitarismo como actor supralocal y “estado de facto” en numerosas regiones, logró una conversión de intereses con los actores locales transformando el orden social, e instaurando un “particular sistema jurídico” gracias al control territorial, donde los lugareños acudían a ellos para saldar querrelas personales, demarcación de predios, robos de ganado, o cualquier otra controversia o disputa personal o privada, mientras las autodefensas conseguían zanjar, por medio de políticas dirigidas, la falta de aceptación social, implantando proyectos como construcción de pozos, fuentes de agua, repartición de tierras, dotación de escuelas y puestos de salud, entre otras. (Duncan, 2007, p.272)

De este modo, el concepto de “alianza”, como lo explica, Kalyvas (2006), tiene el efecto práctico de convertir lo que es una dinámica compleja como la del mundo rural colombiano, en una “teoría tratable”, donde los conflictos civiles concatenan múltiples y dispares divisiones locales que estuvieron dispuestas en torno a la división fundamental.

Reconciliar dentro de dicho marco analítico, “las motivaciones [...] que se pensaban “contradictorias (...), tales como la acción estratégica por parte de los actores políticos y la acción oportu-

nista por parte de los grupos y los individuos locales.” (Kalyvas, 2006, pp. 525, 527), incluye la posibilidad real de mirar la diada centro-periferia como correlacional entre sí, y no como dicotómica entre las partes, es decir, entre las divisiones locales y sus motivos oportunistas y la división central y estratégica de los actores armados.

A razón de lo anterior, deja de ser preeminente lo político sobre lo privado, en términos conceptuales, el primero no se disocia ni superpone sobre el segundo, como ha prevalecido en los estudios del fenómeno violento, sino que ambos (lo político y lo privado) se sitúan y asocian al mismo nivel, la desmitificación del conflicto interno armado obedece a esta noción correlacional.

Sin duda, este novedoso marco de la alianza, matiza la guerra entre civiles que vive el país, ayudando a percatar que tanto la violencia privada, como la política no es tan degradada y anárquica, como la hace ver la teoría económica de la “codicia”, y que el conflicto político no es tan fundamental como se ha hecho ver bajo la noción de las causas objetivas de los “agravios”.

Conclusiones

La realidad del narcotráfico, una economía que nace en la periferia del mundo rural y sus sociedades locales, es un tema que se debe abordar sin reparos sobre cualquier mesa de conversaciones, pues como lo argumenta Duncan (2007), este negocio transformó estructural y radicalmente los órdenes regionales, y ofrece beneficios a los pobladores. Revertir esos órdenes de ilegalidad imperantes en la periferia requiere intervenciones contundentes del centro del país; inversión en

infraestructura y desarrollo económico y social, puede transformar paulatinamente la vida de ilegalidad y violencia a un orden democrático de legalidad y de modernidad.

El narcotráfico no siendo la única motivación de la persistencia del conflicto, si puede ser uno de los principales motivos, pues desde los estudios convencionales del conflicto, se le da el trato de búsqueda de botines o lucros privados a las luchas revolucionaria, y una percepción de que la población civil que vive al amparo del grupo irregular, no estaría dispuesta a sacrificar ese medio de sustento, todo en los parámetros económicos de búsqueda de utilidades y elecciones racionales.

Las teorías tratadas en este ensayo, llaman la atención precisamente por lo contrario, se matiza el aspecto económico y se fía más de la estructura histórica y cultural de las regiones, (por eso un llamado a la ciencia política, la antropología social y a la metodología etnológica). La estructura cultural es entendida como la que asimila sobre la misma base analítica a actores locales y extra-locales, los cuales definen sus propias dinámicas y con ello transforman endógenamente sus realidades locales.

Los conceptos derivados de la teoría de Stathis Kalyvas, la cual sienta las bases analíticas a partir de la alianza de los ordenes violentos, pueden llegar a la conclusión de que los sujetos individuales y los grupos sociales no les interesa por simple acomodo vivencial, ley de la costumbre o experiencia vital renunciar a los viejos ordenes y patrones de comportamiento ilegal, no por razones de lucro o el reduccionista calificativo de búsqueda de “codicia” y “lucro”, sino por el simple hecho de que el conjunto de constelaciones económicas y el pro-

pio conflicto armado, cambió sus hábitos de consumo y transformó profundamente sus sociedades.

La percepción de que el conflicto armado interno no terminaría bajo las anteriores circunstancias, cobra validez no por el ánimo de lucro de los involucrados, sino por la posibilidad de admitir, que las comunidades aceptaron dichas constelaciones, porque hacen parte de sus experiencias vitales y han sido su referente cultural inmediato, además de sus medios de sustento y de supervivencia. En esta medida, las formas de reciclaje armadas, tal cual como se dieron después del proceso de desarme paramilitar del año 2005, cuando aparecen las bandas criminales (Bacrim), difícilmente se solucionarían.

Escoger mirar dicho fenómeno desde la visión de la lucha y la violencia fundamental del conflicto interno, no permite entrever las distintas realidades del entorno local, existiendo así la dualidad de ex guerrilleros que eventualmente se podrían rencauchar en neo guerrilleros o en una versión compleja de bandas emergentes o señores de guerra, y no de pobladores que prefieren seguir delinquiendo porque es su forma de “ganarse la vida”, de ascender en la escala social o sustentar sus instintivos hábitos de supervivencia, ello ante la baja expectativa de un Estado como el colombiano que no brinda la posibilidad real de salir de ese círculo.

En resumen, se encuentran dos visiones sobre el mismo fenómeno violento de las regiones. El primero, es la visión convencional que se hace sobre los antiguos ex combatientes que reinciden en armas, por cálculos económicos y estrategias de dominación de territorios en lugares donde antiguas estructuras o antiguos jefes dejan un vacío de

poder que es eminentemente llenado. La segunda visión hace referencia a motivaciones individuales o grupales que no se supeditan exclusivamente a cálculos económicos.

Desde la primera visión, se entiende el fenómeno local estrictamente encausado bajo el discurso externo de la división central de la lucha política nacional, prevaleciendo la idea, que es el *régimen político* el que incide en el desarrollo de la dinámica de creación y expansión de ejércitos irregulares (p.e., Romero, 2007). Este trabajo supone que ello está supeditado a la relación dicotómica entre centro y periferia, en otras palabras, donde prevalece lo político sobre lo privado. La desmitificación del conflicto armado es clave en este aspecto, pues un cambio de esta visión sobre la misma dinámica de rearme y violencia regional, supone, y en este punto se tiene la segunda visión, que alude, que además de cálculos estratégicos de dominación territorial y búsqueda de beneficios económicos de los grupos armados, se dan también motivaciones de los agentes individuales y los grupos locales para aprovechar la ambigüedad del conflicto interno nacional, y ganar en oportunidades privadas de supervivencia y en esta dinámica de rearme, el régimen político dejaría de incidir o ser determinante pues inciden más las dinámicas locales y privadas.

La sugerencia de cambiar la manera en que se estudia el conflicto, es una propuesta viable y atrayente, pero costosa y difícil de llevar a cabo, ello implica desmitificar el conflicto fundamental, quitar el peso que representa los iconos y lo emblemático de lo fácil de observar y sistematizar en los periodos de corta duración, (conceptualizado por demás a partir de etiquetas recientes como la

actual lucha o cruzada mundial contra el terrorismo), para plantear la posibilidad de investigar de lo micro-regional a lo macro- central, en otras palabras, de lo local a lo nacional. La dinámica de lo local y periférico, para la comprensión general del conjunto, esto es, de la dinámica del conflicto sin denominaciones.

La propuesta de aceptar una perspectiva cronológica más amplia para entender y conceptualizar las violencias, es sugerente, este análisis no quiere dar respuestas concluyentes sobre dicha propuesta. Se limita a advertir que puede existir en la academia colombiana, como lo sugiere el mismo Kalyvas en sus estudios de las guerras civiles, una visión ahistorica de la investigación, y que la forma en que se llevó el conflicto político, está estrechamente ligado con el modo en que ha sido entendido y conceptualizado. (Kalyvas, 2009. p. 195).

En relación con lo anterior se ha entendido el conflicto como una división fundamental, se conceptualiza sobre esta variable, y la única violencia que se observa, analiza y sistematiza es la violencia política, producto de la discontinuidad cronológica con su pasado próximo de guerras civiles y época de violencia que no alcanzaron a ser observadas.

Desmitificar el conflicto interno armado, no quiere decir desvirtuar su naturaleza e importancia, significa separar las dinámicas y motivos de las diferentes violencias que se dan sobre el terreno, de las estrategias de los grupos armados y actores políticos. En el mismo sentido, es describir los motivos de las fuerzas que condujeron al acto violento sobre los terrenos locales, que son sustancialmente diferentes de los motivos políticos de quienes actúan a nivel de la estrategia nacional del conflicto fundamental.

Significa describir el tipo de violencia, que se invisibiliza bajo el tamiz del concepto de violencia política y darle la verdadera interpretación a sus complejas naturalezas.

Un campesino rural no es guerrillero, por el simple hecho de habitar en un área de influencia guerrillera, donde por instinto de auto-conservación le ha sido imperioso convivir e incluso involucrarse con el actor armado a su causa económica o “economía de guerra” (por ejemplo cultivo de hoja de cocaína).

En el mismo orden de ideas, un “campesino rico” en un contexto de contrainsurgencia, necesariamente no es financiador del paramilitarismo, o si es propietario de tierras no es “terrateniente”, y por tanto no se debe juzgar dentro del plano ideológico de la guerrilla como un posible candidato para la tributación de “sus impuestos de guerra”. Es la etiqueta “guerrillero”, “paramilitar”, “terrateniente” la que le suele dar dicha connotación, categorías fijas que son producto del discurso dominante de la división fundamental.

Dichas “etiquetas fijas” son un error metodológico recurrente, pues la comunidad y sus pobladores locales son difícilmente reconocibles dentro de esas categorías, error que está directamente relacionado al modo en que se estudia el conflicto armado.

En conclusión ha prevalecido una ley semántica en los estudios sobre la violencia, una evidente escasez de conceptos por la visión unitemática derivada del conflicto intrasocial, y una falta de visión histórica del mismo.

Las ciencias políticas y la antropología social, pueden aportar desde la violentología y la etnografía en esta dirección investigativa. El aporte politológico con análisis de coyuntura, mé-

todo comparado e historia política, por un lado, y sistematizadas fuentes orales y locales a nivel de las comunidades, aldeas e individuos desde antropología social, convergerían en este propósito de teorizar las complejas dinámicas a nivel micro, teoría que aportarían significativamente a la propia comprensión general del fenómeno intrasocial.

Bibliografía

- Arango, Mario. (1999, Enero-Abril), La crisis del modelo económico y la violencia en Colombia. Revista Universidad Cooperativa de Colombia. No 70. Medellín. p. 93.
- Ariza, Carolina & Montoya, Nataly. (2010, Mayo). Los avatares de una guerra innominada, Cuadernos de Investigación, Universidad EA-FIT. Medellín. Pp. 5-43.
- Ávila, Ariel & Núñez, Magda, (2008, Diciembre) Expansión territorial y alianzas tácticas, En: en qué está la guerra. Revista Arcanos. No. 14. Bogotá.
- Camacho, Álvaro (2003), La economía política del conflicto en Colombia. En: Richani, Ignacio. Sistemas de guerra. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Iepri. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Planeta colombiana.
- Collier, Paulo. (2001, Mayo-Junio). Causas económicas de las guerras civiles y sus implicaciones para el diseño de políticas. Traducido por Caros José Restrepo. En: El Mal-

- pensante. Lecturas paradójicas. Vol. 00, No. 30, Pp. 28-53.
- Cubides, Fernando. (2005), Narcotráfico y paramilitarismo un matrimonio indisoluble. Compilador: Alfredo Rangel. Editorial Planeta, Bogotá.
- Duncan, Gustavo. (2007). Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia. Bogotá: Planeta, 368 p.
- _____. (2008) El dinero no lo es todo: acerca del narcotráfico en la persistencia del conflicto colombiano, departamento de ciencia política documento n° 152, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, Pág. 41.
- Enzensberger, H.M. (1994). Civil Wars: From L.A. to Bosnia, Nueva York, New Press, 1994.
- Fals Borda, Orlando, Eduardo, Umaña & Guzmán, Campos. (1977) La violencia en Colombia. Estudio de un proceso social Bogotá, Punta de Lanza.
- Fernández Ruiz, Jorge. (Sep.-Dic. 2004) La teoría de juegos en las ciencias sociales, En: Estudios Sociológicos (México), Vol. 022, No. 066, p. 625-646
- Franco, Vilma Liliana (2009). Orden contrainsurgente y dominación. Instituto Popular de Capacitación. Siglo del Hombre. 568p.
- Forigua, Emerson, (2006, Enero-Junio), Las Nuevas Guerras: Un Enfoque Desde Las Estructuras Organizacionales Papel Político. Bogotá (Colombia), Vol. 11, No. 1, pp. 305-352.
- García, Daniel & Peña, Jaramillo. (2005, Enero-Marzo), La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar: por el esclarecimiento histórico Análisis político, n° 53, Bogotá, pp. 58-76.
- González, José, (1992), El estigma de las repúblicas independientes. 1955-1965, Bogotá, CINEP.
- González, Fernán. (2006, Enero-Marzo). Guerras civiles y construcción del Estado en el siglo XIX colombiano: una propuesta de interpretación sobre su sentido político. Boletín de Historia y Antigüedades, (Bogotá), Vol. 93, No. 832, pp. 32-80.
- Gorbaneff, Yuri & Jácome, Flavio. (2000, Julio-Diciembre). El conflicto armado en Colombia: una aproximación desde la teoría de juegos, Planeación y Desarrollo, Santafé de Bogotá, Vol. 31, No. 03-04.
- Gutiérrez, Francisco, (2006), Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia. Bogotá: Norma, 607 p.
- Harding, Susan F. (1984). Remaking Ibiaca: Rural Life in Aragon under Franco, Chapel Hill, Universidad of North Carolina Press, p. 59.
- Henderson, J.D. (1985), When Colombia bled: A history of the violence

- cia in Tolima, Tuscaloosa, University of Alabama Press.
- Kaldor, Mary, (2001), *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*. Barcelona: Tusquets Editores, 242 p.
- Kalyvas, Stathis. (2001). “La violencia en medio de la guerra civil. Esbozo de una teoría”, en *Análisis Político*, No. 44, Bogotá.
- _____. (2005). *Nuevas y viejas guerras civiles – ¿una distinción válida? En: Acción política no violenta, una opción para Colombia*. Centro editorial universidad del rosario, Bogotá. Pp. 51-77
- _____. (2006). *La lógica de la violencia en la guerra civil*. Cambridge University Press, Editores Akal.
- _____. (2009, Julio-Diciembre). *El carácter cambiante de las guerras civiles 1800-2009*. Yale University. *Colombia internacional* 70, pp. 193-214.
- Lair, Eric (May.-Dic. 2001.). *Colombia, una guerra contra los civiles*, En: *Colombia Internacional* (Santafé de Bogotá), No. 49-50, p. 135-147.
- López, Claudia & Sevillano Oscar, (2008, Diciembre). *Balance político de la parapolítica*. En: *En qué está la guerra*. Revista Arcanos. No. 14 Bogotá. Pp. 62-87.
- Marchal, Roland, & Messiant, Christine, (Ene-abril 2004). *Las guerras civiles en la era de la globalización: nuevos conflictos y nuevos paradigmas*. *Análisis político*. Santa Fe de Bogotá. 20- 24 p.
- Medina, Carlos, (2005, Enero-Marzo), *La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación*. *Análisis Político* No 53, Bogotá, pp. 77- 87.
- _____. (2005b). *Santa Fe de Ralito: avatares e incongruencias de un conato de negociación*. *Análisis político* No 53, Bogotá, pp. 88 -94.
- Molano, Alfredo, (2008, Octubre 11), “Regreso a Calamar”, *El Espectador*, Bogotá.
- Montoya, Diego; Escalante, Luna; Aguirre, Juan; Buitrago, Felipe & Oquendo, Steven, (2011) *Movimientos armados e insurgencia*. En: *La izquierda política colombiana: un siglo de inconformidades*. Impresos Begón. Universidad de Antioquia. Medellín. p.122, 145.
- Montoya, Diego. *Nuevas guerras: paramilitares y negociación, una mirada alternativa del conflicto interno armado y sus motivaciones*. Medellín, 2012. Tesis monográfica para optar al grado de politólogo, Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Münkler, Herfried, (2004). *Las guerras del siglo XXI*. *Análisis político* n° 51, Bogotá, mayo-agosto. págs. 3-11.
- _____. (2005), *Viejas y nuevas guerras Asimetría y privatización de*

