



# Revista DERECHO Y SOCIEDAD

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y ADMINISTRATIVAS

Edición 1 - ISSN: 2539-4401 en línea - Montería, Colombia - Junio de 2016



Revista electrónica Derecho y Sociedad ISSN 2539-4401

**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA**

**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y ADMINISTRATIVAS**

**Departamento de Ciencias Jurídicas**

**RECTOR**

**Doctor. JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO**

**VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Doctor. ISIDRO ELÍAS SUÁREZ PADRÓN**

**DECANO**

**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y ADMINISTRATIVAS**

**Doctor. OSCAR DEL CRISTO ARISMENDY MARTÍNEZ**

**EDITOR**

**ORLANDO RAMÓN ALARCÓN**

**COMITÉ EDITORIAL**

Oscar del Cristo Arismendy Martínez

Eduardo Arturo Kerguelén Durango

Daniel Rodríguez Bermúdez

Orlando Ramón Alarcón

**Diseño Editorial**

**Miguel Ángel Vega**

ingeniero.angel.vega@gmail.com

La edición de la revista electrónica Derecho y Sociedad, es una publicación del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Córdoba.

Su objeto es divulgar los estudios críticos e investigativo del derecho, en particular el Derecho Público, los Derechos Humanos y el Derecho Ambiental, incluyendo las ciencias auxiliar y afines

## Contenido

EDITORIAL .....	4
ANTECEDENTES DEL DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO.....	1
SOBRE LA REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS: Un análisis comparado C.C.A (Decreto 01/84) C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011).....	11
VICIOS DE LA LEY 1354 DE 2009 .....	19
LA POLICITACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y SU CONEXIÓN CON LA LEGISLACIÓN MODERNA DEL DERECHO PÚBLICO: Enfoque aplicado a la Revocatoria de Mandato de las Autoridades Municipales en Colombia, Una Aproximación .....	27
APORTE IUSFILOSOFICO A LOS ALCANCES DEL CONCEPTO DE “TRÁNSITO TERRESTRE” A PARTIR DEL PRINCIPIO DISCURSIVO DE JÜRGEN HABERMAS: Una lectura de la Sentencia C-089/11.....	43
Derecho y Moral en Jürgen Habermas .....	45
Fernandez-Torres, R., Algarín A. Ricardo (2016) Dicotomía del Estado Frente a la Construcción de una Expectativa Superior al Horizonte de la Regulación que debe custodiarse a partir de la Aprobación de los Acuerdos de la Habana .....	49
Sánchez-Mangones, L., Suarez H. Jorge (2016) Tensión entre REGULACIÓN – EMANCIPACIÓN: Un análisis Sociojurídico a los Acuerdos de Paz de la Habana y su blindaje legal desde la perspectiva de Boaventura Santos .....	55
AVANCE DE INVESTIGACIÓN Ruiz Mestra J.; Torres Polo L. (2016) Efectos de la Sentencia T-194 de 1999 en la población que habita la cuenca Media y Baja del Rio Sinú.....	67

## EDITORIAL

La revista electrónica Derecho y Sociedad es una iniciativa del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Córdoba, de libre discusión, tiene como propósito, fomentar el estudio crítico e investigativo del derecho –especialmente–, el Derecho Público, los Derechos Humanos y el Derecho Ambiental, incluyendo las ciencias auxiliar y afines.

La revista Derecho y Sociedad es igualmente una iniciativa de difusión académica, articulada al trabajo investigativo desarrollado por el grupo de investigación derecho y sociedad y el semillero de investigación ius-publicus, instancias investigativas creadas al interior del Departamento de Ciencias Jurídicas, bajo el criterio de que el debate académico coadyuva en la comprensión de fenómenos políticos, sociales, económicos, los cuales operan como factores metajurídicos que inciden en el desarrollo del Derecho y en las discusiones jurídicas.

Los artículos publicables en la revista electrónica Derecho y Sociedad, responderán a preguntas fundantes como: ¿de qué manera, el derecho puede cohesionar la sociedad?, ¿cómo –desde el estado actual y la eficacia de los mecanismos, instrumentos e instituciones–, lograr la protección de los derechos humanos en todas sus expresiones: civiles y políticos, sociales económicos y culturales, y colectivos, incluyendo los derechos ambientales? Por medio de estas preguntas se pretende dar salida a las investigaciones, los debates y los planteamientos de docentes, investigadores, estudiantes e intelectuales, sobre el quehacer de estas ciencias jurídicas, el conocimiento, las estructuras epistemológicas y metodológicas de las mismas, además de indagar por ¿cuál es el lugar del derecho hoy?, además de todo aquello que se proponga para un mejor estar de los sujetos y para el florecimiento de las teorías y métodos con los que se pudiera realizar una transformación científica y humana de la sociedad.

La revista Derecho y Sociedad tendrá una publicación periódica y continua semestralmente (enero a junio y de julio a diciembre), de los trabajos académicos señalados anteriormente con fines a obtener el registro ISSN y la posterior indexación. Esta revista pretende convertirse en una publicación del Public Knowledge Project (PKP), con arbitraje estricto. Al igual que promoverá la realización de conferencias, coloquios, seminarios, congresos y otros actos académicos de los que publicará sus memorias, además de apoyar las actividades promovidas por otras instituciones con fines coincidentes con los de esta revista electrónica. La revista Derecho y Sociedad tiene como misión conformar un grupo de intelectuales del entorno local, del país y del exterior que tenga como horizonte el avance

de la investigación en el campo del derecho –especialmente– derecho público, derechos humanos y derecho ambiental y las ciencias auxiliares y afines que coadyuve en el propósito de consolidar la misión institucional. Por último, la política de revisión de pares de la revista Derecho y Sociedad, establece que los autores de los manuscritos facultaran por escrito la edición, publicación, reproducción, distribución y comunicación de toda la obra de su autoría al editor de la revista. Una vez autorizada, el comité editorial de la revista revisará el manuscrito y si, en principio, el tema y el formato son compatibles con los fines de la revista, serán sometidos a la revisión de pares evaluadores. En caso de discordancia el comité editorial tomará la decisión final. Los artículos originales que ya hubieren cumplido con un proceso de evaluación de pares realizado por otras instituciones o instancias, deben anexar el dictamen y los datos completos de los evaluadores.

Orlando Ramón Alarcón  
Editor académico

## ANTECEDENTES DEL DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO

Eduardo Arturo Kerguelén Durango  
ekerguelen\_d@hotmail.com

Recibido 15-04-2016 Aceptado 10-06-2016

### Resumen

El presente escrito realiza una revisión bibliográfica del derecho ambiental. Parte desde los antecedentes del derecho ambiental en la tradición jurídica romana. A pesar que el desarrollo del derecho ambiental actual está regido por el aspecto público y administrativo del mismo, sería el Derecho privado el que dio las primeras soluciones a los problemas relacionados con aspectos ambientales, estando siempre el derecho civil presente en materia medioambiental sobre todo en el Derecho romano. En el derecho romano, algunas de las normas, consideradas hoy día protectoras del medio ambiente, estaban ubicadas en otros sectores del ordenamiento jurídico, tales como organización del territorio, urbanismo, sanidad, propiedad, servidumbre, relaciones de vecindad o bien obedecían a diferentes motivaciones o intereses económicos. El análisis muestra que los antecedentes del derecho ambiental, en sus inicios, estaba encaminado más a la protección de la propiedad privada que a la naturaleza propiamente, con notoria deficiencia legislativa en el sector medioambiente. Lo anterior prescribe que en nuestro país la legislación ambiental y, más propiamente, lo atinente a recursos naturales, en sus inicios fueron manejados por el Código Civil como herencia de la concepción romanística y el legado del Código Napoleónico. Finalmente, podemos mencionar que en el país, la incipiente cultura legal ambiental se sugiere estar relacionada con la marginalidad académica existente y la relativa novedad en materia de derecho ambiental, que surge a partir del año 1973 con la notoria influencia de la Conferencia de Estocolmo de 1972, dando nacimiento a la promulgación de la Ley 23 de 1973.

**Palabras clave:** Derecho ambiental, antecedentes, Recursos Naturales, legislación colombiana.

A lo largo de la historia, las primeras normas conocidas en materia ambiental fueron establecidas con el objetivo de proteger la propiedad privada más que al aspecto ambiental propiamente dicho. Esta característica sugiere, inicialmente, ubicar al derecho ambiental dentro de las disciplinas que hacen parte del derecho privado, principalmente, en el derecho

civil. Al respecto, Llodrá (2008), considera que, a pesar que el desarrollo del Derecho ambiental actual está regido por el aspecto público y administrativo del mismo, sería el Derecho privado el que dio las primeras soluciones a los problemas relacionados con aspectos ambientales, estando siempre el Derecho civil presente en materia medioambiental sobre todo en el Derecho romano.

A pesar que en nuestro país y el resto del continente la protección del medio ambiente es relativamente reciente, se conocen normas históricas con tal finalidad; sin embargo, Jordano (1995), considera preciso aclarar que históricamente no se podría hablar de un Derecho ambiental tal y como lo conocemos hoy día, sino que algunas de esas normas, consideradas hoy día protectoras del medio ambiente, se ubicaban en otros sectores del ordenamiento jurídico –v. gr. organización del territorio, urbanismo, sanidad, propiedad, servidumbre, relaciones de vecindad- o bien obedecían a diferentes motivaciones o intereses económicos.

Zambrana (2011), considera que los precursores en la defensa del medio ambiente fueron los babilonios con algunas disposiciones en el *Código de Hammurabi*, en el cual se puede encontrar el antecedente histórico más antiguo relacionado con la defensa jurídica del medio ambiente, relacionado con la protección de los animales. En este documento se prohibía la sobreexplotación o la utilización indebida o indolente de los mismos. v. gr. quien alquilaba un buey y, por negligencia, le causaba la muerte o le rompía un casco o le cortaba el tendón del cuello -haciéndolo inservible para el trabajo- debía pagar una especie de multa al propietario, con otro buey equivalente (Lara, 1982). Si quien arrendaba un buey, le destruía un ojo tenía que abonar a su propietario la mitad de su precio, si le rompía un cuerno, le cortaba la cola o le dañaba la espalda debía cancelar la cuarta parte (Lara, 1982).