- la violencia. España: Siglo XXI Editores, 225 p.
- Pecault, Daniel, (2001), Guerra contra la sociedad, Bogotá, Espasa.
- Pizarro Leongómez, Eduardo. (1989, Mayo-Agosto) “Los orígenes del movimiento armado comunista en Colombia, Revista Análisis Político No 7, Bogotá. p. 7.
- _____, (Mayo-Agosto de 2002). Colombia ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua? En: Análisis Político, IEPRI, Universidad Nacional, Bogotá. No. 046. P.166
- _____, (2004), Una democracia asediada, balances y perspectivas del conflicto armado en Colombia: Editorial Norma, Bogotá. 369p.
- Posada Carbo. Eduardo. (2001) ¿Guerra civil?: el lenguaje del conflicto en Alfaomega, Bogotá. 47 p.
- Pulido de Isaza. Ligia. (1999). Revista Universidad Cooperativa de Colombia. No 70 enero-abril. Medellín. pág. 83
- Restrepo, Jorge & Aponte, David. (2009), Análisis económicos de conflictos internos, En: Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Restrepo Botero, Darío (2001). “Descentralización y violencia en Colombia”. Martínez, Astrid, (2001) Economía crimen y conflicto. Bogotá; Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, M. Álvaro (2009, Enero-Abril). De Las Armas A La Desmovilización El Poder Paramilitar En Colombia. Revista Internacional De Sociología. Vol.67, N° 52, pp. 59-82
- Roldan, M. (2002), A sangre y fuego. La violencia en Antioquia, Colombia, 1946-1953. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. 435p.
- Romero, Mauricio. (2000), Changing identities and contested settings: Regional elites and the paramilitaries in Colombia. International Journal of Politics, Culture and Society, 14, No. 1.
- _____. (2007). “Nuevas guerras, paramilitares e ilegalidad: una trampa difícil de superar.” En: La Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoíris. 363. p.
- Romero, Mauricio & Arias, Angélica, (2008), “Bandas Criminales”, A Seguridad Democrática y corrupción. En: En qué está la guerra, Revista Arcanos. No 14, diciembre, 2008. Bogotá. PP. 38-51.
- Rubio, Mauricio, (1999). Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia, Bogotá, Tercer Mundo Editores. 269 p.

- Salazar, Boris & Castillo, María del Pilar. (2001), La hora de los dinosaurios. Conflicto y depredación en Colombia. Cali-Bogotá: Cidse-Cerec, p.182.
- Sánchez, Ricardo. (1989, Septiembre), Izquierda y democracia en Colombia. Revista Foro No 10. Bogotá. Pp.63-78.
- Sánchez, Gonzalo, AGUILERA, Mario, (2001) Memoria de un país en guerra. Bogotá: Editorial Planeta. 329 p.
- Tobón, William, (2002, Mayo-Agosto), ¿Guerra civil en Colombia?, En: Análisis Político, Universidad Nacional, Bogotá. No. 46, pp. 151-163.
- Uribe, María Victoria. (1989) Matar, rematar y contramatar: las masacres de la violencia en el Tolima, 1948-1964. Bogotá. Cinep. 209p.
- Valencia, Germán, (2006, Diciembre). La economía frente al conflicto armado interno colombiano, 1990-2006. Perfil de Coyuntura Económica, pp. 141-174.
- Valencia, Germán & Espinal, Manuel. (2008, julio-diciembre). Balance del proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción (DDR) de los bloques Cacique Nutibara y Héroe de Granada en la ciudad de Medellín. Estudios Políticos, 33, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 11-34.
- Valencia, Germán & Mejía, Carlos, (agosto 2010). Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro. Perfil de Coyuntura Económica. No 15. Universidad de Antioquia, pp. 59-77.
- Valencia, León. (2007), “Los caminos de la alianza entre los paramilitares y los políticos.” En: La Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoíris. Pp. 13- 43.
- _____, (2008, Diciembre), Escenarios de guerra o paz. En: en qué está la guerra. Revista Arcanos. No. 14 Bogotá. p. 2.
- Vieira, Gilberto. (1973), Colombia tres vías a la revolución. Círculo Rojo Editores. Bogotá. 208 pág.



Albergue: "La 72". Tenosique, Tabasco.

Nombre: Santos García Velázquez **Edad:** 29 años **Estado civil:** Casado

Origen: Depto. de Valle, Honduras **Destino:** Nueva York

Ocupación: Trabajador en la construcción.

Motivo de migración: Busca una vida mejor para su hijo que nacerá dentro de seis meses.

Contratiempos durante el trayecto: Ninguno

"Cortesía del Concurso Latinoamericano de Fotografía Documental
Los Trabajos y los Días-Escuela Nacional Sindical"

Título: Reliquias 05
Autora: Olivia Vivanco
País: MÉXICO

Antecedentes jurídico-políticos del código penal colombiano de 1890

■ Por: *Yecid Echeverry Enciso**

Resumen

El artículo analiza las condiciones jurídico políticas que orientaron la expedición del código penal de 1890, periodo clave en la historia colombiana por tratarse del paso del federalismo a la república unitaria, donde se decantan una serie de ideas y principios que van a constituir el quehacer penal de buena parte nuestra vida institucional en materia criminal. Muestra las luchas entre liberales y conservadores, así como sus aciertos y desaciertos ideológicos en la construcción de una legislación punitiva.

Palabras clave: Derecho penal, Olimpo radical, Regeneración, historia criminal.

* El autor es profesor del Departamento de Estudios Jurídicos, Universidad Icesi, Cali, Colombia. Sociólogo y magíster en Filosofía, Universidad del Valle; Abogado, Universidad de San Buenaventura; Especialista en Derecho Penal, Universidad Santiago de Cali. Adelanta estudios de Doctorado en la Universidad Católica de Argentina. El artículo constituye un avance del proyecto de Investigación: El control constitucional y la política criminal, inscrito en la línea de investigación Dogmática penal y criminología, desarrollado por el Grupo Precedente, inscrito y reconocido por Colciencias en categoría B. E-mail: yecheverry@icesi.edu.co.

Judicial-political backgrounds of the colombian 1980 criminal code

Abstract

This article analyzes the legal and political conditions that guided the expedition of the penal code, 1890, key period in Colombian history for being the step from federalism to unitary republic, where a number of ideas and principles that are to constitute the criminal endeavor of much of our institutional life in criminal matters. It shows the struggles between liberals and conservatives, as well as their successes and failures in the ideological construction of punitive legislation.

Key words: Criminal law, radical Olympus, Regeneration, Criminal backgrounds.

Introducción

El presente trabajo examina las condiciones económicas, sociales y culturales que hicieron posible la codificación penal en Colombia durante el periodo conocido como la *Regeneración* (1886-1903, al decir de algunos investigadores); época que comportó la expedición del Código Penal de 1890, en gran medida, “reproducción del Código Penal de 1837 [que respondía] a la corriente filosófica conocida como *la propuesta ilustrada del derecho penal*”, la cual proponía “un cambio de paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, su antecesor”¹, aunque el código de 1890 terminó siendo, incluso, poco más tradicional que las legislaciones penales anteriores, significó la unidad normativa de una época que transitó del federalismo a la unión republicana. A partir de este código –que regiría hasta 1936–, y bajo la égida de la Constitución de 1886, se vendrían varias revisiones y reformas penales que respondían a una notoria influencia del positivismo jurídico-penal por tratar de generar una acertada política criminal, pasando por las codificaciones de 1936, la de 1980 hasta llegar a la actual Ley 599 de 2000, que tuvo en el *Estado social de derecho* de la Constitución de Colombia de 1991, una verdadera evolución, emparte, gracias al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.²

Aunque el Código Penal de 1890 no tuvo igual suerte que la Constitución del 86, sí demarcó los parámetros jurídico-criminales que gobernarían por casi medio siglo los delitos y las penas en la naciente vida republicana; así como unificó y dio alcance a nivel nacional a disímiles leyes emitidas por los nueve estados soberanos que constituían los Estados Unidos de Colombia, sistema político que permitía que cada Estado miembro de la federación tuviera competencia para expedir sus

1 Bernate Ochoa, Francisco. “El Código Penal colombiano de 1890”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 6, núm. 2, julio-diciembre. Bogotá: Universidad del Rosario. 2004. p. 556.

2 Véase Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Editorial Dykinson. 2004. 161 p.

propias leyes penales,³ situación que proponía una federación injusta y desigual por el hecho de reunir codificaciones penales que atribuían diferentes sanciones y procedimientos a un mismo comportamiento delictual.

En este sentido, el conocimiento de las circunstancias fácticas que envolvieron la legislación penal de 1890, constituye un ejercicio de reinterpretación y aproximación a los orígenes del control punitivo nacional y propicia una perspectiva histórica normativa para entender el avance o retroceso de nuestras leyes en materia de control y ejercicio legítimo de las libertades. Para lograr este propósito, se retomarán algunos aspectos de carácter historiográfico que despejan los senderos por los cuales transitó el legislador desde el surgimiento de la nación; esto es, desde la independencia del dominio español. Luego se hará un bosquejo de la historia constitucional que rigió al país y su influencia en la normatividad penal, acompañada de aspectos económicos, sociales y culturales que permitirán al lector tener una idea más integral y armónica de la vida política y jurídica de aquellos tiempos. Por último, se analizarán algunas normas punitivas del código de 1890 y se plantearán unas conclusiones.

Para empezar, es menester decir que desde 1810, cuando por primera vez los habitantes de la Nueva Granada (hoy República de Colombia) lograron la independencia de España, tomaron la decisión de dejar vigentes las normas penales existentes durante la Colonia en todo aquello que no contradijera los principios y la filosofía de la nueva época. Pues las nuevas dirigencias no estaban en condiciones de proferir un estatuto punitivo que marcara la ruptura con el *ancien régime*.

En este proceso de construcción de una nueva sociedad, los neogranadinos no estaban ni preparados ni de acuerdo para un nuevo régimen; en otras palabras, existía en la Nueva Granada un descontento general y una idea de independencia que comprometía a los *patriotas* a tomar las armas por la libertad, y así lo hicieron; pero no había una idea clara del Estado que debían forjar. Ante esta situación, España —que veía perder sus colonias en América del Sur— decidió realizar una nueva embestida y una vez culminada la guerra con Francia, encomendó al “Pacificador” Pablo Morillo reconquistar los territorios de la Nueva Granada. Durante este periodo, Morillo logra sitiar y apoderarse de Cartagena, luego inicia la reconquista de las provincias y restablece el virreinato (periodo conocido como el “régimen del terror”). Después, en 1819, Simón Bolívar tras una guerra sangrienta, logró sellar definitivamente la independencia de Colombia.⁴

A pesar de que durante el periodo comprendido entre 1810 y 1819 hubo algunos intentos de construir un Estado, de lo cual dan cuenta varias cartas y proclamas a manera de constituciones estatales —como la de 1810, entre otras— no se puede hablar de una legislación penal criolla articulada y coherente sino hasta 1837, año en que se expide el primer código penal para la Nueva Granada. Esto en razón a que los criollos o patriotas, una vez tuvieron plena capacidad para estructurar un mode-

3 Bernate Ochoa, Francisco. “El Código Penal colombiano de 1890”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 6, núm. 2, julio-diciembre. Bogotá: Universidad del Rosario. 2004. p. 539.

4 Rodríguez Jiménez, Pablo (editor). *Historia que no cesa: la independencia de Colombia, 1780-1830*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2010. 340 p.

lo de nación, se vieron en dificultades y discrepancias ideológicas que terminaron en el surgimiento de dos partidos políticos: el liberal y el conservador. El primero procuraba la garantía de las libertades personales de expresión, de prensa, de empresa, de religión, el sufragio universal, la no interferencia del Estado en asuntos económicos, entre otros principios. Por su parte, el Partido Conservador le apostaba a una idea de orden, de respeto por las tradiciones, protección de la religión católica, por una la familia monógama, por una economía controlada y programada desde las instituciones en contraposición a su adversario.⁵

Estas corrientes políticas (liberales y conservadoras) se encontraban en boga en Europa y era natural que los líderes de la Nueva Granada, muchos de ellos educados en el viejo continente, quisieran imponer las ideas importadas y los modelos de gobierno, solo que nunca se pusieron de acuerdo; por el contrario, entraron en una serie de disputas y guerras que los caracterizó a lo largo de siglo XIX y hasta finales del siglo XX.

En este orden de ideas, es necesario advertir al lector que este es un estudio enfocado en el contexto sociopolítico y jurídico que dio origen al Código Penal de 1890, razón por la cual se privilegiarán ciertos aspectos históricos por encima de la disección dogmática de la norma jurídica (aunque se considerarán algunas figuras penales relevantes para la época y significativas para el estudio). Para ello se partirá del periodo conocido como *Olimpo Radical* (1863-1886) o de dominio del Partido Liberal –el cual estableció una Constitución federal que dio prioridad a las ideas liberales sobre las ideas conservadoras– y terminará en el de la *Regeneración*, génesis de la expedición del código penal en comento. Sin embargo, este texto no pretende ser rigurosamente histórico, sino que escogerá los momentos de la historia nacional más apropiados para entender los hechos y los contextos que marcaron el establecimiento del derecho penal de la *Regeneración*, *êthos* de una época que logró imponer sus tradiciones, creencias y estatutos a un pueblo que había sido expropiado de las mismas bajo el yugo de una constitución totalmente ajena a las condiciones materiales de una cultura.

El olimpo radical o radicalismo liberal

5 Desde el nacimiento del Estado colombiano ya se presentaban profundas divisiones ideológicas que dieron lugar al surgimiento de los partidos políticos impidiendo un gran proyecto de unidad nacional desde el campo simbólico. Veamos: “Una nueva expresión de las tensiones ideológicas existentes apareció en las disputas que terminaron separando a Simón Bolívar (claramente centralista), de su vicepresidente, el general Santander (de orientación federal). Ambos grupos trataron de alcanzar un acuerdo en 1821, escribiendo juntos una constitución provisional en Cúcuta. Este documento, que creaba nuevamente un Ejecutivo poderoso y restringía los derechos políticos de la población, no llegó a satisfacer a los miembros de ninguno de los dos grupos. A partir del fracaso del mismo, Bolívar trató de imponer en la Nueva Granada la Constitución que él había preparado para Bolivia, en 1826. Sin embargo, la misma fue prontamente repudiada en la región y Bolívar llegó a sufrir un atentado sobre su vida por parte de activistas liberales”. Gargarella, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI. 2008, p. 158. Al respecto pueden consultarse, también: Molina, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1959*. Bogotá: Universidad Libre. 2006, 798 p.; Jaramillo Uribe, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 11.

Este periodo de gobierno durante el cual se impuso el modelo federal con 9 estados soberanos —que se tradujo en el triunfo de las ideas liberales de libertad económica, secularidad, educación pública, y abstencionismo estatal en el campo privado de las personas, así como por la expulsión de los jesuitas del territorio nacional—, fracasó cuando sus instituciones de carácter federal se vieron gravemente comprometidas en escándalos de corrupción y clientelismo para conservar el poder, y la crisis económica que se produjo por la caída de las exportaciones de materias primas a finales del siglo XIX,⁶ explotaron a través de graves conflictos de orden público a nivel regional.⁷ Situación que para los conservadores y sectores moderados del liberalismo requería de una reforma estructural para recuperar el orden y la legitimidad del Estado.

Durante esta época también se presentaron duras guerras entre conservadores y liberales, gestadas tanto en los sectores urbanos como rurales,⁸ que imposibilitaron el despegue de la actividad agrícola que abocó en la crisis económica, agravada por la intervención de países como Java y Ceylán (hoy Sri Lanka), quienes en la década de 1860 lograron

dominar el mercado de la quina —principal producto de exportación de Colombia en aquellos tiempos—, y echar por el suelo el precio al inundar el mercado europeo con aquel producto.⁹ Esta crisis, como es lógico, tuvo fuertes repercusiones sobre el modelo liberal de no intervención del Estado en la economía, pues los campesinos y exportadores, al ver menguar sus ingresos, culparon del déficit al Gobierno y a sus políticas por no haber reaccionado ante lo que se veía venir a nivel macroeconómico. Situación aprovechada por los conservadores para asestar un duro golpe ideológico a los liberales y a su política económica.¹⁰

A pesar de lo anterior, en el *Olimpo Radical* se intentó fomentar la economía agrícola y el comercio, solo que el país no estaba preparado para aplicar una apertura en el mercado económico mundial. Había otros mercados como la especulación financiera y la actividad bancaria privada, que emergían de la economía librecambista, dejando desamparados a los deudores frente a los abusos de los prestamistas, que veían en la necesidad ajena la oportunidad para acrecentar sus capitales.¹¹ Igualmente, predominaban las exportaciones de materias primas como tabaco, quina y añil. La burocracia

6 Malagón Pinzón, Miguel. “La regeneración, la Constitución de 1886 y el papel de la Iglesia Católica”. [En línea]. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, No. 11, diciembre de 2006. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. [Consultado el día 20 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100220318001.pdf>

7 Véase Ocampo López, Javier. *Historia ilustrada de Colombia*. Bogotá: Plaza & Janes. 2006. pp. 141-160.

8 Suárez G., Carlos Alberto et al. *Colombia: guía enciclopédica, historia, geografía, literatura, arte, atlas universal y de Colombia*. Bogotá: Editorial Norma. 2002. p. 26-35.

9 Calderón Reyes, Carlos. *Núñez y la regeneración*. Sevilla, España: Librería e Impresora de Izquierdo y Compañía. 1895. pp. 16, 65-66.

10 Al respecto véase Velásquez Rivera, Edgar de Jesús. *Historia política de Colombia*. Colombia: Universidad del Cauca. 2000. 290 p.

11 Correa R., Juan Santiago. “Del radicalismo a la regeneración. La cuestión monetaria (1880-1903)”. [En línea]. *Revista de Economía Institucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, Vol. 11. No. 21. pp. 161-178. [Consultado el 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41911848010>

también constituía una fuente de ingresos, pues había quienes dedicaban sus vidas al ejercicio de funciones estatales, pero los cargos públicos del sector regional y local se proveían por lazos familiares y clientelistas, al mejor estilo feudal si se quiere. Actividades económicas que si bien se encontraban en transición, entretejían una compleja red de intereses de las clases poderosas para obtener provecho de los estados regionales y mantener las tradicionales escalas de poder heredadas de la Colonia.¹²

En síntesis, la estructura económica en crisis, con fuerte matiz político de corte clientelista,¹³ adicional a lo ya mencionado, estuvo acompañada por la dificultad del Gobierno central para intervenir las políticas económicas y monetarias de los gobiernos estatales y la exclusión del sector artesanal, los pequeños comerciantes y el campesinado de cualquier influencia política y económica, situación que generó su insurrección a partir de la organización en grupos de oposición y las protestas continuas que dejaban entrever la inoperancia del ente gubernativo.¹⁴

*... la crisis económica y política de finales de los años setenta del siglo XIX provocó un cambio de régimen en 1880, que puso fin a este modelo y dio lugar a una profunda centralización de las decisiones políticas y económicas. No fue una transición fácil y estuvo marcada, entre otros hechos, por intensos debates, guerras civiles, represión, hiperinflación y quiebras en el sector financiero.*¹⁵

A nivel internacional, la crisis financiera de la Bolsa de Nueva York, en 1873, afectó a las potencias mundiales de la época como Estados Unidos y los países europeos, lo que provocó un grave debilitamiento de las exportaciones colombianas de tabaco, añil y caucho hacia Inglaterra, productos que habían estado en auge entre 1860 y 1870.¹⁶ Con lo anterior, Colombia no solo tenía conflictos internos sino que los problemas internacionales la afectaban fuertemente en materia económica. Como se puede apreciar, en el *Olimpo Radical* la crisis económica reventó las instituciones político-administrativas dada la incapacidad del Gobierno de contener los estragos dejados por la ausencia de capitales y la caída de las exportaciones, tanto de materia prima como de productos agrícolas.

12 Guillén Martínez, Fernando. "Colación y maniobra administrativa". En: *La regeneración, primer frente nacional*. 1ª Ed. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986. 98 p.

13 Melo, Jorge Orlando. *Del federalismo a la Constitución de 1886*. [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta. 1989. pp. 7-65. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

14 Nieto Arteta, Luis. *Economía y cultura en la historia de Colombia*. 8ª Ed. Bogotá: Banco de la República. 1983. p. 321.

15 Correa R., Juan Santiago. "Del radicalismo a la regeneración. La cuestión monetaria (1880-1903)". [En línea]. *Revista de Economía Institucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, Vol. 11. No. 21. p. 161 [Consultado el 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41911848010>.

16 Melo, Jorge Orlando. *Del federalismo a la Constitución de 1886*. [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta. 1989. pp. 7-65. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

Este periodo federal se puede rastrear con el ascenso al poder de José Hilario López, en 1849, presidente que representaba al partido liberal, dando inicio al conflicto ideológico, político y económico con la Iglesia Católica, que fue despojada de su papel en la impartición de la educación en la nación a mediados del siglo XIX. El federalismo, entonces, no solo generó un fuerte cambio con la Iglesia como institución, con el diseño político, con la educación sino que se atrevió a tocar uno de los hilos ideológicos más importantes de la nación: las creencias religiosas que no distinguían entre partidos y que afectaban a la gran mayoría de la población. Surge entonces la pregunta de cómo fue posible que se hubiese implantado un modelo federal con tan profundas y radicales ideas en un Estado unitario, tradicional, con vocación agrícola, católico por excelencia, máxime cuando Bolívar había insistido en la unidad no solo de Colombia sino en la idea de una gran nación formada por Colombia, Venezuela y Ecuador.

Pues bien, la idea del federalismo estaba inscrita en el pensamiento del partido liberal en cabeza del General Francisco de Paula Santander, contradictor político del libertador Simón Bolívar, encontrando cierto arraigo y aceptación en el ámbito internacional desde principios del siglo XIX, pero también se advertía de sus desventajas como modelo político. De hecho, aun en la Carta de Jamaica de 1815 encontramos referencias a la posición federalista y a sus inconvenientes para lograr una verdadera independencia, dado el carácter fraccionario del modelo de Estado:

*La Nueva Granada que es, por decirlo así, el corazón de la América, obedece a un gobierno general, exceptuando el reino de Quito que con la mayor dificultad contiene sus enemigos, por ser fuertemente adicto a la causa de su patria; y las provincias de Panamá y Santa Marta que sufren, no sin dolor, la tiranía de sus señores. Dos millones y medio de habitantes están esparcidos en aquel territorio que actualmente defienden contra el ejército español bajo el general Morillo, que es verosímil sucumba delante de la inexpugnable plaza de Cartagena. Más si la tomare será a costa de grandes pérdidas, y desde luego carecerá de fuerzas bastantes para subyugar a los morigeros y bravos moradores del interior (...) La Nueva Granada siguió con uniformidad los establecimientos políticos y cuantas reformas hizo Venezuela, poniendo por base fundamental de su Constitución el sistema federal más exagerado que jamás existió (...) En Nueva Granada las excesivas facultades de los gobiernos provinciales y la falta de centralización en el general han conducido aquel precioso país al estado a que se ve reducido en el día. Por esta razón sus débiles enemigos se han conservado contra todas las probabilidades. En tanto que nuestros compatriotas no adquieran los talentos y las virtudes políticas que distinguen a nuestros hermanos del Norte, los sistemas enteramente populares, lejos de sernos favorables, temo mucho que vengan a ser nuestra ruina.*¹⁷ (Negrillas fuera de texto).

Por ello la concepción negativa de un amplio sector de ciudadanos frente a la organización territorial federalista, que le apostaban más a la unidad, a una organización centralizada y fuerte, con poca estima hacia los gobiernos populistas, pues creían que la división territorial en estados federados fortalecía las condiciones de los enemigos e imposibilitaba tanto la unidad como la defensa de la nación. De allí que las disputas entre liberales y conservadores tuviesen viejos fundamentos, pues

17 Carta de Jamaica, apoyado en: <http://juventud.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2009/05/cartajamaica.pdf> (citado el 20 de diciembre de 2013).

en el caso de Europa, el mismo Maquiavelo decía que la unidad era lo fundamental en un Estado que inicia su vida independiente, pensador por el que Bolívar sentía gran aprecio, adicional a la admiración que le merecía Napoleón Bonaparte, ejemplo de unidad territorial y de fortaleza militar como elementos fundamentales en la conformación y estabilidad de un Estado. De ello se seguía la máxima: los Estados que lograban unificar su territorio tenían más posibilidad de subsistir, solo el caso de los Estados Unidos de América apoyaba la versión contraria.

Con la muerte del Libertador Simón Bolívar, quien era un defensor de la unidad como forma de un Estado fuerte y quien había propuesto la creación de la Gran Colombia, compuesta por los Estados de Colombia, Ecuador y Venezuela, el sueño se desvaneció. Así, la Nueva Granada continuó en sus luchas ideológicas y partidistas bajo el dominio de los conservadores hasta la llegada al poder de José Hilario López,¹⁸ liberal consumado y presidente de Colombia en el periodo 1849-1853. Entre sus propuestas, López presentó como programa político los siguientes puntos:

- Abolición de la esclavitud, pues dicha institución iba en contravía de los principios liberales. Adicionalmente, constituía la promesa no cumplida del Libertador Simón Bolívar y se había vuelto una institución antieconómica. Ello se llevó a cabo mediante la ley de mayo de 1851 y constituyó un verdadero avance en materia política, aunque se dio bajo una fórmula en la que se indemnizaba a los propietarios esclavistas que manumitieran a sus esclavos. La indemnización tuvo como criterios la edad, el sexo, la salud, el adiestramiento o profesión del esclavo, su experiencia, entre otras. Luego no todos los esclavos tenían el mismo precio.
- Matrimonio civil y divorcio, pues las tendencias ideológicas liberales propugnaban por una separación radical entre Estado e Iglesia. Los asuntos maritales debían verse a través del derecho y no de los cánones religiosos que sumían las facultades del Estado en “dogmas teológicos”. Esta posición radical del liberalismo se instituyó en contra de las creencias de la mayoría de los pobladores del territorio colombiano quienes profesaban la religión católica, símbolo de unidad tanto de liberales como de conservadores. Los liberales radicales eran una pequeña minoría que impuso por fuerza política su ideario secular.
- Sufragio universal, un punto que se derivaba de la libertad y de la igualdad de las personas ante el Estado, que no admitía diferencias en los derechos políticos de los ciudadanos; desde luego que se referían a los hombres, pues

18 Von der Walde Uribe, Edna. “Lengua y poder: el proyecto de nación en Colombia a finales del siglo XIX”. [En línea]. En: *Revista Estudios de Lingüística del Español*. Vol. 16. 2002. [Consultado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3166146>. Véase también: Miranda Salcedo, Dalín. “La dinámica de la construcción legal y religiosa de la familia en Colombia 1850-1930”. [En línea]. *Revista Advocatus*. Ed. Especial, No. 16. Barranquilla: Universidad Libre, 2011, p. 139. [Consultado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/187>. González, Fernán E. “Las guerras en torno a la definición del sujeto político”. En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. 2006, pp. 47-48.

la mujer todavía no estaba dentro de su pensamiento como persona apta y capaz de tomar decisiones políticas. Este reconocimiento solo llegaría hasta 1957 con el plebiscito de Gustavo Rojas Pinilla. En otras palabras, la igualdad promulgada por el liberalismo no consideraba a la mitad de la población que pertenecía al sexo femenino.

- Libertad económica, de culto y de prensa. No hay que olvidar el inmenso papel y protagonismo que tuvo la prensa en la construcción de ideales políticos en el siglo XIX en Colombia, pues era el principal medio de difusión de ideas y de publicidad política. La libertad de cultos que se defendía, en realidad constituía un sofisma para atentar contra la iglesia católica a quienes consideraban enemigos ideológicos por su pensamiento más cercano al conservatismo.
- El desarrollo científico y la separación Iglesia-Estado. Se partía de la idea que la educación era la forma de sacar al país del atraso y subdesarrollo en que se encontraba. La idea de hombres nuevos y educados para el progreso obedecía a una concepción propia de la modernidad que trasladaba la fe ya no a la Iglesia sino a la razón. Pero olvidaban que la iglesia era la única institución que, en aquel entonces, impartía la educación la ciencia las letras, pues tenía tanto la logística como a las personas más cultas de todo el territorio, luego una educación pública sin docentes ni infraestructura era más un sueño alusinado del liberalismo que importaba las tesis decimonónicas de Europa sin consideración alguna de nuestra realidad económica, política y cultural.

Ideas que hacían parte de la atmósfera intelectual del siglo XVIII y XIX, con tendencia profunda a reconocer y valorar al individuo como hombre productor y creador de su propio plan de vida. Solo que el liberalismo colombiano olvidó dónde estaba situado, quiénes eran los miembros del Estado, qué recursos tenía para implementar sus proyectos y, adicionalmente, olvidó contar con el respeto de las creencias religiosas de los súbditos, pensó que podía borrar la religión como si se tratase de un cuento de hadas, desconociendo su carácter integrador y su papel fundamental en la configuración de un *êthos* colectivo, de un supuesto moral y ético que conformaba el sustrato de toda actuación humana digna y respetuosa del otro como parte integrante del reino de la humanidad, inspirado por la bondad, la compasión, la hermandad y el sentimiento de solidaridad como miembros de un grupo mayor a los límites territoriales de un Estado.

Al margen de la crisis que sacudió el periodo del *Olimpo Radical* —que presentaba al liberalismo como la carta de navegación hacia el progreso y el desarrollo tecnológico y cultural, con su idea de educación pública, obligatoria y secular— no se puede dejar de mencionar los postulados de gobierno que influenciarían el contenido programático de la Constitución de Rionegro, de 1863. Constitución que llevó al literato francés *Victor Hugo* a afirmar que se trataba de una Constitución para ángeles, dado su contenido utópico, de allí que se denomine la época del *Olimpo* haciendo referencia al monte donde habitaban los dioses griegos. Carta federalista de corte eminentemente liberal que en su articulado consideraba lo siguiente:

- Autonomía e independencia de los Estados federales y, en consecuencia, reducción del poder intervencionista del Gobierno federal a lo

que expresamente fijará la norma constitucional.