Por otro lado, quien robaba cereales y con ello perjudicaba a los animales debilitándolos, tenía que devolver el doble del grano robado. La *Ley del Talión* más estricta era aplicada a quien dejaba morir al buey o al cordero que le había sido confiado (buey por buey y cordero por cordero). Por su parte, el pastor al que se le confiaba ganado para apacentarlo y dejaba disminuir el ganado, habiendo cobrado ya por dicho trabajo, debía entregar las crías y los beneficios. Asimismo, el pastor que, por negligencia, permitía que se propagase la sarna o cualquier infección en el rebaño tenía que restituir el ganado perdido (Lara, 1982).

Como podemos observar, todas las disposiciones relacionadas en el texto anterior, estaban dirigidas a la protección de la propiedad privada o a los animales como instrumentos de trabajo para la agricultura, más que a las especies en sí mismas como elementos del medio ambiente (Jaquenod, 1989).

Adicionalmente, se observan normas relativas a los daños ocasionados por el agua en las tierras de labranza, las cuales están más próximas al Derecho penal (Zambrana, 2011). La negligencia a la hora de reforzar un dique que provocaba una fuga de agua que devastaba las tierras del vecino obligaba al responsable a compensar el grano perdido. En caso de insolvencia por parte del culpable, la pena subsidiaria consistía en venderlo junto con sus bienes y el importe de la venta se repartía entre los ocupantes de las tierras dañadas. De la misma forma, el que abría una alberca para la irrigación de forma negligente permitiendo que las aguas destruyesen el fundo vecino debía reparar el daño ocasionado a la cosecha (Lara, 1982).

En el “Código de Hammurabi” donde no existió una pena asignada a quien provocara un incendio, sí se castigaba con el lanzamiento al fuego a aquél que se apropiara de algún bien mueble que con ocasión de un incendio fortuito en casa de un tercero, fuera a la misma con la intención inicial de apagarlo; es decir, se refiere a un delito cometido aprovechando el incendio considerado como circunstancia favorecedora del delito (García, 1998). Esta norma tuvo su continuidad en el ordenamiento jurídico romano: “el edicto pretorio concedía una acción penal contra la persona que aprovechándose de un incendio sustrajera bienes o adquiriese los bienes sustraídos”.

## **Derecho romano**

Desde el punto de vista del derecho romano, los recursos naturales -la tierra, el agua, los yacimientos minerales, la flora, la fauna, los recursos panorámicos y el ambiente en sí- fueron, en términos generales, “*res communi*”, es decir, cosas de la comunidad, que podían ser empleadas por todos, salvo en cuanto hubieren determinado derechos particulares sobre pequeñas porciones individuales (FUP, 2008). Mientras los usos particulares de los recursos no afectaron en general la naturaleza, ningún obstáculo legal o económico impidió el uso y el abuso de tales bienes (FUP, 2008).

Oroz & Marcos (1994), sostuvieron que de acuerdo con San Isidoro, inicialmente, los romanos enterraban a sus muertos en sus propias casas, pero con el paso del tiempo esta costumbre fue prohibida por las normas. Dentro de las primeras medidas del Derecho

romano de carácter ambiental se puede visualizar que en la Ley de las XII Tablas, se tenía prohibido enterrar a los muertos dentro de la ciudad (Rascón & García, 1993). Estos mismos autores, aseguran que Cicerón prohibía tanto la incineración de personas como situar una tumba en un radio de 60 pies de una casa ajena, contra la voluntad de su dueño. Sin duda alguna estas normas se constituyeron en una medida higiénica de salud pública muy importante en materia ambiental, que hizo que éstos se enterraran en las necrópolis, situadas a los lados de las carreteras y los caminos y en las zonas habilitadas para ello a las afueras de las ciudades (Romanorum Vita, 2013).

Una de las primeras disposiciones dirigidas de forma directa a preservar el medio ambiente con base en un interés general más que individual se observa en el Digesto y tiene como objeto la protección de las aguas (Zambrana, 2011). Se trata de un texto de las sentencias de Paulo que se sitúa en el título de *extraordinariis criminibus* en el que se recoge la palabra *contaminaverit*. Al respecto Zamora (2003), asegura que la contaminación no aparece en este fragmento como una forma autónoma de ilícito penal; mientras que Jordano (1993) asegura que se trata de un delito que se podría considerar precedente del delito ecológico y estaría sometido a un castigo severo.

De otro lado, Fedeli (1990), sostiene que en ausencia de fenómenos de contaminación de las aguas en el derecho romano comparables a los modernos, los ejemplos que aparecen en esta legislación sobre la materia, manifiestan una constante preocupación por preservar su pureza. Este mismo autor, exterioriza los consejos de Vitruvio para evitar la impureza del agua y garantizar su calidad y alude a las ideas de éste acerca de la relación entre la salubridad del agua y la constitución física y el aspecto saludable de los que la beben, haciéndose eco de un claro determinismo ambiental.

Adicionalmente, en un fragmento del Digesto se contempla la contaminación de las aguas del fundo vecino por *instalación de sistemas hidráulicos para uso industrial de lavanderías* o lavaderos de tintorería (*fullonicae*) junto a una fuente, perjudicando a los otros propietarios, aguas abajo, con agua contaminada (Zambrana, 2011). También estaba contemplada la obligación de los propietarios de los terrenos por donde pasaban los acueductos limpiarlos. El incumplimiento era sancionado con la pérdida de los bienes, puesto que el fisco se quedaba con el predio de aquél cuya negligencia había contribuido a la ruina del acueducto (Zambrana, 2011). Una constitución de Zenón prohibió que se plantasen árboles junto a los acueductos para evitar que sus raíces afectasen a las paredes del mismo y quien lo hiciera sufriría el embargo de sus bienes (Zamora, 2003).

Se concedía importancia en el ordenamiento jurídico romano a la limpieza y reparación de canales y cloacas, cuyo fin era evitar pestilencias que pusieran en riesgo la salubridad y la seguridad de las ciudades, ya que las inmundicias de las cloacas provocaban malos olores y ruinas (Di Porto, 1990).

El Fuero Juzgo, la recopilación legislativa del siglo VII que regulaba la nueva organización que los visigodos intentaron implantar en la Hispania posromana, prestaba una atención especial a los asuntos del agua, castigando duramente los robos en los molinos (Mohedano, 2004).

Durante el periodo de la Edad Media, la cual transcurrió desde la desintegración del Imperio Romano de Occidente en el 476 d.c., hasta la caída de Constantinopla en 1453, se caracterizó por la manera sesgada de mirar el mundo. Este periodo comprendió la época de las cruzadas -entre el siglo XI y XIII-, lo cual coincide con la fecha de la invención de la imprenta en 1455 y el descubrimiento de América en 1492. Durante esta etapa, se avanzó con el desarrollo de la agricultura lo cual generó la tala de bosques, no sólo para obtener tierras de cultivo, sino también como combustible y para la construcción de ciudades. Adicionalmente, la creciente demanda de madera para la construcción de barcos y fabricación de carbón vegetal extendió la deforestación en Europa. Sin embargo, en Europa en el siglo XVII se empezaron políticas de reforestación y conservación de los bosques, aunque muy limitadas y sin repercusión práctica real, v. gr. las zonas de caza de reyes y nobles y lugares de recreo han sido especialmente protegidos a lo largo de los siglos y se han conservado de forma excepcional (Echarri, 2007).

El siglo XIX marcó un cambio radical en la explotación de los recursos naturales con la invención de la máquina de vapor, generándose de esta manera la primera emanación de gases al ambiente; adicionalmente, se empezó a utilizar energía eléctrica y comenzaron a funcionar las primeras industrias químicas (Mohedano, 2004). Hubo una expansión y multiplicación de la explotación de carbón y a mediados de siglo se comenzó el uso del petróleo, lo cual generó la creación de varias sociedades protectoras denominadas "sociedades conservacionistas". Durante este periodo, se creó el parque nacional de Yosemite en Estados Unidos, siendo el primero del mundo, y más tarde fue creado el de Yellowstone (Echarri, 2007).

A finales de siglo fueron aprobadas algunas normas tendientes a controlar las emanaciones de humos y emisiones de las fábricas químicas de jabones en Inglaterra y

otros países industrializados, como también la prohibición de la creciente contaminación de fuentes y ríos. No obstante, a pesar de ser esbozos de normas protectoras que señalaban el comienzo de una sensibilidad sobre protección del medio ambiente, estaban lejos de una verdadera reglamentación ambiental, pues no especificaban las cantidades de contaminantes prohibidos.

## **Edad Moderna**

En la década de los 30 y 40 fueron aprobadas algunas legislaciones sobre bosques, suelos, aguas y fauna -particularmente recursos pesqueros-, que denotan un impulso a la regulación. En la lenta construcción de esas primeras legislaciones y organizaciones que se registra en algunos países, durante la primera mitad del siglo, así como en las visiones que se van introduciendo sobre el manejo de los recursos naturales, se encuentran los antecedentes mediatos de la gestión ambiental moderna (Castro, 1994; Alvarenga & Lago, 2000; De Alba, 2000; Espino, 2000; Espinoza, 2000).

En América Latina, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgieron nuevas reglamentaciones sobre la explotación y el uso de los recursos naturales renovables, por lo que es posible distinguir tres periodos (FUP, 2008):

1. El primero corresponde al periodo de producción legislativa iniciado en el siglo XIX con la promulgación de las primeras constituciones y códigos civiles, los cuales estuvieron caracterizados por disposiciones dispersas sobre el uso de los recursos naturales. Estas normas, muchas existentes aun, fueron ajenas a consideraciones ecológicas y al concepto de derecho ambiental. Este periodo alcanzó su máximo auge en la posguerra, a través del modelo de «desarrollo» propagado por las instrucciones Breton Woods.
2. El segundo periodo se inició con la Conferencia sobre el Medio Humano (Estocolmo 1972), dando inicio a proyectos tendientes a la recuperación y sistematización de elementos del derecho ambiental esparcidos en decretos y reglamentaciones sobre los recursos naturales renovables y no renovables, reunir piezas de legislación dispersas sobre los recursos naturales, la salud pública, las aguas, los bosques, la caza, la pesca, el control sanitario y el sistema de parques nacionales.