- Ausencia de norma que permitiera al Gobierno federal intervenir en el restablecimiento del orden público. Interpretación que se consolidó con una ley aprobada en 1867, que delegaba la función de orden público en cada Estado miembro de la federación. Luego el gobierno federal no tenía ninguna significación de importancia.
- Desarrollo pleno de las libertades y garantías individuales: la abolición de la pena de muerte, el derecho a la propiedad, la libertad de pensamiento, de prensa, domicilio, enseñanza, de asociación, libertad para portar armas en tiempos de paz, entre otras. Libertades que solo figuraron en el papel como legado histórico de los sueños de un pueblo sin ningún sustento material, en otras palabras, letra muerta que nunca vio la luz de la realidad humana.
- Reducción del periodo presidencial a dos años y la limitación del poder del Ejecutivo, que debía someterse a la potestad nominadora del Congreso de la Unión. Se consideraba que si el peso de las funciones quedaba en los estados federados no había para qué alargar el periodo presidencial. Adicionalmente, al acortar su periodo, el presidente no alcanzaba a realizar muchas alianzas y mantenía un poder muy limitado obedeciendo al Congreso. En otras palabras, era una verdadera figura decorativa, un convidado de piedra.
- Fortalecimiento del poder legislativo a nivel federal. Las asambleas

legislativas estatales tenían el poder de hacer sus propios códigos y crear el ámbito normativo que dirigiría al Estado. Leyes que tenían el alcance de un día a caballo, pues se pasaba de una jurisdicción a otra en menos tiempo de lo que tardaba una discusión para determinar si se juzgaba o no a alguien, con la ventaja para el infractor de saber que a pocos kilómetros su comportamiento podría no estar considerado como delito.

- Reducción de la pena de prisión a diez años. En materia criminal representaba la punta de lanza de los estudios sociológicos, donde la teoría de la resocialización junto con el papel de la educación eran fundamentales en la preparación del individuo para la vida en sociedad. Se creía que un Estado tenía la suficiente capacidad para, en diez años, resocializar y educar al peor de los criminales, el delito era producto de la ignorancia, de la falta de un proceso adecuado de instrucción cívica que adaptara al sujeto para la convivencia y la participación política. Pero no contaba con un sistema carcelario ni penitenciario, no habían instituciones educativas suficientes para preparar a los individuos en el proceso de socialización que tanto estimaba y que traía de los primeros debates de las ciencias sociológicas aun no probados.
- Expropiación de los bienes de la Iglesia. Se quita el carácter de institución pública a la Iglesia, los bienes solo podían pertenecer a los individuos que los hiciesen producir, la iglesia fue expropiada y los auxilios que el Estado confería fueron eliminados junto con la prohibición

del diezmo.¹⁹ Se atentó, quizá, contra uno de los pocos elementos simbólicos capaces de generar la unidad nacional y superar la escisión partidista, dejando de lado la posibilidad de un gran consenso metafísico o de un proyecto político unitario fundamentado en la única idea predominante en la época, la religión católica.

Postulados que permitieron a los liberales –bajo la sombra de la Constitución de Rionegro– gobernar hasta 1886. El comienzo de esta corta hegemonía de los liberales radicales estuvo precedido por la resistencia del Partido Conservador hacia las tendencias progresistas que pretendían modificar la alianza Estado-Iglesia para acabar con los órdenes tradicionales de la clase y el poder político.²⁰ Los conservadores no concebían la consagración de un Estado laico, que promulgaba la libertad de enseñanza, el abandono de la tradición, de la moral, de las costumbres cívicas por fuera del dominio católico y el apoyo popular que profesaban los artesanos, así como otros grupos democráticos que legitimaron el ascenso de los gobiernos y políticas liberales a partir de 1851.²¹

Desde la guerra de 1851, con el ascenso al poder de José Hilario López, había profundos desacuerdos entre los partidos por la participación de las clases populares en los destinos de la nación, lo que abría grandes brechas entre ellos, dado a que los liberales se apoyaban en los artesanos y militares para acceder el poder, lo que generaba reacciones adversas en el Partido Conservador, que asociaba las acciones liberales como jacobinas, comunistas y anarquistas, esto con el único fin de “proyectar la imagen del desorden popular, del aumento de la delincuencia y crear la sensación de inseguridad, caos, desgobierno, generados por el partido rojo”.²²

La condición de los conservadores para que las clases populares pudieran acceder a la participación política se basaba en que “pasaran por el tamiz de la civilización y [la] educación, de acuerdo con los valores morales del cristianismo”, pues no admitían que el poder se ejerciera por personas incultas o desprovistas de formación, situación que los abanderó como precursores de un ideal tecnocrático por aquel entonces.²³ No obstante las diferencias partidistas, a partir de 1854, con el golpe de estado de José María Melo –que contó con el apoyo de las clases *subalternas*– hubo un

19 Melo, Jorge Orlando. *Del federalismo a la Constitución de 1886*. [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta. 1989. pp. 7-65. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

20 De Plaza, José Antonio. *Memorias para la historia de la Nueva Granada desde su descubrimiento hasta el 20 de julio de 1810*. Bogotá: Imprenta del Neo-Granadino. 1850.

21 González, Fernán E. (2006). “Las guerras en torno a la definición del sujeto político”. En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. Medellín. 2006, p. 191.

22 González, Fernán E. “Las guerras en torno a la definición del sujeto político”. En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. Medellín. 2006, p. 51.

23 González, Fernán E. “Las guerras en torno a la definición del sujeto político”. En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. Medellín. 2006, p. 51.

consenso entre liberales radicales y conservadores para limitar la ciudadanía de las clases populares y favorecer la intermediación de los partidos políticos a través de relaciones clientelistas, con la diferencia de que los liberales tenían como condición de acceso a la participación política la educación laica.

Después de 1854, tanto conservadores como liberales consideraban que la educación era condición esencial para el ascenso al poder político, no obstante el conflicto se intensificaba sobre la forma de educación que se impondría desde el mismo Estado: religiosa vs. laica.²⁴ El Estado no tenía la infraestructura para impartir la educación, esta siempre había sido dominio de la Iglesia, pues poseía tanto intelectuales como escenarios físicos y experiencia para llevar a cabo esta importante tarea. La insistencia de los liberales en separar a la Iglesia de la actividad pedagógica, llevó a muchos sacerdotes comprometidos con la divulgación de la educación a asumir posiciones conservadoras y a criticar fuertemente al liberalismo, asunto que fue tomado por aquellos como una interferencia de la iglesia en los asuntos estatales. Así, los liberales radicales olvidaron que tanto liberales como conservadores habían sido formados bajo el manto del cristianismo católico y que las leyes necesitan de un sustrato moral lo suficientemente fuerte como para lograr su obediencia, fundamento que solo lo otorgaba las creencias introyectadas por la iglesia a los hombres desde su infancia, ponerlos en contra de la religión era igual que pedirles adorar a dos dioses totalmente opuestos, pues sus valores religiosos debían estar en armonía con sus paradigmas políticos, que era la idea del conservatismo.

Los sacerdotes fueron, entonces, actores políticos importantes durante este periodo, solo que lo hacían a favor del conservatismo dado que este reconocía la importancia de la religión no solo en el mundo espiritual sino también en amplios sectores de la vida cultural y política; es decir, en los espacios terrenales como motor subjetivo que soportaba las fuentes de la acción humana.

En este orden de ideas, encontramos que la educación para 1870, bajo la hegemonía radical y el gobierno de Eustorgio Salgar, fue concebida como el instrumento de la construcción de cultura nacional. La enseñanza se tornó gratuita, obligatoria y laica, que abarcaba la formación de maestros, la infraestructura y la implementación de una pedagogía acorde con la ciencia, pero alejada de los valores éticos y religiosos que daban idea de unidad y hermandad al pueblo colombiano bajo la idea de un Dios cristiano. La educación, entonces, era considerada un fin del Estado. Estas políticas, como era de esperarse, encontrarían férrea oposición del sector conservador, de algunos estados federados y de la misma Iglesia, por los ya discutidos aspectos. Incluso llegó a ser considerada como “obra de la secta infernal de los francmasones”,²⁵ hasta el punto tal de tenerse como una política de “corrupción obligatoria

24 Andrade Álvarez, Norby Margot. “Religión, política y educación en Colombia. La presencia religiosa extranjera en la consolidación del régimen conservador durante la Regeneración”. [En línea]. *Revista de Historia Regional y Local*. Vol. 3. No. 6, julio-diciembre de 2011, pp. 154-172. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/historelo/article/view/12267>.

25 Jaramillo Uribe, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 11. Véase también: Jaramillo Uribe, Jaime. “El proceso de la educación del Virreinato a la época contemporánea”. En: *Manual de Historia de Colombia*. Tomo III. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura. 1980.

para el país”.²⁶ Al respecto Adrián Alzate García conceptúa que:

*Las críticas clericales a la reforma educativa despertaron un fuerte fervor católico en vastos sectores de la sociedad, y no bastaría mucho tiempo para que el Partido Conservador encontrase en este sentimiento un poderoso mecanismo de movilización política. Así, durante los años previos a la guerra de 1876, los conservadores se dedicaron a atizar la oposición al radicalismo mediante la excitación de las reacciones clericales y pro-católicas, que tomarían con el tiempo un carácter cada vez más fuerte y violento.*²⁷

Después, durante el gobierno de Aquileo Parra (1876-1878), la política educativa se orientó a “limar asperezas” con la Iglesia, por tanto se crearon las normales, centros de educación que estarían a cargo de una misión alemana protestante y la enseñanza laica en las escuelas. En ese entonces, el presidente hizo un acuerdo con el arzobispo de Bogotá para fijar una cátedra de religión, previa solicitud de los padres de familia. Política que fue implementada también en el Cauca, a pesar de la oposición del sector eclesiástico,²⁸ que

veía en ello una complacencia con otras doctrinas religiosas que adquirirían el derecho a impartir sus enseñanzas siempre que los ciudadanos así lo pidiesen. Pero este acercamiento no fue producto de un acto de benevolencia del liberalismo sino el resultado de fuertes protestas del pueblo que no entendía por qué un grupo de políticos querían interferir en los procesos de formación religiosa que los padres querían para sus hijos, dado que entendían la religión católica como el mejor alimento para el espíritu humano haciendo a los hombres temerosos de Dios y buenos ciudadanos.

En este orden de ideas, la economía fue otro gran factor de discordia entre los partidos tradicionales por las políticas librecambistas en el comercio exterior del *Olimpo Radical*, que permitieron las relaciones de poder de los grandes hacendados, exportadores, comerciantes, banqueros quienes mantenían el clientelismo en los partidos gracias a las redes familiares o laborales que aseguraban la lealtad popular en la base partidaria. Estas élites lograron fortalecer las redes a través del sistema de Gobierno federal, que les otorgaba autonomía para autorregularse en los aspectos jurídico, administrativo y político.²⁹ El federalismo disparó las clientelas en las regiones, generó expectativas de poder y pequeñas hegemonías familiares que no estaban dispuestas a doblegarse ante un poder central, alejado de sus intereses.³⁰

26 Patiño Millán, Carlos. *Apuntes para una historia de la educación en Colombia*. PDF tomado de Internet: http://scholar.google.com.co/scholar?cluster=10630064485061652583&hl=es&as_sdt=0,5&scioldt=0,5.

27 Alzate García, Adrián. *Asociaciones, prensa y elecciones. Sociabilidades modernas y participación política en el régimen radical colombiano (1863-1876)*. [Tesis de maestría]. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 46.

28 Melo, Jorge Orlando. *Del federalismo a la Constitución de 1886*. [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta, 1989. pp. 7-65. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

29 Cruz Rodríguez, Edwin. “El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886)”. [En línea]. *Revista Historia Crítica*, No. 44, mayo-agosto de 2011. Bogotá: Universidad de los Andes. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/811/81122472006.pdf>

30 Al respecto véase: Palacios, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Norma, 2003.

Sin embargo, los problemas económicos derivados del mercado internacional no conocían de disputas internas en un país agrario. Por eso, mientras el capitalismo internacional promulgaba el *laissez faire, laissez passer* y se ocupaba de la multiplicación del capital, los conservadores y liberales en Colombia, seguían en sus guerras intestinas por imponer sus ideas, viendo a la economía venirse a pique, al paso que se evaporaban los pequeños capitales. Circunstancias estas que fueron el caldo de cultivo para el nacimiento de un pequeño grupo de liberales independientes que consideró apartarse de las prácticas y políticas de los radicales, bien sea por los estragos de la economía o por las posiciones intransigentes frente a la Iglesia Católica, dado que no estaban dispuestos a confrontar su condición de feligrés con la de liberales. En otras palabras, no todos los liberales eran enemigos de la Iglesia, había un amplio sector del partido que entendía la importancia de la religión al interior de una comunidad política tanto a nivel ético como institucional.

Así, la crisis del tabaco, la quina y el añil en los años anteriores a la *Regeneración*, los problemas de orden público a nivel regional, la corrupción política por parte de los radicales para impedir las reformas que conservadores y liberales independientes concebían como necesarias para preservar la estabilidad del Estado; la expropiación de los bienes de la Iglesia, la expulsión de los jesuitas, la ley del desafuero de los clérigos, la prohibición de los diezmos y el papel secundario de la Iglesia en la educación, serían los factores que determinarían el cambio de régimen político-jurídico en 1886.³¹

Ante esta situación, los liberales independientes —algunas veces solos, otras acompañados de ciertos sectores conservadores— empezaron a movilizar a grandes grupos de campesinos desposeídos a las ciudades, creando una nueva clase social formada por los desamparados del Estado y de la Iglesia (dado que se les había negado la posibilidad de seguir sus credos con la expulsión de los jesuitas), quienes conformaron grandes cinturones de miseria en las ciudades que no tenían cómo albergarlos y brindarles trabajo, educación, servicios públicos, entre otras cosas. Estas masas de ciudadanos pobres, sin trabajo, desposeídos de sus valores y del esquema de dominación tradicional que los cobijaba frente a las grandes élites regionales, conformaron una amenaza para las estructuras de poder que protegían a los partidos políticos y se convirtieron en un problema de orden moral y público, pues se dio inicio a los pequeños hurtos, a la prostitución abierta, a las casas clandestinas de juegos y apuestas y a todo tipo de actividades ilegales; situación que al decir de las élites conservadoras, exigía de nuevo la intervención de la Iglesia como moderador de la vida moral en sociedad.³²

31 Malagón Pinzón, Miguel. “La regeneración, la Constitución de 1886 y el papel de la Iglesia Católica”. [En línea]. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, No. 11, diciembre de 2006. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. [Citado el 20 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100220318001.pdf>

32 Chaparro Amaya, Adolfo y Galindo Hernández, Carolina. *Génesis y transformaciones del Estado nación en Colombia. Una mirada topológica a los estudios sociales desde la filosofía política*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 76-79.