Durante este período se gestaron concepciones críticas sobre el modelo de desarrollo dominante en América Latina y se ensayaron metodologías

para incorporar la "dimensión ambiental" en los planes y proyectos de desarrollo. Sin embargo, esta época se caracterizó por la ausencia de voluntad política y por la falta de una significativa inversión pública para hacer efectiva la protección ambiental. El nivel de «conciencia ambiental» fue especialmente bajo entre los ejecutores de decisiones públicas. La percepción de la crisis ambiental a escala mundial fue contemporánea del reporte «Nuestro Futuro Común» de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, con cuya publicación en 1987 se inicia el proceso global de interés ambiental a escala planetaria que concluye cinco años más tarde con la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (1992).

3. El tercer periodo hace referencia al reconocimiento del derecho a un ambiente sano y su consagración como derecho fundamental y/o colectivo en las constituciones de la mayoría de los países de la región. El paso más significativo ha sido la consolidación en la década de los noventa de la tendencia a elevar los principios ambientales a rango constitucional. En las constituciones de los países latinoamericanos se encuentran, en primer lugar, preceptos que consagran el dominio público y la propiedad del Estado sobre el ambiente y los recursos naturales del país; en segundo lugar, principios de política ambiental y, finalmente, aquellos que reconocen el derecho al ambiente como derecho fundamental, colectivo o social, así como principios de equidad intergeneracional y «derechos de la naturaleza». Otro avance significativo ha sido la consagración de instrumentos y remedios legales de justicia constitucional para garantizar los derechos humanos que han estimulado la democratización del acceso a la justicia como vías efectivas y eficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales. Respecto a las tarifas legales de responsabilidad daños ambientales, la tendencia es hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva y la presunción de responsabilidad asociada a actividades peligrosas o de riesgo ambiental. La ampliación de los mecanismos de control y la definición precisa de sanciones administrativas y medidas preventivas es un rasgo sobresaliente de la administración ambiental. La normativa penal ecológica se viene perfilando como un campo especializado del derecho penal y la política criminal en medio ambiente es un tema significativo en la agenda académica.

Actualmente, el campo de los recursos genéticos constituye por si mismo uno de los mayores desafíos que deberá enfrentar el derecho ambiental en el inmediato futuro, especialmente respecto a la amenaza que representa la manipulación genética sin límites éticos y legales para la biodiversidad

y la integridad del ambiente. En este sentido será necesario avanzar hacia una armonización regional del marco legal de la bioseguridad.

Adicionalmente, el transporte motorizado, “núcleo duro” de la gestión ambiental, entre cuyas externalidades deben contabilizarse tanto por los graves impactos sobre la calidad del aire en las ciudades y su contribución al incremento de los gases de efecto invernadero como sus costos sociales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a fraguarse la visión del aprovechamiento racional de los recursos naturales, cuyo fin es protegerlos y de esta manera asegurar su renovación y posterior explotación. Se empezó a introducir el concepto *recurso renovable*, siendo más un medio para asegurar el flujo continuo de los productos de la naturaleza, que para garantizar la conservación de los ecosistemas. Esta visión toma un impulso gradual en América Latina y el Caribe entre los años cincuenta y setenta (Hays, 1998).

En Colombia, antes de la expedición del Código de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente en 1974, los recursos naturales fueron manejados con criterios patrimoniales y de explotación. Existieron algunas normas fragmentadas y dispersas, v.gr., el decreto 1279, Departamento de Tierras Baldías y Bosques Nacionales en el Ministerio de Obras Públicas, el cual permitía el pago de obras con bosques. De otro lado, el Código Fiscal Nacional contentivo de normas sobre uso de los bosques en terrenos baldíos con fines tributarios, situación corregida con la Ley 119, que creó la Comisión Forestal en 1989. El decreto 376 sobre pesca marítima, el decreto 1975 de 1959 sobre pesca en aguas dulces de uso público y se creó el INDERENA (Sánchez, 2002).

A la postre, y a partir de la Convención de Estocolmo 1972, cuyos principios fueron acogidos en el Decreto 2811 de 1974, se creó el Código Nacional de los Recursos Renovables y de la Protección al Medio Ambiente, el cual se constituyó como uno de los primeros esfuerzos de integración sobre legislación ambiental en América Latina. Este código constituye la principal norma sustantiva en materia ambiental en el País.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, se estableció la función ecológica de la propiedad, señaló los deberes ambientales del Estado, los derechos ambientales de los ciudadanos, ordenó la formulación de políticas ambientales como parte del Plan Nacional

de Desarrollo e introdujo la noción de desarrollo sostenible como meta para la sociedad. La Ley 99 de 1993, estableció el Sistema Nacional Ambiental -SINA.

### **Referencias Bibliográficas**

Alvarenga y Lago. Estudio de caso: Gestión Ambiental en América Latina y el Caribe, el caso de Brasil. Banco Interamericano de Desarrollo, División del Medio Ambiente, Washington, D.C. 2000. En prensa.

Castro G. Los Trabajos de Ajuste y Combate: Naturaleza y Sociedad en la Historia de América Latina. Havana: Casa de las Américas. 1994.

De Alba E. Estudio de caso: Gestión Ambiental en América Latina y el Caribe, el caso de México. División del Medio Ambiente del BID. Washington, D.C BID. 2000. En prensa.

Di Porto A. La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza, I: Il ruolo di Labeone. Milano, Giuffrè, 1990.

Echarri L. Relación hombre – ambiente. Universidad de Navarra. 2007.

Espino JA. Estudio de caso: Gestión Ambiental en América Latina y el Caribe, el caso de Panamá. Washington, D.C: BID, División de Medio Ambiente. 2000. En prensa.

Espinoza G. Estudio de caso: Gestión Ambiental en América Latina y el Caribe, el caso de Chile. Washington, D.C: BID, División de Medio Ambiente. 2000. En prensa.

Fedeli P. La natura violata. Ecologia e mondo romano (Palermo, Sellerio, 1990).

García MJ. Diccionario de jurisprudencia romana. 3ª edición. Madrid, Dykinson, 1988; 4ª reimposición, Madrid, Dykinson, 2006), p. 168.

Hays SP. Explorations in Environmental History . Pittsburgh: Pittsburgh University Press. 1998.

Jaquenod SS. *El Derecho ambiental y sus principios rectores* (Madrid, Universidad Complutense, 1989)

Jordano J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado* (Barcelona, Bosch, 1995).

Lara F. Editor. Código de Hammurabi, §§ 245 y 246 (Madrid, 1982), pp. 118 y 252, nota 592]

Llodrà Grimalt, Francesca, *Lecciones de Derecho ambiental civil* (Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008).

Oroz J, Marcos MA. San Isidoro, *Etymologiarum*, XV, 11, 1 2ª edición, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 1994, II, pp. 250-251.

Romanorum Vita. Morir en época romana, 2013. <http://www.romanorumvita.com/?p=6939>  
Acceso: noviembre 2 de 2015. 07:47 horas.

Rascón C, García J. *Ley de las XII Tablas* (Madrid, Tecnos. 1993).

Sánchez Pérez G. Desarrollo y medio ambiente, una mirada a Colombia. *Fundación Universidad Autónoma de Colombia* 2002; 1(1):79-88.

Zambrana P. La protección de las aguas frente a la contaminación y otros aspectos medioambientales en el Derecho romano y en el Derecho castellano medieval. *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011: pp. 597 – 650.

Zamora J. Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de las aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal (Madrid, Edisofer, 2003).

José Eduardo Mohedano Córdoba. *Energía e Historia: pocos recursos y muchos residuos*.  
Copyright 2002-2004 (acceso: 16/11/2015)  
<http://www.redcientifica.com/doc/doc200210070306.html>

## **SOBRE LA REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS<sup>1</sup>: Un análisis comparado C.C.A (Decreto 01/84) C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011)**

Carmelo Ramón Marsiglia Hernández  
camaher07@hotmail.com

### **Resumen**

Este escrito referido a la Revocatoria Directa de los actos administrativos pretende hacer un análisis comparado entre el tratamiento y alcances de la figura jurídica dado en el derogado Código de lo Contencioso Administrativo (C.C.A, Decreto 01 de 1984) y hoy en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A. Ley 1437 de 2011); tema que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido de suma importancia dado el tratamiento a dar a los intereses contrapuestos estabilidad jurídica vs respeto de la legalidad en los que se confrontan de una parte, los intereses de la administración, con los intereses de los administrados; de otra parte, los mecanismos, estrategias e instrumentos jurídicos que implica el cómo conciliarlos?, tema que la jurisprudencia constitucional colombiana ha tratado con especial preocupación permitiendo la revocación pero dentro de un marco caracterizado por las garantías a favor de los administrados, imponiendo límites a la acción de la administración creadora del acto mediante el respeto del cumplimiento de un procedimiento estricto, que es en esencia lo que el ordenamiento jurídico colombiano sostiene en ambas normas procesales.

**Palabras claves:** Actos administrativos, Revocación, Causales, Improcedencia, Oportunidad, Efectos Estabilidad Jurídica.

### **Introducción**

Los términos del profesor Gustavo Quintero Navas<sup>2</sup> reiterando la afirmación del jurista español Ernesto García-Trevijano Garnica, la revocación de la vida jurídica de los actos administrativos, es sin lugar a dudas, tema de constante preocupación en muchos sistemas, si se examina el pronunciamiento referido a su carácter de revocable e irrevocable; posiciones que van desde la absoluta afirmación que los actos administrativos son por esencia irrevocables, hasta las que afirman que una de las características intrínsecas a todo acto administrativo, es la de ser susceptible de Revocación; temas que en nuestro

---

<sup>1</sup> Corresponde este escrito a un ensayo que como estudiante de Maestría en Derecho VIII Cohorte Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, sobre la asignación académica ACTO ADMINISTRATIVO I y II, presentara a los Dres. Felipe Alirio Solarte Maya y José Murgeitio profesores titulares de la asignación, en razón a la importancia que para el mundo jurídico de los operadores tanto administrativos como judiciales tiene la figura de REVOCATORIA, en el ordenamiento legal procesal definido por la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A.. El ensayo se presenta en las condiciones metodológicas definidas por los titulares de la asignación académica.