En este orden de ideas, económica y administrativamente se estaba iniciando, de la mano de la oposición, una transición de una economía agrícola y rural a un mercado financiero emergente y a una incipiente industria artesanal que encontraba en las grandes ciudades mano de obra barata y requería de una política proteccionista para amparar sus inversiones ante el mercado despiadado de los hijos de la revolución industrial. Así el Estado fue creciendo y la burocracia empezó a ganar fuerza al otorgar empleos públicos provenientes del sector central.³³ En el aspecto cultural y religioso, la Iglesia retomaría parte del poder que había perdido desde la década del 50 y el país se enrutaría de nuevo en la construcción de una nación mayoritariamente católica, cuyos dogmas influenciarían los aspectos educativos, jurídicos y políticos del periodo de la *Regeneración*.³⁴

Sin embargo, la reproducción de esquemas heredados bajo el mando de una dirigencia fragmentada, tanto a nivel regional como nacional, continuó su accionar bajo promesas y disputas, guerras y negociaciones a lo largo del siglo XIX, que nunca pudo despojar-

se del manto de la Colonia. Por ello el contexto social, político y económico estuvo marcado por una serie de grupos oligárquicos que compitieron en estos diferentes niveles territoriales por su control político, por sus intereses contrapuestos y por sus alianzas, a pesar de sus marcadas divergencias:

*Estos ámbitos de competencia política suponen que las regiones, subregiones y localidades se definen más como un ámbito de poder de una familia o grupos de ellas que en términos de integración económica o de pertenencia administrativa, aunque normalmente las tres cosas tienden a coincidir. Y también suponen el poder del grupo oligárquico nunca está libre de contestación o desafío dentro de su ámbito local o regional de poder, sino que está siendo puesto frecuentemente en cuestión por los contrapoderes representados por elites secundarias o subalternas en ascenso, que quieren desplazarlo de su hegemonía. Y estos grupos en ascenso suelen buscar aliados en el nivel nacional o en otras regiones, que están igualmente interesados en modificar la correlación de fuerzas en las localidades, subregiones y regiones.*³⁵

Todo este conjunto de circunstancias que acontecían en el país, obligaba a quienes estuvieran en el gobierno, bien sea liberales o conservadores, a buscar apoyo en las redes territoriales de poder para lograr una “hegemonía sobre el conjunto de la sociedad nacional”. Desde luego la Iglesia también cuenta como actor político en la medida que tomaba decisiones frente al ejercicio del

33 Guillén Martínez, Fernando. “Colación y maniobra administrativa”. En: *La regeneración, primer frente nacional*. 1ª Ed. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986. pp. 71-87.

34 Andrade Álvarez, Norby Margot. “Religión, política y educación en Colombia. La presencia religiosa extranjera en la consolidación del régimen conservador durante la Regeneración”. [En línea]. *Revista de Historia Regional y Local*. Vol. 3. No. 6, julio-diciembre de 2011, pp. 154-172. Bogotá: Universidad Nacional. [Consultado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/historelo/article/view/12267>.

35 González, Fernán E. “Las guerras en torno a la definición del sujeto político”. En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. Medellín. 2006. pp. 65-66.

poder, favorecía actores y facciones de acuerdo con sus propios intereses, dado a que sus discursos sonaban y encajaban fuertemente en el ideario político colombiano. De hecho es probable que la religión católica tuviese más adeptos que los mismos partidos políticos y tanto liberales como conservadores servían fielmente a la causa del sumo Pontífice. Luego no había razón alguna para que una pequeña facción liberal radicada en el poder quisiera acabar de tajo con las creencias del pueblo por considerar que se oponía a sus ideales minoritarios.

La regeneración

Rafael Núñez, convencido de la necesidad de devolver el orden público, la paz y la moralidad perdidas en el *Olimpo Radical*, emprendería una ardua campaña que inicia con su discurso en el Congreso, del cual se desprende su lema más famoso: “El país se promete de vos señor —dijo a Trujillo³⁶— una política diferente, porque hemos llegado a un punto en que estamos confrontando este pre-

ciso dilema: regeneración administrativa fundamental o catástrofe”.³⁷

Así, pues, empieza a consolidarse la época conocida como la *Regeneración*, durante la cual se expidió la Constitución de 1886 y se gestó la famosa Guerra de los Mil Días entre liberales y conservadores por la toma del poder. Algunos historiadores ubican el periodo de la *Regeneración* entre 1886 y 1903, otros entre 1880 y 1905.³⁸ Liderada políticamente por Rafael Núñez e ideológicamente por Miguel Antonio Caro, en esta época se dio un nuevo orden a lo que se consideraba las ruinas del régimen impuesto por los liberales radicales, que estaban apoyados por la Constitución de 1863 o de Rionegro.

Este proyecto, iniciado en 1875 por Rafael Núñez, previo a su primer periodo presidencial de 1880, fue perfeccionado en 1886 por Miguel Antonio Caro, como uno de los redactores de la Constitución de ese mismo año. En él se limitó la autonomía del federalismo que regía a los Estados Unidos de Colombia bajo la Constitución de Rionegro y se abogó, en 1885, por un gobierno centralizado,³⁹ lo que permitió un poder

36 El general Julián Trujillo fue elegido unánimemente por los nueve estados para suceder a Aquileo Parra en la presidencia de la nación. Trujillo se instalaría en la presidencia a principios de 1878, y una vez posesionado daría inicio a un esfuerzo sistemático por desplazar al radicalismo de la mayor parte posible de puestos públicos nacionales y seccionales. [...] La llegada de Trujillo a la presidencia y el viraje impuesto por su administración a la marcha del sistema federalista, marcaron el fin del régimen radical. En: Alzate García, Abrián. *Asociaciones, prensa y elecciones. Sociabilidades modernas y participación política en el régimen radical colombiano (1863-1876)*. (Tesis de maestría). Medellín: Universidad Nacional de Colombia. 2010, pp. 48-49.

37 Discurso pronunciado por Núñez, en ese entonces presidente del Congreso, durante la posesión presidencial del general Julián Trujillo, en 1878. En: Núñez, Rafael. *La reforma política [en Colombia]*. Bogotá: Imprenta de la Luz, 1888, p. XIX.

38 Guillén Martínez, Fernando. “Colación y maniobra administrativa”. En: *La regeneración, primer frente nacional*. 1ª Ed. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986, p. 38.

39 Cruz Rodríguez, Edwin. “El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886)”. [En línea]. *Revista Historia Crítica*, No. 44, mayo-agosto de 2011, pp. 114-115. Bogotá: Universidad de los Andes. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/710/index.php?id=710>

ejecutivo fortalecido bajo la figura del *estado de sitio* a través de la unificación de la legislación civil, comercial y penal. También se consolidó la dirección central de la economía, el restablecimiento de las relaciones entre Iglesia-Estado como necesarias para la preservación del orden moral y público, entre otras consignas de este proyecto político que, en buena parte, entró a suplir los vacíos generados por los liberales durante el dominio radical. En consecuencia, había un objetivo mayor en este proyecto: dar al país una estructura estatal acorde con las circunstancias socioculturales de la época y reformar las instituciones viciadas por la corrupción política y moral durante el radicalismo.⁴⁰

De las anteriores características debe destacarse la implementación del *estado de sitio*, figura que le permitía al presidente abrogarse facultades extraordinarias y asumir el papel de legislador cuando considerara perturbado el orden público, con lo cual adquiría un poder casi omnímodo. Desde luego que esta figura fue necesaria para poder consolidar el proyecto regenerador, pues le permitió a los gobernantes de turno no solo administrar sino también legislar y hasta “juzgar” a sus enemigos políticos.

Como ya se explicó, el periodo regenerador gestado por Núñez se dio de la mano con los independientes, quienes se sentían excluidos y en desacuerdo con el programa político e ideológico de los radicales, ya que éstos eran tajantes con la separación Estado-Iglesia, al punto de querer restarle toda autoridad y poder, sin tener en cuenta que la mayoría de

los colombianos profesaban la Religión Católica.⁴¹ Así mismo, consideraban que las políticas de librecambio y comercio exterior habían excluido al sector artesanal y manufacturero del país, afectando sus actividades en pro del exclusivo enfoque agrícola y comercial de los radicales. Al igual que Núñez, discrepaban de la excesiva autonomía política, jurídica y administrativa que gozaban los estados, lo cual tenía sumergido al país en intensos conflictos de carácter regional y en una crisis de legitimidad política a los gobiernos radicales.⁴²

Aun así, Núñez en su programa político no contemplaba acabar con el federalismo. En principio consideró que este sistema era el adecuado si se seguía el modelo norteamericano y se limitaba el poder otorgado a los Estados al robustecer el gobierno federal en materia de orden público. No obstante, los independientes temían que Núñez devolviera el poder a los conservadores, dado que su programa incluía su participación en el gobierno, lo que les había sido privado durante el dominio del *Olimpo Radical*, desconfianza que los llevó a retirarle su apoyo con lo cual Núñez se vio

41 Este clima político condujo, en algunas repúblicas hispanoamericanas, a la involución de lo que ahora se estigmatizó como un radicalismo utópico en el sentido de una sobretransformación, enfocándose en el hecho de que no todos los ideales puros del alto liberalismo fueron suficientemente aceptados por la opinión mayoritaria de un pueblo todavía preindustrial, con sus tendencias católicas y conservadoras (Marquardt, 2011, p. 58).

42 Nieto Arteta, Luis (1983). *Economía y cultura en la historia de Colombia*. 7ª Ed. Bogotá: La Ancora Editores. 1983. pp. 274-299.

40 Lemaitre Román, Eduardo *et al.* *Núñez y Caro en 1886*. Bogotá: Banco de la República. 1986. 147 p.

obligado a unirse definitivamente a los conservadores.⁴³

En este orden de ideas, lo que se imponía en ese tiempo era llevar a la realidad la reforma estructural de las instituciones estatales, pues las sociedades no se transforman de manera automática con la expedición de unas cuantas normas, aunque ello puede llegar a constituir un insumo fundamental. Debían tomarse medidas estratégicas y desarrollar políticas para materializar lo escrito. Sin embargo, para poder sortear los inconvenientes que se presentaron, fue necesario definir alianzas interpartidarias de carácter transitorio para lograr su fin, pues el apoyo vacilante de los independientes por la desconfianza de las relaciones estratégicas entre Núñez y el Partido Conservador, para concebir el programa regenerador, así se lo exigían.

Aunado a lo anterior, se presentaba un asedio constante de carácter armado a título de guerras regionales por las disputas de poder entre radicales e independientes, o entre estos y los conservadores, que le llevarían finalmente a tomar la decisión en 1885, de dejar en manos de las ideas conservadoras el destino de la patria, dominio que se extendió hasta bien entrado el siglo XX.⁴⁴

Aquí es donde toma relevancia el papel de Miguel Antonio Caro como ideólogo principal y redactor de la Constitución de 1886, quien abrazará al Estado colombiano con las ideas conservadoras y católicas concebidas desde los inicios de la república granadina, lo cual significó un reacomodo en materia de libertades, dado que llevó al Estado a un hermetismo frente a las ideas de modernidad que circulaban desde finales del siglo XIX y durante gran parte del XX, por lo menos en el campo de la secularización.⁴⁵

En este orden de ideas, Guillén Martínez sostiene que el programa regenerador fue un espacio de coalición entre independientes y conservadores para el cambio de la estructura del Estado, presionado por la crisis del modelo de la hacienda y las exportaciones alrededor de 1870, la emigración de los sectores pobres rurales a la ciudad, la influencia de los países industrializados, la necesidad de un ambiente pacífico en el país que afianzara las relaciones internacionales y la conservación de las lealtades en los partidos políticos tradicionales.⁴⁶

Así mismo, piensa que las consideraciones filosóficas, ideológicas y políticas sobre la lucha entre liberales y conservadores por imponer su modelo de organización estatal, encubrían los intereses de las clases más poderosas a nivel

43 Melo, Jorge Orlando. *Del federalismo a la Constitución de 1886*. [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta. 1989. pp. 7-65. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

44 Cruz Rodríguez, Edwin. "El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886)". [En línea]. *Revista Historia Crítica*, No. 44, mayo-agosto de 2011, pp. 114-115. Bogotá: Universidad de los Andes. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/710/index.php?id=710>

45 Von der Walde Uribe, Edna. "Lengua y poder: el proyecto de nación en Colombia a finales del siglo XIX". [En línea]. *Revista Estudios de Lingüística del Español*. Vol. 16. 2002. [Consultado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://elies.rediris.es/elies16/Erna.html>

46 Guillén Martínez, Fernando. "Colación y maniobra administrativa". En: *La regeneración, primer frente nacional*. 1ª Ed. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986. 98 p.

regional para perpetrarse en el poder a través de la conservación de las lealtades al interior del sistema político colombiano:

Las que en realidad concreta fueron sentidas como innovaciones inaplazables, no tuvieron origen en los dogmas abstractos sobre la legitimidad de la órbita del poder del Estado o sobre el alcance jurídico-filosófico de su imperio, ni se refirieron a origen metafísico de la autoridad. Esas categorías, insistentemente invocadas por los regeneradores, fueron simples medios, instrumentos operativos para conseguir la finalidad verdadera: administrar los recursos públicos materiales e inmateriales de manera expedita en beneficio directo de los terratenientes, grandes exportadores agrarios, comerciantes y banqueros golpeados decisivamente por la crisis de los precios del mercado mundial. Y con tal maniobra, restablecer el control político paternalista sobre las masas populares anómicas de las ciudades y sobre los peones desempleados de las zonas rurales que no lograban oportunidad para emigrar.⁴⁷

Durante la *Regeneración*, la Iglesia ocupó un papel clave como autoridad política y moral, dado que recuperó su influencia en las esferas privadas de la población y, por supuesto, la pública en las instituciones estatales como directora de la educación. Esto, a raíz de que la Constitución de 1886 se erigió esencialmente católica, lo que posteriormente se consolidó con la firma del Concordato con el Vaticano en 1887, donde el Estado colombiano se obligó a dar un interés a título de indemnización a la Iglesia por el periodo en que fueron expropiados. Tras su firma, la Iglesia recuperó sus propiedades confiscadas durante el periodo radical y retomó la intervención en la familia, la educación pública en todos los niveles, en la fe y la dirección espiritual de los feligreses contribuyendo a forjar el *êthos* del pueblo colombiano como símbolo de unidad.⁴⁸ Este triunfo le permitió tomar partido en la exclusión de las facciones liberales del ámbito político durante este periodo.

Lo anterior traería como consecuencia varios enfrentamientos entre liberales y conservadores, que se canalizarían en las guerras civiles que sucedieron al proyecto excluyente que esta época significó, en especial la más sangrienta: la Guerra de los Mil Días, denominada así por su duración de tres años, desde 1899 a 1902. Como puede verse, tanto el proyecto del *Olimpo Radical* como el de *la Regeneración* fueron excluyentes, parcializados bajo una ideología que no logró abarcar a las mayorías y frustró así la posibilidad de construir una identidad o discurso unitario que permitiese a todos los habitantes desarrollar un marco institucional, respetando las diferencias bajo un verdadero esquema democrático.

Contrario a lo que se cree por algunos sectores, los radicales y los regeneradores no fueron muy divergentes en sus planteamientos políticos, a excepción de la

47 Guillén Martínez, Fernando (1974). *La estructura y la función de los partidos políticos en Colombia. Los frentes nacionales*. "La Regeneración. Un estudio de caso. [Documento de trabajo]. Bogotá: Universidad Nacional. 1974, p. 17. (Citado el día 15 de diciembre de 2013). Disponible en: <http://www.cid.unal.edu.co/files/publications/CID197403guesfu.pdf>

48 Andrade Álvarez, Norby Margot. "Religión, política y educación en Colombia. La presencia religiosa extranjera en la consolidación del régimen conservador durante la Regeneración". [En línea]. *Revista de historia regional y local*. Vol. 3. No. 6, julio-diciembre de 2011, pp. 154-172. Bogotá: Universidad Nacional. [Consultado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/historelo/article/view/12267>.

posición asumida por los radicales de generar una ruptura tajante y de persecución contra la Iglesia al imponer un Estado laico,⁴⁹ lo cual tuvo como consecuencia que el poder eclesiástico viera en los conservadores su mayor aliado ideológico y político, al tiempo que las nuevas generaciones no contaron con el apoyo moral suficiente para forjar sus caracteres y controlar sus emociones gestándose una gran horda de delincuencia e irrespeto por los más fundamentales valores sociales y religiosos, pues la ley no era impedimento suficiente para contener los espíritus desbordados de jóvenes criados bajo la idea de libertad sin límites.⁵⁰

Así pues, vemos a la *Regeneración* como un periodo demasiado inestable que estuvo acompañado de varias guerras civiles a nivel regional, quizá porque las dificultades geográficas imposibilitaban el dominio del gobierno centralizado, amén de las limitadas comunicaciones que impedían el contacto permanente entre el centro y la periferia. De otra parte, las asimetrías geopolíticas, económicas y culturales constituían factores primordiales a tener en cuenta como parte del reconocimiento de la diferencia al momento de pensar un modelo de Estado. Sin embargo, a pesar de todas las dificultades expuestas, la *Regeneración* implantó un régimen político basado en la unidad, el orden, la religión, el mestizaje y la lengua castellana como insumos de identidad nacional, aspectos que hubiesen podido lograr un ambiente de hermandad nacional.⁵¹

Al igual el Olimpo radical, también tuvo aspectos de exclusión dado que se les negó a los liberales radicales, casi de manera total, el acceso al poder político y olvidó a las negritudes, comunidades indígenas, raizales, entre otros, pues solo se ocupó de los mestizos, hispanohablantes, educados y propietarios:

*A este creciente grupo social urbano (proletarios, carne de cañón y demagogos) las élites cimeras de los dos partidos hacen frente desde el punto de vista de la dominación social objetiva, mediante la reforma administrativa de 1886. Pero la perpetuación y reproducción de los modelos tradicionales del mando y obediencia, y el mantenimiento de los viejos canales de ascenso social, de las pautas de aprobación o reprobación social de la conducta, son problemas que requieren otro tratamiento, para el cual no bastan las regeneraciones financieras.*⁵²

49 Esta tendencia liberal al anticlericalismo se puede observar desde la Guerra de los Supremos, donde empiezan a enmarcarse las diferencias entre liberales y conservadores por el papel de Iglesia en la sociedad y la política (González, 2006, pp. 25-36).