<sup>2</sup> Profesor de la Universidad de los Andes

ordenamiento jurídico ha sido de suma importancia dado el tratamiento a dar a los intereses contrapuestos *estabilidad jurídica VS respeto de la legalidad* en los que se confrontan de una parte, los intereses de la administración; con los intereses de los administrados, de la otra parte; lo que ha implicado mecanismos, estrategias e instrumentos jurídicos del ¿Cómo conciliarlos?, tema que la jurisprudencia constitucional colombiana ha tratado con especial preocupación<sup>3</sup>, permitiendo la revocación pero dentro de un marco caracterizado por las garantías a favor de los administrados, imponiendo límites a la acción de la administración creadora del acto mediante el respeto del cumplimiento de un procedimiento estricto, que es en esencia lo que el ordenamiento jurídico colombiano sostiene, tanto en la vigencia del Decreto 01 de 1984, como las disposiciones con algunas variaciones que trae la ley 1437 de 2011 (CPACA); razón por la cual el objeto del presente ensayo en lo referido al tema, que en cuadro comparativo taxativo, ubica de manera pragmática su redacción y en segundo lugar un análisis del mismo.

### I. Cuadro Transcripción Literal Normas Comparadas

DECRETO 01 DE 1984 C.C.A.	LEY 1437 DE 2011 CPACA
<b>TITULO V</b>	<b>CAPÍTULO IX</b>
<b>DE LA REVOCACIÓN DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS</b>	<b>REVOCACIÓN DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.</b>
<b>ARTICULO 69. CAUSALES DE REVOCACIÓN.</b> <Ver Notas del Editor> Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:	<b>ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN.</b> Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas <u>autoridades</u> que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:
1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.	1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.	2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.	3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

<sup>3</sup> Véase las sentencias T-402 de 1994; T-382 de 1995 y en especial la SU 544 de 2001

---

ARTICULO 70. IMPROCEDENCIA. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa.

ARTÍCULO 94. IMPROCEDENCIA. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

---

ARTICULO 71. OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 809 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

ARTÍCULO 95. OPORTUNIDAD. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente **dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.**

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla

---

---

en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

---

ARTICULO 72. EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

*ARTÍCULO 96. EFECTOS.* Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

---

ARTICULO 73. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

*ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO.* Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

ARTICULO 74. PROCEDIMIENTO

---

---

PARA LA REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO. Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes. El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.

---

## II. Análisis

La nueva normatividad incorpora el artículo 69 del Decreto 01 de 1984, modificando únicamente la expresión funcionarios por autoridades (subrayas art. 69 C.C.A.; 93 CPACA). Es así como en consecuencia, los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
- Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
- Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Improcedencia. Se incorpora el contenido del artículo 70 del Decreto 01 de 1984 con una nueva redacción, que precisa su alcance, pues expresamente se enuncia que la revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá: (subrayas artículo 94 CPACA)

- Por la causal del numeral 1 del artículo anterior, esto es, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

- Cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, y,
- En relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

La norma anterior únicamente exigía para la improcedencia, que el peticionario hubiera ejercido los recursos en vía gubernativa.

Oportunidad. Con relación a la oportunidad en la cual podrá cumplirse con la revocación directa de los actos administrativos, se modifica las exigencias del artículo 71 del Decreto 01 de 1984, que establecía su procedencia inclusive en relación con actos en firme siempre que en este caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda por parte de los “tribunales contencioso administrativo”, precisando la nueva normatividad la procedencia de la revocatoria aun cuando se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que no se haya notificado el auto admisorio de la demanda. (Subrayas art. 95 CPACA)

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente, pero el término dentro del cual deben resolverse, que era (art.71 C.C.A) de tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud, se reduce a dos (2) meses (artículo 95 CPACA)

La nueva norma consagra expresamente que contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede ningún recurso.

Se establece la figura “Oferta de Revocatoria”, (parágrafo artículo 95 CPACA) la cual consiste en que en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Efectos. En cuanto a los efectos, se incorpora el anterior artículo 72 del Decreto 01 de 1984, precisando su alcance. Es así como se modificó la expresión “para el ejercicio de las

acciones contencioso administrativas” y en su lugar se establece “para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.(art. 96 CPACA) Es así como la nueva norma consagra, que ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Revocación de actos de carácter particular y concreto. En el nuevo Código se integra y modifica en una sola norma (art. 97 CPACA) lo consagrado en los artículos 73 y 74 del Decreto 01 de 1984, que respectivamente regulaban la revocación de los actos de carácter particular y concreto, y, el procedimiento para la revocatoria de tales actos. Es así como, se establece que salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

También se precisa, que si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa, tal y como lo consagraba el mencionado artículo 97.

### **A Manera de Conclusión**

La revocatoria directa dejó de ser un trámite administrativo pues en el nuevo Código la administración deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo en caso de no existir consentimiento, debiendo agotar previamente la conciliación como requisito de procedibilidad, salvo que el acto cuya revocatoria se pretende haya sido obtenido de manera ilegal o fraudulenta.

La ley 1437 del 2011 le da mayor seguridad jurídica a los actos administrativos que crean una situación jurídica particular o concreta ya que para ser revocados es menester el consentimiento expreso del titular de tales derechos que nacieron con dicho acto administrativo, de esta manera se le imprime mayor responsabilidad a la administración al momento de proferir sus actos en aras de brindar una eficiente administración pública.

Aunque para algunos tratadistas una de las características del acto administrativo sea la irrevocabilidad de los mismos, es importante también anotar que este mecanismo jurídico de la revocatoria directa utilizado dentro del marco de la legalidad es una herramienta que facilita los trámites judiciales al momento de brindarle a la administración la oportunidad de enmendar sus errores.

### **Referencias Bibliográficas**

Decreto 01 de 1984 Código de lo Contencioso Administrativo (C.C.A.) artículos 69 y siguientes

Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) artículos 93 y siguientes

Sentencias T-402 de 1994; T-382 de 1995 y en especial la SU 544 de 2001

## VICIOS DE LA LEY 1354 DE 2009

Oscar Del Cristo Arismendy Martínez  
arismendymartinezoscar14@hotmail.com

### RESUMEN

Se trata de un ejercicio metodológico que elabora un examen a las discusiones judiciales surgidas a propósito de la promulgación de la ley 1354/09, consistente en plantear que legitimar la reelección vía referendo lastima profundamente la democracia –por lo tanto–, hay que considerar seriamente, la tesis de Bobbio y Ferrajoli, relacionada con el respeto a los procedimientos formales implícitos en la democracia, que son los que nos liberan de la tiranía de las supuestas mayorías.

**Palabras claves:** vicios de ley, análisis judicial, procedimientos formales, democracia

El Derecho Constitucional es una de las áreas de las ciencias jurídicas con grandes avances y desarrollos dogmáticos, pero sobre todo, ha servido como herramienta de cambio social. Se ha pensado en varios momentos que el derecho mismo es capaz de contrarrestar al capitalismo, nivelando la terrible iniquidad resultante de su racionalidad, pero luego se constata que a la vez se mantiene como un mecanismo protector del statu quo; al no proteger el orden existente, corre con el riesgo de ser transformado para obedecer a la dinámica del sistema. Esta situación se hizo evidente con las amenazas de reforma a la justicia en momentos coyunturales y de especial interés para el ejecutivo en su pretensión de aprobación de una enmienda constitucional que permitiera una segunda reelección inmediata en 2010 en nuestro país.

Examinar con propósitos académicos las decisiones judiciales, es un ejercicio que ha demostrado en la historia del derecho sus beneficios para las comunidades jurídicas e instituciones educativas. Las universidades a través de las facultades de derecho deben incidir en los rumbos que tome el sistema jurídico de un país, ya por vía de la investigación o a través de la formación de profesionales del derecho; en este marco, la sentencia del Tribunal Constitucional C-141/10, se convierte en un valioso instrumento pedagógico para las comunidades académicas del mundo jurídico.

El impacto de las constituciones en el derecho y en las sociedades, sumado al valor pedagógico del estudio de la jurisprudencia por las comunidades académicas del derecho, son razones válidas y suficientes para justificar el presente trabajo que de manera concreta se expone a continuación.

Formulemos el interrogante de si se pueden considerar los vicios de la ley que aprobaba el referendo como irregularidades menores, o violación sustancial a la democracia liberal. El concepto del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez a la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la ley que aprueba el referendo, se sustenta principalmente en que las fallas en el trámite en el Congreso son menores y una segunda reelección no afecta la esencia de la Constitución Política; contrario sensu, la sentencia C -141-10 de la Corte Constitucional, proferida en ejercicio de la facultad de guarda de la Constitución Política, consagrada en el numeral 2 del artículo 241 C. N., prohija una tesis según la cual existen (i) vicios en el trámite de la iniciativa legislativa ciudadana, (ii) Vicios en el procedimiento legislativo y, (iii) vicios competenciales o de exceso del poder de reforma constitucional que constituyen un desconocimiento de importantes principios constitucionales y de los procedimientos formales previstos por la Constitución; sostiene esta alta corporación que estos vicios no son meras irregularidades formales, sino violaciones sustanciales al principio democrático.

A esta altura de la propedéutica llevada a cabo en este trabajo, y después de señalar la tesis de la Procuraduría General y las razones de fondo (*ratio decidendi*) de la Corte Constitucional que examinan los vicios de la Ley 1354 de 2009, resulta pertinente intentar una proposición que sirva como referente a los desarrollos posteriores y argumentos de las razones que contribuyan a tomar una postura frente a las tesis aquí planteadas. En concordancia con lo predicho, se sostiene que la democracia no se agota en los procedimientos ni en la soberanía popular, el poder en las democracias postmodernas no solo necesitan ajustar sus decisiones a los procedimientos legales y constitucionales, sino que además se requiere de un control efectivo al poder, es decir, las decisiones se deben tomar conforme a los rituales de ley y los contenidos de dichas decisiones deben estar conforme a los principios y valores jurídicos constitucionales.