50 Según Terrence B. Horgan (1977), estas medidas buscaban neutralizar la alianza de la jerarquía y clero católicos con el Partido Conservador pero produjeron el efecto contrario: darle al Partido Conservador la bandera de defensa de la Iglesia y de los jesuitas, profundizar la alineación de la jerarquía católica con ese partido y darle un intenso contenido emocional a la lucha entre partidos” (pp. 81-82, 94-98 y 103-104).

51 Cruz Rodríguez, Edwin. “El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886)”. [En línea]. *Revista Historia Crítica*, No. 44, mayo-agosto de 2011, pp. 114-115. Bogotá: Universidad de los Andes. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/710/index.php?id=710>

52 Guillén Martínez, Fernando. *La estructura y la función de los partidos políticos en Colombia. Los “frentes nacionales”*. “*La Regeneración. Un estudio de caso*.” [Documento de trabajo]. Bogotá: Universidad Nacional. 1974, p. 57. (Citado el 15 de diciembre de 2013). (Citado el 15 de diciembre de 2013). Disponible en: <http://www.cid.unal.edu.co/files/publications/CID197403guesfu.pdf>. El autor se refiere al papel de la Iglesia en la *Regeneración* como agente socializador y de conservación de los lazos tradicionales de dominación, provenientes del modelo paternalista de la *hacienda* durante la Colonia.

Lo anterior, permite también entender la estrecha relación con la corrupción política que tenía el programa regenerador, al ser un proyecto concebido para las altas clases dirigentes, eclesíásticas y económicas del país, la cual no superó los vicios en los que había caído el *Olimpo Radical*. Guillén Martínez explica cómo estas reformas administrativas convirtieron al Estado en el “gran empleador” e implicaron un derroche de recursos públicos a favor de los grandes hacendados, exportadores, comerciantes y banqueros regionales, los funcionarios públicos y los contratistas del Estado, con la finalidad de garantizar la continuidad de su poderío; esta vez en complicidad con el Gobierno central, ya que las clases poderosas bajo el poder radical habían entrado en crisis económica y financiera, lo que les hacía imposible defender y satisfacer sus intereses por cuenta propia. En otras palabras, el erario público sirvió de medio para comprar consciencias y apaciguar ánimos en procura del mantenimiento del *statu quo*.⁵³

A pesar de las diferentes posturas, hubo importantes cambios dentro del proyecto reformador si se mira desde algunos aspectos formales e institucionales. Se creó el Banco de la Nación (hoy Banco de la República), se monopolizó la creación legislativa a cargo del Congreso de la República, al igual que la administración de justicia en la Rama Judicial, lo que unificó el ordenamiento jurídico a nivel nacional; centralizó políticamente la Rama Ejecutiva, así como

la jefatura del Estado, al entregarle el control de la fuerza pública y el restablecimiento del orden público al Presidente de la República, sentando las bases del Estado colombiano actual. El proyecto regenerador logró la estabilidad y unidad de la legislación y la jurisprudencia garantizando la continuidad de ella a través de la creación de la Corte Suprema de Justicia, elegida por el presidente Núñez con carácter vitalicio y a fin con sus intereses y derroteros, pues era la mejor manera de dar continuidad a los principios contemplados en la constitución, su gran obra.

En otras palabras, se revistió de funciones al Ejecutivo y se desarmó al Congreso, quien pasó a ocupar un papel secundario a pesar de ser el representante del pueblo y expresión de los intereses democráticos. No obstante, la Constitución de 1886 no logró la tan anhelada estabilidad institucional que se buscaba y fue reformada sustancialmente en 1910, pues la Guerra de los Mil Días entre liberales y conservadores (1889-1902) y la posterior escisión de Panamá, obligaron a los conservadores a reestructurar el Estado y permitir algunas reformas de corte liberal, dado que, en buena parte, el desconocimiento de los problemas regionales y la poca atención que les prestaba el Gobierno central, llevó a que el antiguo estado de Panamá buscara apoyo en los Estados Unidos para garantizar su independencia de Colombia.⁵⁴

53 Guillén Martínez, Fernando. “Supuestos históricos e hipótesis preliminares”. En: *La regeneración: primer frente nacional*. Bogotá: Carlos Valencia Editores. 1986^a, pp. 17-31.

54 Marquardt, Brend. “Estado y constitución en la Colombia de la regeneración del Partido Nacional, 1886-1909”. [En línea]. *Revista Ciencia Política*, No. 11, enero-junio. Bogotá: Universidad Nacional. 2011, pp. 56-81. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3832862>.

Ahora bien, no podemos pasar por la *Regeneración* sin hacer especial referencia al principal ideólogo del Partido Conservador y vicepresidente de Núñez: Miguel Antonio Caro. Entre los dos se propusieron construir un orden político centrado en un sistema presidencial fuerte, en contraposición a un federalismo. Se ocuparon más del orden público y de la religión que de la misma economía del Estado:

*La propuesta política de Núñez y Caro, reflejada en una organización política fuertemente centralizada que daba enorme poder al presidente —el cual podía, como lo hizo, asumir poderes extraordinarios en caso de “perturbaciones del orden público”—, llevó a un manejo volátil y desordenado de la política monetaria de terribles consecuencias económicas para el país.*⁵⁵

Caro, además de ideólogo, participó como redactor de la Constitución de 1886. Fue presidente durante el tercer periodo de Núñez (1892-1896). Sus ideas extremadamente conservadoras y sus posturas religiosas serían plasmadas y aplicadas en la *Regeneración*.⁵⁶ Durante su gobierno daría continuidad a las políticas núñistas, sería recordado por ser uno de los restrictores de la libertad de prensa y de la oposición política a través de las facultades del *estado de sitio*⁵⁷ y la *Ley de los Caballos*, de 1888.⁵⁸ La prensa

55 Correa R., Juan Santiago. “Del radicalismo a la regeneración. La cuestión monetaria (1880-1903)”. [En línea]. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 11. No. 21. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 175. [Citado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41911848010>

56 Del Castillo Mathieu, Nicolás. “Rafael Núñez, el regenerador (1825-1894)”. [En línea]. *Revista Credencial Historia*, No. 13, enero de 1991. [Consultado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/enero1991/enero3.html>

57 Adarve Calle, Lina. “La Ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo”. [En línea]. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 7. No. 78. enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT. 2012. pp. 156-158. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1903>. Recordemos que el artículo 121 de la Constitución colombiana de 1886 contemplaba la posibilidad por parte del Presidente de declarar turbado el orden público y asumir funciones legislativas, modificar el presupuesto, suspender las leyes y hacer todo cuanto estuviese a su alcance para contener o erradicar las causas de la perturbación. Bajo este esquema, Colombia duró casi medio siglo en estado de sitio, el Presidente expidió la mayoría de códigos por decreto y gobernó a su entero antojo.

58 Fidel Cano, director de uno de los principales diarios de la época escribía sobre la Ley 61 o Ley de los Caballos muertos, denominada así por haber servido de pretexto la muerte de unos caballos en una región apartada de Colombia para expedir la norma que restringía las libertades. Veamos: “(...) un acto inconstitucional que autoriza al Presidente de la República para privar a los vencidos de todo derecho y de toda garantía, en nombre de unos cuantos caballos muertos violentamente, cuyo trágico fin se atribuye, de la manera más injusta y gratuita, al Partido Liberal. La Ley 61 faculta al Poder Ejecutivo para prevenir y reprimir, sin formalidad alguna, los delitos y las culpas contra el Estado, valiéndose para ello del confinamiento, la expulsión del territorio, la prisión y la pérdida de los derechos políticos por el tiempo que crea necesario; para prevenir y reprimir de igual suerte las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada, que envuelvan, a juicio del señor Presidente, amenaza o perturbación del orden o mira de infundir terror entre los ciudadanos; para borrar del escalafón a los militares que por su conducta se hagan indignos de la confianza del gobierno, a juicio de aquel magistrado; para ejercer inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e institutos docentes, y para suspender, por el tiempo que juzgue conveniente, toda sociedad o establecimiento que bajo pretexto científico o doctrinal, sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas. Cano, Fidel. *El Espectador*, julio 4 de 1888, apoyado en: <http://www.elespectador.com/publicaciones/especial/articulo-333597-ley-de-los-caballos> (citado el 20 de diciembre de 2013).

era frecuentemente utilizada como mecanismo político para enjuiciar a personas de bandos ideológicos contrarios, atribuyendo, muchas veces, hechos inexistentes, calumnias e injurias como modo de desacreditar o invalidar el nombre, la honra y las actividades de las personas, situación que llevó a Caro a controlar fuertemente la libertad de prensa en aras de protección de las instituciones y de los ciudadanos, quizá de manera desmedida provocando una fuerte reacción por parte de los empresarios de la prensa, quienes vieron limitadas sus libertades y ampliadas sus responsabilidades.

La *Regeneración* encerraría varias contradicciones bajo las ideas de Caro: Si bien era necesario fortalecer el aparato central en temas económicos y fiscales, fue absolutamente hermético frente a las ideas modernizadoras. Celebró con bienvenida toda idea fundamentada en el catolicismo y el hispanismo, dado que Caro hacía mucho énfasis en la pureza y la gramática del idioma. Estos dos elementos: lenguaje y religión, serían la clave unificadora de la Nación por parte del Estado para garantizar el orden, a través de la educación del pueblo y un sistema jurídico restrictivo de las libertades de los individuos. Sin embargo, la gran masa del pueblo, ignorante e iletrada, estaba por fuera de cualquier posibilidad de acceder al poder y a los beneficios que ello conllevaba, pues solo se admitían personas con cierto nivel de educación en las instancias del poder, como una forma de tecnocracia precaria aun para el desarrollo del Estado. Veamos lo que al respecto expresa Von Der Walde:

Los gramáticos, en alianza con los prelados, conforman una ciudad letrada que es una ciudad amurallada a la que se ingresa por vías de la construcción y el régimen gramatical. Una ciudad en donde la letra se utiliza para hablar de la letra, para regularla y normativizarla. Por fue-

*ra de esta ciudad letrada se ubica el país real. El régimen de la letra excluye lo que se dice por fuera de la ciudad letrada, porque no se dice correctamente”.*⁵⁹

En este orden de ideas, a partir de la contextualización de estos periodos que representaron un hito en nuestra azarosa e incipiente vida republicana, nos adentramos en materia jurídico-penal para observar las disposiciones y cambios que se presentaron durante el periodo de la *Regeneración* y sus implicaciones en aspectos político criminales. Reconociendo, eso sí, que nuestro objetivo nos obliga a dejar de lado una serie de hechos importantes que ocurrieron durante los periodos analizados, pero que sería imposibles de abordar aquí sin desbordar nuestro objeto de investigación.

Las reformas jurídicas de la regeneración y el código penal de 1890

Hay quienes intentan reunir en “autoridad, orden y soberanía” el sentido y alcance normativo de la época,⁶⁰ palabras

59 Von der Walde Uribe, Edna. “Lengua y poder: el proyecto de nación en Colombia a finales del siglo XIX”. [En línea]. *Revista Estudios de Lingüística del Español*. Vol. 16. 2002, p. 50. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://elies.rediris.es/elies16/Erna.html>

60 Andrade Álvarez, Norby Margot. “Religión, política y educación en Colombia. La presencia religiosa extranjera en la consolidación del régimen conservador durante la Regeneración”. [En línea]. *Revista de historia regional y local*. Vol. 3. No. 6, julio-diciembre de 2011, pp. 154-172. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/historelo/article/view/12267>.

que en esencia representaban la filosofía de la Constitución de 1886, erigida como contrarreforma a los ideales radicales que inspiraron la Constitución de 1863⁶¹ y la implantación de un régimen autoritario, excluyente, intransigente y conservador que tendrá su dominio más fuerte, por lo menos, hasta la reforma constitucional de 1910 y la de 1936. Sin embargo, es necesario aclarar que algunas de estas posturas durarían hasta 1991, año en que entra en vigencia la actual constitución colombiana.

Como principales reformas en el campo jurídico, encontramos las siguientes:

- a. Se aumenta el periodo presidencial de dos a seis años, pues en el gobierno federal el poder radicaba más en los entes regionales o estatales que en el centro, lo que le confería poca importancia a la figura de la presidencia y su periodo era mínimo y controlado por el Congreso, ello evitaría excesos y mantendría un balance entre el gobierno federal y los Estados soberanos.
- b. Se reimplanta la pena de muerte. La constitución de Rionegro de 1863, inspirada en los valores liberales y algunas posturas contractualistas jacobinas, consideraba que la vida era inviolable y ningún Estado estaba legitimado para quitarla, razón por la cual la erradicó como sanción punitiva. La *Regeneración* vuelve a implantarla, quizá con el objeto de poder controlar y mantener el orden pretendido en la constitución.
- c. Se restringe la libertad de prensa, figura que los radicales habían defendido a ultranza como medio de expresión y de difusión de las ideas políticas, la libertad de prensa era un canal esencial para la formación del pueblo y medio fundamental para la difusión de ideas políticas. De nuevo, las ideas radicales son sacudidas y limitadas desde el orden constitucional. Sin embargo, no hay que olvidar que había abuso de los medios de comunicación frente al buen nombre y las verdades religiosas que para el liberalismo estaban en tela de juicio, pero para los conservadores eran apodícticas no susceptibles de juicio alguno.⁶² El uso desmesurado e irresponsable de la prensa y su carácter ideologizante llevaron a los regeneradores a controlar su alcance a partir de una regulación muy restrictiva.
- d. Se limita el derecho al sufragio de los ciudadanos, pues se determina que quienes quieran participar de manera activa en los comicios deben ser letrados, mayores de edad, hombres y propietarios. Si no se poseían bienes, al menos se debía mostrar que se estaba casado por los ritos de la Religión Católica. Existía una desconfianza clara frente a los anteriores sistemas políticos donde

61 Marquardt, Brend. "Estado y constitución en la Colombia de la regeneración del Partido Nacional, 1886-1909". [En línea]. *Revista Ciencia Política*, No. 11, enero-junio de 2011, pp. 56-81. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3832862.pdf.

62 Al respecto véase: Calderón Reyes Carlos. *Núñez y la regeneración*. Sevilla-España: Librería e Impresora de Izquierdo y Compañía, 1995, pp. 41, 44, 49, 51 y 81.

- el fraude hizo tanto ahínco, pues las masas eran engañadas con frecuencia, aprovechándose de su ignorancia para que votaran aun en contra de sus verdaderas intenciones por candidatos contrarios a sus manifestaciones ideológicas, la compra de votos y el mercado de los cargos burocráticos quiso encontrar su finitud en esta normatividad. Se restringió la libertad política dando privilegio a un supuesto voto de opinión consciente y responsable.
- e. Se restablecen las relaciones Estado-Iglesia, al ubicar a la Religión Católica como la religión oficial del país. La educación pasa a ser organizada e impartida por la Iglesia Católica, quien la había dirigido y coordinado antes del Olimpo radical. La idea era encontrar un punto de unidad nacional a partir de la religión católica como metadiscurso que superaba la vieja diferenciación entre conservadores y liberales, permitiendo la formación de un carácter ético que conllevara el orden y el respeto por por el otro dentro de la hermandad cristiana.
 - f. El Estado se descarga de la principal tarea que tenía frente a sus súbditos: educarlos como ciudadanos y formarlos en artes y profesiones para que puedan contribuir al desarrollo económico, político y cultural de la nación. En cambio, cede la función a la Iglesia Católica, que en verdad estaba más preparada para realizar esta labor, el problema es que la deja sola cuando debió iniciar la tarea en su compañía proveyendo de recursos para ampliar la cobertura a todos los estratos y en todos los niveles o escalafones.
 - g. Se centraliza políticamente el poder Ejecutivo y se unifica el Ejército nacional bajo su mando. Con esta idea se restringió el uso de las armas en manos de particulares y se entró en un Estado burocratizado y especializado, que tenía como finalidad dejar atrás los vestigios de feudalismo en que vivíamos. El porte de armas y su acceso ilimitado a los miembros de la comunidad política durante el radicalismo liberal solo dio como resultado el aumento de la violencia.
 - h. Se debilita el Legislativo, reduciendo los periodos de sus reuniones. Sus funciones son limitadas y lo administrativo queda en cabeza del presidente, de allí que entremos en lo que se conoce como un presidencialismo fuerte, amparado con la figura del *estado de sitio*, que aumentaba sustancialmente su poder.
 - i. Con el *estado de sitio* se le otorgan facultades ilimitadas al Ejecutivo para declarar conmocionado el orden público y expedir decretos ejecutivos con capacidad para suspender las leyes mientras el presidente lo considerara necesario. Figura de la que se abusó hasta finales del siglo XX.
- Dentro de las reformas de unificación de los códigos es necesario mencionar algunos aspectos de la evolución del derecho penal y la política criminal en la *Regeneración*, que es uno de los puntos anunciados al inicio de este escrito. Así pues, esbozados algunos de los factores más relevantes que desencadenaron el cambio de paradigma político-administrativo en Colombia a finales del siglo XIX, se podrá entender mejor la orientación de la política criminal regenera-

cionista, que parte de un contexto social que, en opinión de los dirigentes políticos de su época, requería el restablecimiento del orden público y moral de la nación a través del enlace gobierno central-Iglesia Católica.⁶³

Bajo el régimen federal de 1863 se dan pasos importantes como la abolición de la pena de muerte y la ampliación de libertades. El gobierno federal tenía limitada su competencia en materia de legislación penal y el límite de la pena corporal se estableció en 10 años.⁶⁴ En 1871 se legisla sobre policía de fronteras y en 1873 se crea el Código Penal Federal (Ley 112), cuyas penas no guardaban proporción con los delitos una vez entró en vigencia la Constitución de 1886, pues al establecer la pena de muerte y aumentar sustancialmente las sanciones para ciertos delitos, la estructura del código penal (Ley 112 de 1873) quedó en vilo y sus penas en entredicho frente al criterio de proporcionalidad buscado. En otras palabras, el equilibrio inicial de los delitos y las penas se perdió por el incremento dado a algunos comportamientos en la constitución y la notable desproporción frente a sanciones que habían sido dadas a conductas más graves.

En este mismo orden de ideas, en materia de penas se implantó, como castigo principal, la prisión; puesto que desde sus inicios se había caracterizado por su poca vigilancia y por las condiciones de aislamiento y de trabajos forzados a los que se sometía a los reclusos. Esta reclusión traía consigo la obligación de realizar trabajos forzados a favor del Estado. De esta manera, la mano de obra obligatoria prestada por los reclusos iba a permitir satisfacer la demanda de construcción de establecimientos carcelarios, así como la colonización de territorios alejados de los centros urbanos y la construcción de ferrocarriles. Esta concepción retributiva de la pena partía del supuesto que el criminal con su comportamiento ofendía y lesionaba a la sociedad, de allí que el trabajo en obras públicas era la mejor manera de resarcir el perjuicio a la colectividad.⁶⁵

También se hizo uso de una institución carcelaria al estilo panóptico, que funcionaría en Bogotá, esta se utilizó para albergar delincuentes de máxima peligrosidad. No olvidemos que Bentham tuvo cierta acogida en las primeras legislaciones nuestras, aunque después se abandonó su ideario, manteniéndose el esquema reclusorio del panóptismo como modelo de control y observación constante a los detenidos en establecimientos carcelarios.

63 Aguilera Peña, Mario. "Condenados a la pena de muerte: entre 1886 y 1910 tuvieron lugar las últimas ejecuciones legales en Colombia". [En línea]. *Revista Credencial Historia*. No. 16, abril de 1991. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril1991/abril1.htm>.

64 Segura, Pablo A. *Evolución del derecho penal colombiano*. Tesis doctoral. [En línea]. Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Tipografía Omega. 1924, p. 29. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/derecho/evolucion-del-derecho-penal-colombiano>

65 Márquez E., José Wilson. "Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarías en Colombia en el siglo XIX". [En línea]. *Revista Criminalidad*, Vol. 55 (1), enero-abril de 2013, pp. 103-104. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://oasportal.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol55_1/07Estado.pdf

En el mismo sentido espacioso, la Regeneración introduce las primeras legislaciones de protección de la propiedad intelectual creando delitos contra la propiedad artística y literaria a través de la Ley 32 de 1986.⁶⁶ Se establece como Código Penal Nacional el de Cundinamarca de 1858, derogando la Ley 112 o código penal de 1873, pero el código de 1858 no estaba a tono con la realidad nacional y jurídica por haberse proferido antes de la constitución de 1886, razón por la cual tuvo que ser reformado en el año 1887. Al igual que en el régimen anterior, se prohíbe la confiscación de bienes; práctica que dejaba sin posesiones a los enemigos políticos y los condenaba al destierro. También se facultó al presidente para “conmutar y rebajar penas”. El máximo de pena de prisión se establece en 20 años.⁶⁷ Con la Ley 7 de 1888 se legisla sobre delitos que atentan “contra los derechos políticos de los ciudadanos” y en 1890 se crea un nuevo código penal de orden nacional (Ley 19); se restringe la libertad de prensa con la Ley 51 de 1898, adicionada posteriormente con las leyes 73 de 1910 y 58 de 1911.⁶⁸

Este periodo, sin embargo, se va a caracterizar por el uso desmedido del sistema penal y carcelario para reprimir a los opositores políticos. Igualmente, se impulsará un derecho penal de corte autoritario, donde primó la idea orden público sobre las garantías del individuo, pues su corte era eminentemente conservador y le daba prioridad al todo sobre la parte, es decir, primero estaba la sociedad y luego el individuo:

[...] la mayoría de las normas penales que se expidieron en la época estudiada comparten las siguientes características: desconocimiento del principio de legalidad (se hace una descripción vaga de las conductas que se pretende castigar); aumento desproporcionado de las penas; limitación de los derechos y las garantías, y concesión de premios y prebendas (se premia ser delator, un colaborador, etc.).⁶⁹

66 La Carta Constitucional de 1886 prohibió la pena de muerte para delitos políticos y la ordenó para la traición a la patria en guerra extranjera, el parricidio, el asesinato, el incendio, el asalto en cuadrilla de malhechores, la piratería y “ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército”. Respecto de tales delitos, merece tenerse en cuenta que la legislación entendía por asesinato: el crimen “grave o atroz”, es decir, el homicidio premeditado en circunstancias de “alevosía o traición”; colocar a la víctima en estado de indefensión; preparar un siniestro en cualquier medio de transporte; el homicidio ejecutado con el fin de cometer otro delito o en virtud de “dones y promesas”; mediante la aplicación de torturas o bebidas venenosas (artículo 586, ley 19 de 1890). La denominación de parricida cobijaba al que diera muerte al ascendiente, descendiente o cónyuge, a sabiendas de la existencia del “vínculo expresado” (Aguilera Peña, 1991).

67 Aguilera Peña, Mario. “Condenados a la pena de muerte: entre 1886 y 1910 tuvieron lugar las últimas ejecuciones legales en Colombia”. [En línea]. *Revista Credencial Historia*. No. 16, abril de 1991. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril1991/abril1.htm>.

68 Segura, Pablo A. *Evolución del derecho penal colombiano*. Tesis doctoral. [En línea]. Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Tipografía Omega. 1924, p. 29. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/derecho/evolucion-del-derecho-penal-colombiano>

69 Adarve Calle, Lina. “La Ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo”. [En línea]. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 7. No. 78. enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT. 2012. p. 153. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1903>

La Ley 61 de 1888 o Ley de los Caballos,⁷⁰ ejemplo de lo anteriormente dicho, se originó en unos incidentes presentados en el Cauca (más concretamente en el municipio de Pradera, hoy municipio del departamento del Valle del Cauca) y relacionados con unos equinos a los cuales se les trasquiló la cola, se les cortó la crin y se degollaron otros, situación que llevó al presidente a declarar turbado el orden público en todo el territorio nacional y a declarar el *estado de sitio*. Esta norma, expedida al amparo de la declaratoria de *estado de sitio*, confirió excepcionales facultades al presidente para la sanción y prevención de los delitos cometidos en contra del Estado, el orden público y la propiedad. Todo ello, a pesar que el acontecimiento de los caballos trasquilados ocurrió en una vereda ubicada en zona rural y apartada de todo vestigio de civilización en aquellos tiempos; en realidad esta ley solo fue un pretexto para combatir a los enemigos políticos del régimen.

También se impusieron penas como el confinamiento, la expulsión del territorio, la prisión, y había una facultad discrecional para imponer la pérdida de derechos políticos. El Ejecutivo gozó de la facultad de expulsión de los militares de su escalafón, cuando fueren “indignos de la confianza del Gobierno”, así como de inspección y vigilancia sobre el sector académico bajo la sospecha de que fuera foco de “propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas”.⁷¹

El origen y aplicación de estas leyes es un ejemplo vivo del carácter represor de la *Regeneración* en la persecución de la oposición política:

La Ley de los Caballos fue usada para muchos y variados asuntos, principalmente, para librarse de los enemigos políticos del gobierno de Miguel Antonio Caro, quien no sólo mandó a ejecutar reos para intimidar a la población, también la utilizó para desterrar del país a aquellos que, por su posición política y social, no podía mandar a ejecutar tan fácilmente como a un anónimo reo recluido en el panóptico [...].⁷²

Durante la vigencia del *estado de sitio* se reprimieron, entre otras, las revueltas sociales, como por ejemplo la de los artesanos ante su descontento por la crisis económica que los afectó. Estas mismas revueltas de enero de 1893, provocaron que Miguel Antonio Caro, presidente de la época, decretara un *estado de sitio*, donde se militarizó Bogotá, restringiéndose el derecho de reunión y la libertad de prensa, so pena de juzgamiento y castigo militar.

En concordancia con lo descrito anteriormente, en materia carcelaria y penitenciaria, el periodo de la *Regeneración* va a estar marcado por un control social más fuerte. Se mezcla la pena de muerte con la pena de presidio; se continúa con el

70 Debemos recordar que matar un caballo o cortarle la crin podía ser entendido como un hecho grave contra el orden público, bien jurídico absolutamente impreciso, ambiguo y sujeto a todo tipo de interpretaciones subjetivas por parte del gobierno de turno.

71 Diario Oficial No. 7.399 del 29 de mayo de 1888. [En línea]. Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos> [Citado el 20 de diciembre de 2013].

72 Adarve Calle, Lina. “La Ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo”. [En línea]. *Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 7. No. 78. enero-junio*. Medellín: Universidad EAFIT. 2012. p. 156. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1903>

trabajo en obras públicas para los penados y se intensifica la regulación carcelaria. Igualmente, el panóptico se utilizó como medio de represión para la oposición política y para los prisioneros de la Guerra de los Mil Días, donde fueron sometidos a condiciones de aislamiento y hacinamiento, pues la infraestructura penitenciaria no contaba con suficientes edificaciones para retener la cantidad de personas detenidas en tiempos de guerra y de conflicto interno.

En este orden de ideas, el Código Penal de 1890 dividía las penas en corporales e incorpóreas, entre las primeras aparecían: La muerte, el presidio, la exclusión, el arresto y el confinamiento. Como no corporales se contemplaban las de privación temporal o perpetua del ejercicio de derechos políticos, de profesión u oficio, así como la inhabilidad temporal o perpetua para ocupar cargos públicos, obligación de prestar fianza y observar buena conducta, entre otras penas que eran rigurosamente descritas para cada caso en particular.⁷³ El trabajo forzado era una medida que acompañaba la pena de presidio bajo la idea de resocialización. Muchos de los sitios públicos como plazas, parques, caminos, vías férreas y edificios fueron construidos con el trabajo de personas condenadas por la comisión de delitos o por conmutación de arresto frente a vulneraciones de carácter contravencional.⁷⁴

El presidente, como ya se había dicho, gozaba de expresas facultades para conmutar penas, por esa razón podía convertir en destierro de la república las penas de presidio o prisión impuestas

por atentados contra el orden público.⁷⁵ Potestad que, desde luego, fue ampliamente utilizada para mantener y conservar el poder libre de intromisiones y atentados provenientes de la oposición.

Igualmente, se contemplaban como delitos contra la nación, la traición y el de traición menos grave, donde aparecían una serie de comportamientos exageradamente descritos con una casuística hiperbólica de pormenores y detalles que configuraban más una redacción anecdótica que un código penal. La distinción entre el delito de traición y el de traición menos grave quedaba realmente a la voluntad del juez, pues no había una clara diferenciación que permitiera establecer con certeza a qué delito correspondía un comportamiento determinado.⁷⁶ El motín o tumulto, que provocaba desorden o escándalo por medio de gritos o insultos, también era considerado delito grave y consistían en la reunión de varias personas para exigir de las autoridades la realización de determinada acción u omisión. Este tipo de prohibiciones demuestra la idea de orden que se implantó en la *Regeneración* y que vulneró flagrantemente el derecho de expresión y la libertad de reunión de los asociados, tal y como aparece en el artículo 248 bajo el nombre de cuadrilla de malhechores, entre otras conductas. En otras palabras, no se podía exigir públicamente al Estado o a sus representantes ningún cumplimiento, acción u omisión sin el riesgo de caer preso por los anteriores delitos.⁷⁷

75 Artículo 107, Ley 19 de 1890.

76 Artículos 150 y sucesivos de la Ley 19 de 1890.

77 Artículos 217 y siguientes de la Ley 19 de 1890.

73 Artículo 39, Ley 19 de 1890.

74 Artículo 110, Ley 19 de 1890.

Siguiendo el orden y los postulados de la *Regeneración*, se emitieron normas orientadas al control de la libertad de prensa y expresión bajo el acápite de delitos contra la moral pública, una de las principales propuestas religiosas en cabeza de Caro. Así aparecen más prohibiciones bajo el título “de las palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas”, para castigar a quien “pronunciare, recitare, cantare canciones torpes o palabras obscenas en lugar público”. El concepto de torpe era, desde luego, aquello que ofendía la moral pública, las buenas costumbres o denigraba de personas o instituciones, pues el nombre, la honra, el honor, la religión y demás creencias adquieren una relevancia importante durante la Regeneración que conlleva su protección penal. Recordemos que la injuria y la calumnia eran figuras frecuentemente utilizadas para desacreditar al adversario político sin ningún reparo de su veracidad durante la época del Olimpo radical, situación que encuentra freno en esta nueva era.