Un Estado que represente a todos los ciudadanos y un poder en cabeza de un monarca que opera con facultades ilimitadas otorgadas por el pueblo en el contrato que celebraron para que un tercero les garantizara sus derechos a través de una cesión de estos, constituye el fundamento iusfilosofico del absolutismo propuesto por T. Hobbes; frente a esta teoría contractualista, surge el contractualismo liberal de J. Locke, que observa el peligro de un poder absoluto del gobernante. Para J. Locke el gobernante no puede en ejercicio de un poder ilimitado, violar los derechos de los ciudadanos, como tampoco

resulta correcto ceder derechos que son intransferibles, por lo tanto, el contrato que le da nacimiento al Estado no coloca en manos del gobernante poderes absolutos, por el contrario, establece límites a este.

Para J. J. Rousseau, autor del Contrato Social plantea que el poder del soberano una vez constituido por la voluntad de los ciudadanos es infalible, por lo tanto, no se requiere que este otorgue garantía a sus súbditos porque es improbable que el todo perjudique a las partes, y deja deslizar un razonamiento que tiene una fuerza que podríamos calificar como tenue, al sostener que el soberano no puede cargar con cadenas a la comunidad, no plantea una forma concreta de límite al poder.

Norberto Bobbio, al referirse a los límites del Estado, dice que esta expresión comprende dos aspectos, el primero hace referencia a los límites de los poderes y, el segundo a las funciones del Estado. El primero se refiere al estado de derecho, el segundo al estado mínimo. En el fondo lo que se expresa es la vieja concepción del iusnaturalismo, el gobernante no está sujeto a las leyes positivas, pero sí a unos principios universalmente válidos, constituidos por los derechos humanos.

Las normas positivas del orden material eran meramente normas formales que él podía violar o desconocer, en este sentido la ley constituye un límite formal, no real o material. Pero en sentido fuerte, es decir moderno, el Estado de Derecho establece unos límites al poder cuando este aplica o lleva a cabo actuaciones que son ilegales, arbitrarias, obstaculizan el goce de los derechos humanos, en consecuencia existen unos mecanismos que frenan estos abusos del poder, por lo tanto, se establecen unos controles que ponen límites al ejecutivo, al legislativo, al poder judicial y al poder local. En este sentido la democracia en un estado liberal tiene unos límites, sin embargo la representación de los ciudadanos mediante la forma representativa, atomiza el Estado y presenta graves dificultades éticas, como la toma de decisiones en el Congreso, sin que los representantes consulten a sus representados, de esta forma se cumple con las normas jurídicas que establecen los procedimientos, estamos en este caso frente a una democracia formal, las decisiones se toman con apego a las ritualidades de la ley, pero al fallar la concordancia entre la voluntad de los representantes (senadores), con la de los representados (ciudadanos), encontramos una antinomia, realidad formal y realidad material.

Existen problemas mayores en torno a la democracia e igualdad, es aceptado por la doctrina que los Estados liberales deben ser democráticos y las democracias, liberales; empero el concepto de democracia encierra problemas relacionados con la participación del pueblo, de las mayorías, en este sentido, las democracias deben esforzarse por alcanzar al máximo el principio de igualdad, de soberanía popular, en ese sentido Bobbio, expresa:

No sólo el liberalismo es compatible con la democracia, sino que la democracia puede ser considerada como el desarrollo natural del Estado liberal, a condición de que no se considere la democracia desde el punto de vista de su ideal igualitario sino desde el punto de vista de su fórmula política que, como se ha visto, es la soberanía popular. La única manera de hacer posible el ejercicio de la soberanía popular es la atribución al mayor número de ciudadanos del derecho de participar directa e indirectamente en la toma de las decisiones colectivas, es decir, la mayor extensión de los derechos políticos hasta el último límite del sufragio universal masculino y femenino, salvo el límite de la edad (1989, p, 41)

Y es exactamente en este punto donde surgen los mayores problemas; el precitado autor dedica todo un capítulo de la obra Liberalismo y Democracia a este asunto y lo titula “La Tiranía de la mayoría” (Capítulo XI), en un sistema de este género, elegidos por ciudadanos, se sustenta en la centralización y la soberanía popular, se impone la fuerza del número, sobre la de los individuos, este principio de la mayoría es considerado por la doctrina como el principio igualitario, en consecuencia, el problema está relacionado con la naturaleza de las cosas lícitas que hagan.

Otro autor emblemático en el mundo jurídico actual es Luigi Ferrajoli, quien en su trabajo “Democracia sin Estado”, plantea una crisis del Estado, representada en la transferencia cada vez de mayores cuotas de poder al Derecho Privado, es decir, el Estado como órgano de Derecho Público, ha ido cediendo mayores poderes a los particulares. En este sentido, existen organismos de derecho internacional privado como Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización Mundial del Comercio (OMC), que han adquirido grandes poderes que le permiten definir políticas de la órbita exclusiva de cada Estado, violando de esta manera su soberanía; bajo este modelo no se consulta a los ciudadanos, como tampoco a los representantes del pueblo, de esta manera en estas esferas se toman decisiones esenciales que afectan la vida de los nacionales; son los organismos internacionales de derecho privado quienes deciden sobre asuntos trascendentales que inciden en la vida de las personas, en ese sentido, el concepto de soberanía ha quedado bajo examen en las actuales circunstancias de las relaciones internacionales del mundo global.

Lo que de manera autentica existe, es la crisis de lo público, del Estado en un extremo, y en el otro, el fortalecimiento de lo privado, de lo patrimonialístico. El Estado, lo público que tiene una función social, que busca el bienestar general, ha cedido al interés particular, y los procedimientos para tomar decisiones se hacen con apego a la ley, pero los contenidos de dichas decisiones van en contra del bienestar general. Por ello, en el órgano legislativo se pueden hacer leyes con observancia de los procedimientos, empero esas leyes no siempre buscan el bienestar general, así por ejemplo, el Acto Legislativo 01 de

2007, que reformo los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, modifiqué la fórmula que había establecido el constituyente del 91, para la transferencia de los recursos que la nación debía enviar a los entes territoriales para financiar educación, salud y agua potable; el acto reformativo se hizo conforme a los procedimientos establecidos por la propia Constitución y la ley, sin embargo, el contenido de la nueva norma vulnera los intereses de la comunidad y en especial de los más débiles, es un caso típico de un congreso que no legisla para el bien común, sin embargo las reformas son válidas porque se hicieron conforme a los rituales procesales establecidas por el derecho para hacer y aprobar dichas leyes.

El asunto de los procedimientos, es nodal en el examen de la democracia moderna, este aspecto lo encontramos en varios autores entre los cuales destacamos a Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, en el primero, cuando sostiene “Los ideales liberales y el método democrático gradualmente se han entrelazado de tal manera que, si es verdad que los derechos de libertad han sido desde el inicio la condición necesaria para la correcta aplicación de las reglas del juego democrático, también es verdad que sucesivamente el desarrollo de la democracia se ha vuelto el instrumento principal de la defensa de los derechos de libertad<sup>4</sup>”, en el último, en el concepto de democracia procedimental desarrollado en el trabajo “Democracia sin Estado” donde sostiene:

Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. De hecho, ella identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del “quien” (el pueblo o sus representantes) y del “como” (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean. Incluso un sistema en el cual se decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este criterio, “democrático”<sup>5</sup>

Por excelencia lo que define a una democracia es el método, pero, se cuestiona si este puede ser el elemento que legitime a un sistema democrático. Si en un Estado se ha instituido el poder por medio de la participación popular, es decir a través del voto de los ciudadanos, pero este poder vulnera los derechos humanos, o se cambian las reglas establecidas dentro del ordenamiento jurídico para favorecer un interés particular, podemos preguntarnos, si ese Estado es democrático; la respuesta seguramente será contundente, no. La historia nos muestra casos en los cuales, países que eligieron mediante

---

<sup>4</sup> Ibid, pág. 41

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. Sobre el concepto de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../Isonomia\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../Isonomia_)

el sufragio universal, es decir a través de un método democrático a un gobernante, este en el poder utiliza vías y procedimientos democráticos, establecidos en la ley para destruir la democracia, es algo así como, en nombre de la democracia destruye la democracia, el ejemplo más conocido y funesto lo registra la historiografía como el nazismo.

Dentro de este contexto encontramos que la ley 1354 de 2009, recoge la voluntad de unas mayorías, pero la ley que aprobaba el referendo se hizo con violación de procedimientos establecidos por la constitución y la ley; las mayorías parlamentarias desconocieron los rituales procedimentales que debían cumplir en el trámite legislativo, es así como se incumplió con lo señalado por el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación, sobre cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana, entre otros, el cumplimiento de los topes globales e individuales de financiación, y el debate sobre la ley del referendo comenzó sin que fuera adjuntada la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil.

De la misma manera se incumplió con el decreto 4742 de 2008, mediante el cual se convocaba a sesiones extraordinarias al Congreso de la República y la plenaria de la Cámara de Representantes se reunió cuando ese Decreto aún no había sido publicado en el Diario Oficial. Argumentar que estos vicios son irregularidades menores, constituye un desconocimiento del Estado de derecho fuerte, que garantiza el derecho que tienen los ciudadanos a exigir al gobernante el cumplimiento de la ley, y la obligación del poder a cumplir con las formalidades procesales; desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial los procedimientos no son meras formalidades, están en concordancia con las normas sustanciales, por ello, comportan la misma naturaleza.

Además de los vicios de procedimientos, existen los de fondo, sustanciales como el que vulnera el principio democrático, este se ve afectado con una segunda reelección, y consecuentemente la arquitectura de la constitución y la democracia quedan fuertemente lesionadas, se produce una sustitución de la Constitución Política, por lo tanto una ley que convoque a un referendo que busca la reforma a la Constitución para que apruebe una segunda reelección, es claramente inconstitucional. Como se había dicho anteriormente, la dictadura de las mayorías no puede desconocer los derechos de las minorías, y es imperativo el cumplimiento de la constitución y la ley en el trámite de cualquier ley; la constitución establece los procedimientos para su reforma, tal como está señalado en el artículo 374 Constitución política, pero no establece estos procedimientos como válidos para la sustitución de nuestra norma superior.

Se encuentra efectivamente que una segunda reelección afecta principios constitucionales que sustentan la estructura de nuestro sistema democrático constitucional, como la separación de los poderes, el sistema de controles, la regla de alternación y

periodos establecidos, en este sentido la democracia como lo señala Bobbio, en sentido jurídico institucional y no en significado ético, tiene un sentido más procesal que sustancial, pero que al mismo tiempo en sentido ético, es decir sustancial encontramos en el caso de una segunda reelección en nuestro país se estaría debilitando la democracia liberal como una democracia de forma de igualdad, lo cual se manifiesta cuando un presidente-candidato tendría un gran poder y beneficios frente a ciudadanos-candidatos en condiciones débiles frente a la de aquel.

Como criterio personal considero que las teorías contractualistas y en relación con el sistema democrático fuerte y débil constituyen formas conceptuales que deforman la realidad, en atención a que no revelan la esencia de hechos históricos que sirven para explicar y comprender instituciones jurídico-políticas como las anteriormente señaladas. El Estado no es de naturaleza organicista como lo sostiene Aristóteles en la Política, como tampoco contractualista como lo afirman Rousseau, Hobbes, Locke, Montesquieu, por el contrario es un instrumento de quienes ostentan el poder para proteger sus prerrogativas y asegurar una seguridad jurídica. Con apoyo en lo anterior es fácil comprender como el derecho entendido como norma sustancial y adjetiva se encuentra formalmente establecido, su lugar está en los códigos, las leyes, en consecuencia conforma un sistema jurídico que se valida por sí mismo, su validez es conceptual, categorial, pero no necesariamente real, por ejemplo, el artículo 26 CP, a su voz expresa “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio”, en el plano de la razón, de la lógica se puede probar fácilmente esta tesis, pero este principio jurídico de jerarquía constitucional no resiste una comprobación empírica, verbi gracia, son numerosos los jóvenes que tienen capacidades cognitivas y desean estudiar ciertos programas costosos, sin embargo, la libre escogencia de profesión está determinada por otros factores, en especial, el económico. “Toda persona es libre para escoger profesión u oficio”, es una verdad lógico-formal, más no una verdad verdadera. Sin embargo, decisiones como las de la Corte Constitucional, Sentencia C-141-10, resultan esperanzadoras, en el sentido del papel del derecho como instrumento capaz, de proporcionar justicia y transformaciones sociales, mediante estos actos se puede derrotar el escepticismo jurídico.

En conclusión, podemos afirmar que el proyecto de reforma constitucional que buscaba una segunda reelección presentaba anomalías de forma y fondo, lo cual hacía imposible pasar el tamiz de exequibilidad. Promover vía referendo una segunda reelección lesiona de manera grave la democracia desde el punto de vista de los contenidos de la reforma, los cuales sustituyen la estructura que sustenta nuestra constitución del 91, es decir, con el fallo C-141-10 de la Corte Constitucional se abre paso en nuestro país, la propuesta de Bobbio y Ferrajoli, en lo que tiene que ver con la democracia constitucional o

sustancial, que sustituye el concepto de democrática procedimental o formal, y controla la tiranía de las mayorías.

### **Referencias Bibliográficas**

Bobbio, Norberto. Liberalismo y democracia. Fondo de cultura económica. México. 1989.

Hart, H. L. A. El concepto de derecho. Abeledo Perrot. Argentina. 1961. Ley 1354 DE 2009

Rey Cantor, Ernesto. Introducción al derecho procesal constitucional. Controles de constitucionalidad y legalidad. Universidad Libre, sede Cali. 1994.

Sentencia C-141-10, Corte Constitucional

## LA POLICITACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y SU CONEXIÓN CON LA LEGISLACIÓN MODERNA DEL DERECHO PÚBLICO: Enfoque aplicado a la Revocatoria de Mandato de las Autoridades Municipales en Colombia, Una Aproximación<sup>6</sup>

Carmelo Ramón Marsiglia Hernández  
camaher07@hotmail.com

### Resumen

Este artículo referido a 16-D.50.1.2.3 Ulpianus libro quarto disputationum, pollicitatio, promesa aun no aceptada, solamente válida en contados casos, como en el derecho público, esto es, cuando se hacía una promesa a una ciudad, lo que para el caso ha de considerarse que al no existir acuerdo entre las partes, esa figura de la pollicitatio, no es equiparable a un contrato o convenio, bien preparatorio o de promesa; la validez de su aplicabilidad desde la óptica del derecho comparado y su conexión con la legislación moderna del derecho público: es el enfoque aplicado a la revocatoria de mandato de las autoridades territoriales en Colombia, concordante con la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional, dada la naturaleza que en el ordenamiento Civil y Comercial Colombiano como Oferta hoy tiene; interesa, su validez a manera de interpretación, caso aplicado al derecho público, como REVOCATORIA de mandato, para las autoridades locales de elección popular (municipales, distritales y departamentales), conforme a la Constitución (artículo 103) y la ley (134 de 1994)

**Palabras Claves:** Policitación; Desarrollos normativos civil y de derecho público de la policitación; Programas de Gobierno como promesas, Revocatoria de Mandato, Causales de Revocatoria.

### Introducción

Como profesionales del derecho, al igual que ayer, hoy y siempre, esta disciplina del conocimiento humano insta a estar preparados para intervenir de manera activa en variedad de casos, para cuya evaluación, análisis, diagnósticos y soluciones, de manera inmediata y de primera mano no estamos preparados para encarar, a diferencia de lo que suele ocurrir con los profesionales de la medicina, por hacer referencia a otra de las disciplinas tan antigua como aquella, quienes en la etapa de formación académica son entramados de manera meticulosa y dotados de reglas técnicas para el estudio de los síntomas, análisis de exámenes y elaboración de diagnósticos que le conducen al

---

<sup>6</sup> Corresponde este escrito a un ensayo que como estudiante de III Semestre de la Maestría en Derecho VIII Cohorte Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, sobre la asignación académica DERECHO COMPARADO DE LAS OBLIGACIONES, presentara al Dr. Juan Manuel Blanch Noguera.

tratamiento del paciente y sus patologías; a nosotros, como abogados solo se nos da, de manera muy general un conocimiento de la disciplina, al menos en nuestra realidad regional (Montería, con cuatro Facultades de Derecho) que sin lugar a dudas, constituye una herramienta necesaria para el ejercicio de la profesión, pues como se sabe, no solo es necesario conocer el derecho, sino sus principios y ello aun no es suficiente; la falta a veces de una formación práctica con sólidos fundamentos filosóficos de análisis de caso, como la ilustrada por el titular de la asignación, para el caso las referidas al concepto romano del contrato<sup>7</sup> nos lleva con mucha y diciente frecuencia a confundir “los análisis de los problemas (y los procesos que ello implica) con los de toma de decisiones y la valoración de los hechos, con la aplicación de las normas jurídicas, que a lo largo de la tradición y evolución romanística del derecho se nos indica, se ha construido y deberá seguirse construyendo la idea precisa a la que en los términos de Ihering<sup>8</sup> determine, precise y concrete la finalidad última perseguida por el derecho, es decir la consecución del bienestar del hombre en todos los campos, lo que equivale a afirmar, su utilidad para el individuo y la sociedad.

En esa tarea, se tiene claro y plena conciencia de que el orden jurídico debe ser visto y analizado hoy, desde diversos y variados puntos de vista: el del legislador, el del Juez, el del abogado en ejercicio, el del profesor, el del usuario, el del historiador, el del economista, el del administrador (público o privado), el del filósofo, el de psicólogo, el del comunicador social (por lo de la teoría Hebermesiana, hoy en pleno furor y boga), el del sociólogo y otros; para el caso en concreto, se aborda desde la perspectiva del abogado en ejercicio, lo cual se traduce en una aproximación de carácter técnico, esto es, sobre la base y necesidad de abandonar el análisis exclusivamente normativo que en el derecho civil y comercial tiene hoy la figura de la Policitación, emprender una aproximación desde la perspectiva del razonamiento jurídico fundado en los principios generales del derecho, comprendiendo la relatividad de los puntos de vista respecto del tema y su adopción integral.

El ensayo se desarrolla básicamente en tres (3) partes, a saber:

Resumen

Introducción

1. Ubicación de la aproximación al tema.

---

<sup>7</sup> Véase Blanch Nogués Juan Manuel — Tema 22 Concepto Romano del Contrato 16-D D.50.1.2.3

<sup>8</sup> Precursor de la jurisprudencia de los intereses, citación que de su obra —Espíritu del Derecho Romanol hace J.L. Monereo Pérez, Estudio Preliminar; citado por Blanch Nogués Juan Manuel —La tradición Romanística. Memorias de cátedra pág. 34 y 35

2. Policitación u oferta en el ordenamiento jurídico moderno
3. Planteamiento del enfoque aproximado y aplicado de la Policitación en el concepto del tema de derecho Público en Colombia “Revocatoria de mandato de las autoridades locales en Colombia

1. UBICACIÓN DE LA APROXIMACION AL TEMA. Como se indicó en el resumen o summary de este escrito, la figura de la policitación tomada del más antiguo derecho romano clásico<sup>9</sup> tiene su explicación aproximada y deviene de los términos *contrahere* y *contractus*, que desde ese periodo, siendo claras las distinciones entre *CONTRATO Y PACTO*, no indicaban ser fuentes de las que nace la obligación, sino la propia obligación, en las que el consentimiento, en el entendido y significado de la expresión “convenir” hace referencia solo a aquellas obligaciones que surgen de la convención y en la que basa el significado de *contractus* o contrato que acogió la compilación Justiniana y que hoy persiste en el derecho moderno y contemporáneo. En ese sentido y de cara a centrar entonces el análisis de la aproximación del ensayo al objeto propuesto, conveniente es conceptuemos, distingamos y diferenciamos las definiciones del contrato y de la policitación; en efecto, aquel, siguiendo la conceptualización de Robert Joseph Pothier<sup>10</sup> encierra el concurso de voluntades de dos personas de las cuales una promete alguna cosa a la otra, y ésta acepta la promesa que aquella le ha hecho; en tanto que la policitación asevera el autor descrito es la promesa que no ha aceptado aun aquel a quien se ha hecho (*pollicitatio est solius offerentis promissum*).