También se prohibió la realización de acciones deshonestas delante de otros, los que se presentaran desnudos o semidesnudos o con ropas insinuan-tes o que ofendieran el pudor de las demás personas con sus vestimentas; la producción, venta, introducción de pinturas, libros, revistas, afiches en que se mostraran personas desnudas o semidesnudas, su publicación o fijación en lugares públicos. De esta prohibición solo se salvaban los médicos siempre que el desnudo fuera para fines médicos y se tuviese en lugar reservado sin abusar de dichas figuras o imágenes.⁷⁸ En estas normativas se refleja la idea de prohibición de lo que hoy conocemos como pornografía.

78 Véase artículos 415 a 423 de la Ley 19 de 1890.

Así mismo, se prohíbe la bigamia que sanciona severamente a quien contrajere nupcias estando impedido por matrimonio anterior, así como a los testigos que conociendo de las circunstancias de impedimento o estando obligados a conocerlo, sirvieren de cualquier modo en la celebración del matrimonio prohibido, y al sacerdote o funcionario que los casare o que permitiere el hecho sin oponerse a tal comportamiento de manera clara y pública. La prostitución, la unión de un hombre y una mujer con el propósito de formar un hogar por fuera de los ritos católicos eran prohibidos bajo el nombre de amancebamiento, del cual se estipuló una serie de formas detalladas especialmente. Aquí encontramos la rígida concepción y el profundo respeto que se exhibía por instituciones como la familia monógama, el deber de fidelidad y la obligación de no vender su cuerpo, de no prestarse su nombre para testificar fraudulentamente y de seguir rigurosamente los cánones de la honestidad.⁷⁹

Se prohibió la castración, delito muy curioso que deja entrever la concepción masculina tanto del código como de la idea de ciudadano, igual que la prohibición de la prostitución y el agravante en la desnudez si se trataba de mujer.⁸⁰ El aborto era penalizado como uno de los delitos más graves, no solo por estar contemplado en la ley sino por la remisión directa que hace el código a la Iglesia, pues la vida es un bien valioso por excelencia y el deber del Estado de protegerla implica su intervención en cualquier forma de violación que la pueda afectar. Solo se admite como atenuante

79 Artículos 437 a 457 de la ley 19 de 1890.

80 Artículos 634 a 637.

aquella circunstancia donde se demuestran las “intenciones puras de la mujer de encubrir su fragilidad ante la carne”. A todo esto, solo resta agregar la prohibición punitiva de blasfemar o hablar mal de Dios, impedir o perturbar la celebración de rituales religiosos, especialmente el agravante de los delitos contra la religión cuando se tratare de la católica. Pues la protección de la libertad religiosa no tiene sentido si no se establecen medidas drásticas para quines intenten impedir su cultivo y materialización.

En pocas palabras, la *Regeneración* y el Código Penal de 1890 —el cual va a regir hasta 1936— es una clara muestra del *êthos* que inspiró las generaciones de un periodo de nuestra historia colombiana, reflejada en las normas jurídicas que rigieron por aquellos tiempos y que, de una u otra forma, nos dan una idea del ayer para entender mejor el presente.

Conclusiones

A manera de conclusión se puede decir que la *Regeneración* fue un proyecto político e ideológico que tenía una finalidad restauradora del orden social y estatal, a través de la unidad, la autoridad y la Iglesia. Esta última permearía el ámbito del individuo para formarlo a través del credo y la educación, como sujeto respetuoso de la humanidad, de la vida, de las tradiciones judeocristinas, de la institución de la familia, del comportamiento decoroso y de la obediencia como parte de un carácter no solo individual sino colectivo, que permitiera cohesionar la nación bajo un parámetro de identidad nacional.

En este periodo, el Estado tuvo un carácter unitario y autoritario, cuyos principios no lograron acabar la

corrupción ni promover el progreso al nivel que se pretendía, pues ello no solo dependía de las instituciones políticas, también se necesitaba de capital intelectual, económico y social que posibilitara el desarrollo de los ideales implícitos en sus políticas, pero lo más importante, la unidad que había sido arrebatada por las luchas partidistas entre conservadores y liberales desde el surgimiento mismo de la nación. Por el contrario, a través de la figura del *estado de sitio* y de una noción confusa de orden público, se incrementó la arbitrariedad con el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, en desmedro del principio democrático y la división del poder bajo el sistema de *Checks and Balances*. Gracias a estos poderes ilimitados, el Gobierno pudo establecer una política monetaria caprichosa que sirvió para financiar clandestinamente sus proyectos y tratar de resolver los problemas de impacto fiscal que venían desde el *Olimpo Radical*.

En materia de orden público, se limitaron las garantías penales más significativas del Estado de derecho como el juez natural, el derecho de defensa, así como la inviolabilidad de la vida y la libertad en muchas de sus manifestaciones. Todo ello se vio reflejado en tipos penales que desconocían los avances jurídicos propios de la modernidad y, en especial, el respeto por las libertades bajo una concepción de amigo enemigo, propia de la lucha entre los partidos que terminó por reventar en la Guerra del los Mil Días. Situación que fulminó cualquier asomo de unidad y de construcción de un proyecto político común a todos los ciudadanos.

Con el derecho se establecería un marco de imposiciones y prohibiciones en materia de libertades como la de prensa, reunión, opinión política, expre-

sión y derechos civiles. Esto, a su vez, significaría la persecución política a través de las mismas facultades ilimitadas conferidas constitucionalmente al Ejecutivo, que tenía en el Código Penal de 1890 uno de sus mejores aliados, junto con el artículo 121 de la Constitución que estableció la figura del *estado de sitio*. Este proyecto identitario perseguía, a través de la educación, el idioma, la raza y la religión, la construcción de un Estado-Nación. Único elemento que se requería para poder lograr un desarrollo económico, social, político y cultural que pusiera fin a la matanza endémica y la escisión en que nos habían sumergido los ideales partidistas.

Así, sin pretenderlo, se fue gestando un Estado-Nación excluyente en la política, en la economía, en la educación. En la política por cuanto la Constitución limitó, con diferentes mecanismos, el sufragio y no contó con la participación de la oposición en su construcción. En la economía porque estableció políticas proteccionistas, intervencionistas y centralistas que beneficiarían a las mismas clases poderosas del periodo radical y que, por la crisis, tuvo que hacer una transición a las nuevas redes laborales, financieras y de clientela que se originaron desde el Gobierno central. Por último, en la educación, porque la mayoría de la población del país no pudo acceder a esta, lo que se constituyó en un elemento de legitimación en el poder para ciertos sectores sociales. Ello fue posible a través de una legislación amañada que no consultaba los intereses generales de su población, la ausencia de una política orientada a ampliar la cobertura y a llevar las instituciones de formación a todos los espacios geográficos de la nación, privilegiando solo los sectores urbanos más destacados.

El sistema de exclusión y persecución política no se hizo esperar, la reacción de los liberales se manifestó a través de una de las guerras más cruentas de ese periodo histórico a nivel mundial, la Guerra de los Mil Días entre liberales y conservadores, que además de una cantidad de víctimas superior a los 100 mil muertos, propició las condiciones para la separación de Panamá, en detrimento del territorio nacional. Todo ello da cuenta del actual estado de cosas tanto a nivel jurídico como político de Colombia y sus cruentas luchas contra la rebelión, la ausencia de unidad y el sueño de un proyecto de nación cada vez más gaseoso.

Bibliografía

Libros

- AGUDELO VELÁSQUEZ, Leonardo *et al.*, (2010). *Historia que no cesa: la independencia de Colombia, 1780-1830*. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- ALZATE GARCÍA, Adrián (2010). *Asociaciones, prensa y elecciones. Sociabilidades modernas y participación política en el régimen radical colombiano (1863-1876)*. (Tesis de maestría). Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- ARIAS, Ricardo (2003). *El episcopado colombiano, intransigencia y laicidad, 1850-2000*. Bogotá: CESO, Ediciones Universidad de los Andes, ICANH.
- BERNATE OCHOA, Francisco (2004). "El Código Penal colombiano de

- 1890". En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 6, núm. 2, julio-diciembre. Bogotá: Universidad del Rosario.
- CALDERÓN REYES, Carlos (1895). *Núñez y la regeneración*. Sevilla, España: Librería e Impresora de Izquierdo y Compañía.
- CHAPARRO AMAYA, Adolfo y GALINDO HERNÁNDEZ, Carolina (2009). *Génesis y transformaciones del Estado nación en Colombia. Una mirada topológica a los estudios sociales desde la filosofía política*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- DE PLAZA, José Antonio (1850). *Memorias para la historia de la Nueva Granada desde su descubrimiento hasta el 20 de julio de 1810*. Bogotá: Imprenta del Neo-Granadino.
- GARGARELLA, Roberto (2008). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- GONZÁLEZ, Fernán E. (2006). "Las guerras en torno a la definición del sujeto político". En: *Partidos, guerras e Iglesia en la construcción del Estado-Nación en Colombia (1830-1900)*. 1ª Ed. Medellín: La Carreta Editores E.U. Medellín.
- GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando (1986). "Colación y maniobra administrativa". En: *La regeneración, primer frente nacional*. 1ª Ed. Bogotá: Carlos Valencia Editores.
- _____ (1986a). "Supuestos históricos e hipótesis preliminares". En: *La regeneración: primer frente nacional*. Bogotá: Carlos Valencia Editores.
- HORGAN, Terrence B. (1977). *El arzobispo Manuel José Mosquera. Reformista y pragmático*. Bogotá: Ed. Kelly.
- JARAMILLO URIBE, Jaime (2001). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Centro de Estudios Sociales, Universidad de los Andes, Banco de la República, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología. Bogotá: Alfaomega.
- _____ (1980). "El proceso de la educación del virreinato a la época contemporánea". En: *Manual de Historia de Colombia. Tomo III*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura.
- LEMAITRE ROMÁN, Eduardo et al. *Núñez y Caro en 1886*. Bogotá: Banco de la República. 1986. 147 p.
- MOLINA, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1959*. Bogotá: Universidad Libre, 2006, 798 p.
- NIETO ARTETA, Luis (1983). *Economía y cultura en la historia de Colombia*. 7ª Ed. Bogotá: La Ancora Editores.
- NÚÑEZ, Rafael. *La reforma política [en Colombia]*. Bogotá: Imprenta de la Luz, 1888, p. XIX.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier (2006). *Historia ilustrada de Colombia*. Bogotá: Plaza & Janes.

- PALACIOS, Marco (2003). *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Norma.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2004). *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Editorial Dykinson.
- POPPEL, Hubert (2000). *Tradición y modernidad en Colombia: corrientes poéticas en los años veinte*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- SUÁREZ G., Carlos Alberto et al., (2002). *Colombia: guía enciclopédica, historia, geografía, literatura, arte, atlas universal y de Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- VELÁSQUEZ RIVERA, Edgar de Jesús (2000). *Historia política de Colombia*. Colombia: Universidad del Cauca.
- Revistas y publicaciones electrónicas**
- ADARVE CALLE, Lina (2012). “La Ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo”. [En línea]. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 7. No. 78. enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1903>
- AGUILERA PEÑA, Mario (1991). “Condenados a la pena de muerte: entre 1886 y 1910 tuvieron lugar las últimas ejecuciones legales en Colombia”. [En línea]. *Revista Credencial Historia*. No. 16, abril. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril1991/abril1.htm>
- ANDRADE ÁLVAREZ, Norby Margot (2011). “Religión, política y educación en Colombia. La presencia religiosa extranjera en la consolidación del régimen conservador durante la Regeneración”. [En línea]. *Revista de historia regional y local*. Vol. 3. No. 6, julio-diciembre. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/historelo/article/view/12267>
- CORREA R., Juan Santiago (2009). “Del radicalismo a la regeneración. La cuestión monetaria (1880-1903)”. [En línea]. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 11. No. 21. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [Citado el día 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41911848010>
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin (2011). “El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886)”. [En línea]. *Revista Historia Crítica*, No. 44, mayo-agosto. Bogotá: Universidad de los Andes. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/811/81122472006.pdf>

- DEL CASTILLO MATHIEU, Nicolás (1991). “Rafael Núñez, el regenerador (1825-1894)”. [En línea]. *Revista Credencial Historia*, No. 13, enero. [Consultado el 18 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/enero1991/enero3.html>
- DIARIO OFICIAL. No. 7399. 29 de mayo de 1888. [En línea]. [Citado el día 20 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos>
- ECHEVERRI ÁLVAREZ, Juan Carlos (2009). “La guerra de 1885 en Colombia ¿crónica de un suicidio anunciado? Revisión histórica de un lugar común”. [En línea]. *Revista Procesos Históricos*. No. 16. Universidad de Los Andes. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20013209006>
- GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando (1974). *La estructura y la función de los partidos políticos en Colombia. Los “frentes nacionales”. “La Regeneración. Un estudio de caso.* [Documento de trabajo]. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Apoyado en: <http://www.cid.unal.edu.co/files/publications/CID197403guesfu.pdf>
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel (2006). “La regeneración, la Constitución de 1886 y el papel de la Iglesia Católica”. [En línea]. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, No. 11, diciembre. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. [Citado el 20 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100220318001.pdf>
- MARQUARDT, Brend (2011). “Estado y constitución en la Colombia de la regeneración del Partido Nacional, 1886-1909”. [En línea]. *Revista Ciencia Política*, No. 11, enero-junio. Bogotá: Universidad Nacional. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3832862>
- MÁRQUEZ E., José Wilson (2013). “Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarías en Colombia en el siglo XIX”. [En línea]. *Revista Criminalidad*, Vol. 55 (1), enero-abril. [Citado el 17 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://oasportal.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol55_1/07Estado.pdf
- MELO, Jorge Orlando (1989). *Del federalismo a la Constitución de 1886.* [En línea]. En: *Nueva historia de Colombia.* Bogotá: Editorial Planeta. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>
- MIRANDA SALCEDO, Dalín (2011). “La dinámica de la construcción legal y religiosa de la familia en Colombia 1850-1930”. [En línea]. *Advocatus. Ed. Especial*, No. 16. Barranquilla: Universidad Libre. [Citado el día 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>

www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/187.

PATÍÑO MILLÁN, Carlos. *Apuntes para una historia de la educación en Colombia*. [Citado el 15 de diciembre de 2013]. Apoyado en: http://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCQFjAA&url=http%3A%2F%2Fvirtual.udistrital.edu.co%2Fcatredra%2FDownload.php%3Ffile%3DApuntes_para_una_historia_de_la_educacin_en_Colombia.pdf&ei=OjCUoCKOo63kAfpoYCgAw&usg=AFQjCNGkK-1ChkXvfqQuav0BNDlAnwhv-mw&bvm=bv.58187178,d.eW0

SEGURA, Pablo A. (1924). *Evolución del derecho penal colombiano*. Tesis doctoral. [En línea]. Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Tipografía Omega. [Citado el 19 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/derecho/evolucion-del-derecho-penal-colombiano>

VON DER WALDE URIBE, Edna (2002). “Lengua y poder: el proyecto de nación en Colombia a finales del siglo XIX”. [En línea]. *Revista Estudios de Lingüística del Español*. Vol. 16. 2002. [Citado el 12 de diciembre de 2013]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3166146>



Conflicto & Sociedad

se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en julio de 2014