Afirma Pothier<sup>11</sup> sobre la policitación, no obstante ser mero derecho natural, que no produce ninguna obligación, para el derecho civil daba entre los romanos, en dos casos fuerza y valor a las policitaciones que se hacían a su ciudad: en causa de un fuerte motivo para que se produjera, en consideración de alguna magistratura municipal que se había deferido *ad-honorem*; y en el otro caso, cuando había empezado a cumplirse la promesa; lo que da margen a creer que las policitaciones producen por derecho más reciente verdadera obligación (para ubicar aproximación referida a la *REVOCATORIA* como promesa programática de derecho público Estatal) En igual sentido y orientación Antonio Varela

---

<sup>9</sup> En el sentido indicado por el Dr. D Juan Manuel Blanch Nougues —Tema 22 – Concepto Romano del Contrato. *Pactum, contractus* y *conventio* cuya aplicación para el concepto de la policitación expone en 16-D.50.1.2.3 *Ulpianus libro quarto disputationum*

<sup>10</sup> “Tratado de las Obligaciones. Aparte La policitación en el derecho romano” § II tomado de <https://www.google.com.co/#q=bookstratadoobligacionespothier.html>

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 6

Stolle<sup>12</sup> afirma: los romanos distinguían de las convenciones lo que llamaban policitación, consistente en una simple promesa no aceptada y solo producía un vínculo de derecho, en casos excepcionales y privilegiados como la hecha en favor del Estado o de una ciudad<sup>13</sup> en cuyo caso, si el policitante había ofrecido por alguna razón especial, que llegara a tener efecto, quedaba obligado el mismo y sus herederos; y si no mediaba esta circunstancia, solo quedaba obligado, cuando había principiado a efectuarse la promesa; de otra parte, en los casos referidos a el voto<sup>14</sup> como promesa hecha a Dios, como objeto religioso o de piedad, que solo era obligatorio jurídicamente para los herederos, si se había pronunciado materialmente, y en todo los demás casos solo producía una obligación de conciencia.

## 2. POLICITACION U OFERTA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO MODERNO

2.1. Breves antecedentes históricos. Abordar el tema de la policitación en el contexto del ordenamiento jurídico moderno, implica la descripción necesaria del desarrollo histórico de esta institución desde sus inicios en el derecho romano, hasta la moderna teoría, en donde se postulan los principios fundamentales que en materia de contrato y su formación implica, ya como teoría precontractual o promesa de contrato, ya como oferta o policitación que hoy comparten las distintas legislaciones del mundo, unas como teoría precontractual, otras como contrato preparatorio, teoría que de la adopción del antiguo y clásico derecho romano, se tiene en las legislaciones europeas, en especial la Suiza, Alemana, Francesa, Española e Italiana y en realidades latinoamericanas como la Mejjicana y Colombiana.

En efecto, a principios del derecho romano clásico, no se contaba con la figura ya de contrato preparatorio, ya de teoría precontractual, ya de policitación, solamente eran considerados los llamados contratos *strictis juris*<sup>15</sup> de exigencias rigurosas en formalidades legales, que en caso de no cumplirlas (excepcionalmente podría ocurrir) las partes carecían de acción para exigir su cumplimiento, contexto en el que la promesa de contrato futuro no encontraba cabida, y en caso de su formulación, las partes carecían de acción, situación en las que dado las necesidades crecientes de la sociedad romana<sup>16</sup> surgían convenios similares

---

<sup>12</sup> Ibid, p. 8

<sup>13</sup> Antonio Varela Stolle, ob citada enlace de bocks html pág 317 § 567 De la policitación indicando lo toma de Fr. 1, § 1, 2. Fr. 3, pr. Fr. 6, pr. D. 50, 12

<sup>14</sup> Ibid, Fr. 2, D. 50, 12

<sup>15</sup> Alessandri Rodríguez Arturo, “ De la compraventa y de la promesa de venta” Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T II Vol 2 pág 830

<sup>16</sup> Ubicación histórica que consideramos corresponde a la que describe González de Cancino Emilssen en su obra Manual de Derecho Romano Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición, página 45

a lo más parecido a un contrato preparatorio, oferta, promesa, las partes carecían de acción, por lo que esas manifestaciones convencionales aparecidas encontraron como primeros antecedentes históricos en los pactos (pactum) y en la stipulatio romana, mecanismos legales que más tarde permitió acción civil para cumplimiento de la obligación, alcanzado por los pretores y la jurisprudencia en ciertos casos, referidos al pactum, tales como el pacto de constituto, el de receptum, y el de juramento, que permitió entonces la distinción de los convenios (conventio) en dos tipos: los contratos (contractum) y los pactos (pactum) que no daban de manera general acción para su cumplimiento, solamente en específicos casos tenían valor legal pleno; en tanto que la stipulatio romana considerada en un sentido diferente, fue la antítesis de la promesa, fue un contrato con carácter general, formulado a través de una pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, en términos solemnes<sup>17</sup>; cabe señalar que los casos antes descritos del derecho romano cubrían algunas necesidades jurídicas que hoy se satisfacen con el llamado contrato preparatorio, promesa u oferta, en ninguno de los casos se pretendía dar una promesa para formular un contrato futuro diferente, sino que el pactum y la stipulatio se daban como partes o accesorios de un solo convenio.

En este contexto también los romanos le dieron el tratamiento a la estipulación como ya viene dicho, entendida como una promesa aun no aceptada, pero que solamente fue válida en contados casos, como en el derecho público<sup>18</sup> esto es cuando se hacía una promesa a una ciudad; por lo que ésta figura jurídica en términos de la doctrina y aplicabilidad práctica en sentido estricto no se considera un contrato o convenio por no existir acuerdo entre las partes, en consecuencia, no es equiparable a un contrato preparatorio o de promesa de contrato, lo que permite afirmar que en el derecho romano no existió propiamente contrato de promesa en específico<sup>19</sup> solo se contó con distintas figuras

---

así: “Durante el Siglo III y la última mitad del segundo, Roma se convirtió en una potencia en toda la cuenca del Mediterráneo...el paso de la economía agrícola primitiva a la de los grandes latifundios, aprovechados al máximo....” ( )....

<sup>17</sup> Dare Spondere? Spondeo pregunta típica del derecho romano clásico

<sup>18</sup> González de Cancino Emilssen en su obra Manual de Derecho Romano Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición páginas 88 y 89 afirma: El derecho primitivo y clásico romano entendían la división entre el derecho público y el derecho privado como una cuestión de esferas de influencia, sobre la base del sentido y dirección dado por la ley, como fuente de derecho, las que en los tiempos republicanos, solamente un mínimo porcentaje regula materias específicas de derecho privado, refiriéndose, la mayoría a cuestiones de organización sociopolítica y que su fuerza obligatoria depende de la inclusión de recursos procesales tendientes a darle aplicación, en los programas de los magistrados que se encargan de aplicar justicia y solucionar los litigios

<sup>19</sup> Véase a Sánchez Meda Ramón, — De los Contratos Civiles , 20ª edición México, Porrúa, 2004 pág 137 y Alessandri Rodríguez Arturo “ De la compraventa y de la promesa de venta” Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T II Vol 2 nota 1 pág 830

como las antes descritas (conventios) que se desarrollaron para satisfacer las exigencias del comercio de su tiempo.

2.2. De los conceptos generales y actuales de la Policitación en el Derecho<sup>20</sup>. Expresión derivada del latín pollicitatio-onis, promesa que aún no ha sido aceptada.) También se le llama oferta o propuesta. Es una declaración unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos propios y vinculantes, y que seguida de una aceptación forma el consentimiento, elemento esencial del contrato. La policitación es un negocio jurídico unilateral que como tal vale y produce efectos, por sí mismo, aun cuando no llegue a coincidir con la aceptación para la integración del consentimiento.

En términos específicos suele describirse a esta figura Jurídica como una manifestación unilateral de voluntad negocial, expresa o tácita, recepticia, hecha a persona determinada presente o no presente, con o sin fijación de plazo y con la expresión de los elementos esenciales del acto jurídico cuya celebración pretende su emisor concertar. De esta descripción se desprenden como características de la policitación las siguientes:

- a) Es una declaración unilateral de voluntad, porque, aun emitida por varias personas, muestra un mismo sentido o dirección.
- b) Es voluntad negocial, porque es emitida con el propósito de celebrar un negocio jurídico, de crear efectos de derecho.
- c) Puede ser expresa o tácita expresa cuando se manifiesta verbalmente por escrito o por signos inequívocos; tácita cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o autoricen a presumirla.
- d) Es recepticia porque siempre es dirigida a persona que la debe recibir.
- e) Es hecha a persona determinada, a alguien en específico.
- f) Puede ser dirigida a persona presente o no presente. Presente, esto es, con la que se tenga comunicación inmediata sea por estar en el mismo sitio policitante y receptor; sea porque encontrándose distantes encontrándose distantes puedan conocer y discutir de inmediato las condiciones del presunto acto jurídico, como sucede en la contratación por vía telefónica; no presente, es decir, cuando entre policitante y destinatario de la oferta se establezca una comunicación mediata, como ocurre en el caso de la propuesta hecha por vía epistolar (contrato celebrado por correspondencia).

---

<sup>20</sup> Los conceptos aquí descritos son tomados en su mayoría del Diccionario Jurídico Colombiano con enfoque en la Legislación Nacional, editora Jurídica Nacional, págs. 476 y 477. Compiladores Bohórquez Botero Luis Fernando y Jorge Iván

- g) Puede ser emitida con o sin fijación de plazo para aceptarla, con determinación o sin determinación por parte del peticente de un término durante el cual estará obligado a sostener su ofrecimiento. Hay que distinguir tres situaciones: si la oferta se hace a una persona presente sin fijación de plazo, para aceptarla el peticente queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente (la misma regla se aplica a la oferta hecha por teléfono). Si la oferta se hace entre no presentes sin fijación de plazo, el peticente queda ligado por un término de tres días más el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. Por último, si la oferta es hecha fijándose un plazo para su aceptación, trátase de presentes o no presentes, la regla es única: el peticente se obliga frente al destinatario hasta la expiración del plazo, a menos que la oferta sea rechazada antes de vencer este. Debe contener los elementos esenciales del acto jurídico cuya celebración pretende el peticente la indicación de puntos suficientes y precisos para que el acto pueda perfeccionarse mediante la simple aceptación del destinatario. Así, si alguien dice "vendo casa barata", "propongo negocio ventajoso", no estará haciendo una oferta en términos de derecho. Tales ofrecimientos son actos previos a la contratación que deben distinguirse de la oferta jurídica, no sólo porque ésta es el primer momento en la formación del consentimiento, sino por las responsabilidades que pueden derivarse en cuanto que la peticencia, y no así las pláticas preliminares, constituye un negocio jurídico.

La peticencia puede ser retirada siempre que la retractación llegue al destinatario antes que sea propuesta. Conocida la oferta por el destinatario, si se fijó un plazo para su aceptación, la retractación sobrevenida antes de la extinción de este plazo será inoperante, y la aceptación ocurrida vigente la propuesta operará la formación del contrato. —En la oferta se trata precisamente de uno de los preliminares del acto contractual que debe o no celebrarse como consecuencia de ella. (...) Según nuestro Código Civil, el contrato resulta del concurso real de las voluntades de dos o más personas, esto es, de su consentimiento. Más, el Código no ha dicho cómo debe prestarse el consentimiento; y hemos debido recurrir a la teoría y a las reglas del Derecho Comercial para determinar cómo se forma el consentimiento hasta quedar perfeccionado el contrato. Hemos establecido así que su formación resulta de dos actos sucesivos: una de las partes inicia la negociación y manifiesta primero su voluntad proponiendo a la otra las bases del contrato que proyecta lo que constituye la oferta; y la otra acepta la proposición que se le hace por medio de la aceptación, que para simplificar suponemos pura y simple y conformen todas sus partes con la oferta. (...) El proponente, en seguida, está obligado a ejecutar su promesa si es aceptada

en tiempo oportuno. Esta obligación es distinta del contrato mismo y nace también de su sola voluntad. ¿Si antes de la aceptación el proponente cambia de parecer y cuando le llega la aceptación no quiere ya ejecutar lo ofrecido, queda desarmado el aceptante que dio su aceptación oportunamente? No puede menos de llegarse a la conclusión de que el proponente está obligado por su sola promesa, por su sola declaración de voluntad. La oferta se presenta así como un hecho jurídico que engendra sus conclusiones propias<sup>21</sup>

En Colombia la oferta se encuentra regulada en el código de Comercio artículos 845 a 860<sup>22</sup> normatividad que de manera general la regula como proyecto de negocio jurídico

---

<sup>21</sup> Véase ob cit Diccionario Jurídico Colombiano con enfoque en la Legislación Nacional, editora Jurídica Nacional, págs. 477 y 478. Compiladores Bohórquez Botero Luis Fernando y Jorge Iván

<sup>22</sup> Código de Comercio Colombiano tema regulatorio de la Oferta ART. 845. —La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.¶ —ART. 846. —La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.¶ —ART. 847.—Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna.¶ —ART. 848. —Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio.¶ —ART. 849. —Cuando en el momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa.¶ —ART. 850. —La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.¶ —ART. 851.—Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia.¶ —ART. 853.—Las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos.¶ —ART. 854.—La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso.¶ —ART. 855.—La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta.¶ —ART. 856.—La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas. y no señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la cuyos requisitos son la intención de producir un vínculo jurídico y que dicha intención sea exteriorizada, ya sea expresa o tácitamente, debe además ser completa la oferta o sea, que sea explicada en tal forma que para el nacimiento del contrato sólo baste con que la persona a quien se dirige, diga —sí; debe ser voluntaria, dirigida a un destinatario y ser comunicada a éste por un medio útil.¶ Para la doctrina la propuesta de contrato debe reunir los siguientes requisitos: 1) ha de ser emitida con la intención de obligarse el oferente contractualmente; 2) ha de ser concreta, de tal manera que contenga todos los elementos esenciales necesarios

cuyos requisitos son la intención de producir un vínculo jurídico y que dicha intención sea exteriorizada, ya expresa o tácitamente, debe además ser completa la oferta o sea, que sea explicada de tal forma que para el nacimiento del contrato solo baste con que la persona a quien se dirige, diga “sí”; debe ser voluntaria, dirigida a un destinatario y ser comunicada a éste por un medio útil ”

Para la doctrina la propuesta de contrato debe reunir los siguientes requisitos: 1) ha de ser emitida con la intención de obligarse el oferente contractualmente; 2) ha de ser “concreta, de tal manera que contenga todos los elementos esenciales necesarios para la conclusión del contrato; 3) por regla general debe ser dirigida a la persona con la cual el proponente quiere concluir el contrato.

---

para la conclusión del contrato; 3) por regla general debe ser dirigida a la persona con la cual el proponente quiere concluir el contrato

La oferta es la declaración de voluntad que busca obtener la celebración de un contrato. De este modo, quien emite la oferta es denominado el —oferentel y quien posteriormente la acepta será el —acceptantel. A esta conjunción de oferta y aceptación se le denomina —consentimientol en su aspecto de forma.

El término oferta ha recibido diverso tratamiento en la doctrina y muchas veces ha sido confundido con otros de similar naturaleza con los que, si bien es cierto, guarda elementos comunes, también tiene diferencias sustanciales. Así, podemos encontrar que en la teoría jurídica la oferta ha sido comparada con otros dos términos: —propuestal y —policitaciónl.

Respecto de la policitación, si bien ciertas doctrinas española y francesa modernas la entienden equivalente al término —ofertal, ésta recibe tres contenidos marcadamente diferentes; algunos consideran que la policitación es aquella declaración dirigida a personas no determinadas, es decir, carecía de un destinatario preciso; mientras que la oferta está dirigida a persona determinada; otros, entienden que ambas voces no son sinónimas ya que mientras la policitación es la oferta no aceptada, la oferta propiamente dicha es aquella que obligación del oferente cesará transcurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto.¶ —ART. 857.—La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa. La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente. La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta.¶ —ART. 858.—Si las condiciones de la oferta se cumplen separadamente por varias personas, sólo tendrá derecho a la prestación ofrecida aquella de quien el oferente primero reciba aviso de su cumplimiento. En caso de igualdad en el tiempo, el oferente decidirá en favor de quien haya cumplido mejor las condiciones de la oferta, pudiendo partir la prestación, si ésta es divisible. Si las condiciones son cumplidas por varias personas en colaboración, la prestación se dividirá entre ellas, si su objeto es divisible; en caso contrario, se seguirán las reglas del Código Civil sobre las obligaciones indivisibles.¶ —ART. 859. —El oferente no podrá utilizar las obras ejecutadas por las personas excluidas de la prestación ofrecida. Si lo hiciere, deberá en todo caso indemnizarlas.¶ —ART. 860. —En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.¶ Tomado de [www.todoiure.com.ar/.../mono/civil/la\\_oferta\\_en\\_los\\_contratos.html](http://www.todoiure.com.ar/.../mono/civil/la_oferta_en_los_contratos.html)

La oferta es la declaración de voluntad que busca obtener la celebración de un contrato. De este modo, quien emite la oferta es denominado el “oferente” y quien posteriormente la acepta será el “aceptante”. A esta conjunción de oferta y aceptación se le denomina “consentimiento” en su aspecto de forma.

El término oferta ha recibido diverso tratamiento en la doctrina y muchas veces ha sido confundido con otros de similar naturaleza con los que, si bien es cierto, guarda elementos comunes, también tiene diferencias sustanciales. Así, podemos encontrar que en la teoría jurídica la oferta ha sido comparada con otros dos términos: “propuesta” y “policitación”.

Respecto de la policitación, si bien ciertas doctrinas española y francesa modernas la entienden equivalente al término “oferta”, ésta recibe tres contenidos marcadamente diferentes; algunos consideran que la policitación es aquella declaración dirigida a personas no determinadas, es decir, carecía de un destinatario preciso; mientras que la oferta está dirigida a persona determinada; otros, entienden que ambas voces no son sinónimas ya que mientras la policitación es la oferta no aceptada, la oferta propiamente dicha es aquella que ha sido aceptada y forma el contrato; en este caso, el elemento diferenciador de una y otra figura viene dada por la aceptación del destinatario, y la tercera posición que postula que la policitación es aquella propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario mientras que la oferta si ha sido conocida.

De este modo, concluimos que en doctrina se entiende que la propuesta comprende tanto a la oferta como a la policitación y le ofrece un tratamiento distinto.

3.- Planteamiento del enfoque aproximado y aplicado de la Policitación en el concepto del tema de derecho Público en Colombia “Revocatoria de mandato de las autoridades locales en Colombia” como se ha indicado antes, se pretende a manera de inquietud académica explicar la validez de aplicabilidad del concepto de la policitación desde la óptica del derecho comparado y su conexión con la legislación moderna del derecho público y cuyo enfoque queremos se entienda aplique al igual, al menos en el sentido de interpretación, tal y cual ocurrió con la adopción en el ordenamiento civil-comercial o de derecho privado en las legislaciones del mundo de esa figura del derecho romano; mas no para el derecho público, y en especial en el entendido de la revocatoria de mandato de las autoridades territoriales (municipales) de elección popular.

En efecto, la premisa de la tesis basa su acerbo conceptual de manera general en el libro cuarto *disputationum Ulpianus* 16-D.50.1.2.3 del tenor<sup>23</sup>:

El pacto es el consentimiento y la convención de dos, la policitación es en cambio la promesa del solo oferente. Y por ello se ha establecido que si hubiese sido hecha una policitación (promesa unilateral) para obtener un cargo, se exija como deuda. Pero también la obra iniciada, aunque no fuera prometida para la obtención de un cargo, el promitente se obliga a terminarla, y así ha quedado establecido.

1 Si alguien desea reivindicar el objeto que ha entregado en virtud de la policitación a los munícipes, debe ser rechazado en su petición: esto es muy justo pues semejantes voluntades conferidas a las ciudades no se revocan por arrepentimiento. También, incluso, si los munícipes dejaran de poseer, se ha de decir que ha de concedérseles acción. (Subrayas fuera del texto para connotar sobre la tesis del planteamiento), el alcance de la figura que al parecer y en el decir de la profesora Emilssen González de Cancino<sup>24</sup> en el análisis que de la crisis del Estado Noble Patricio-Plebeyo hace, frente al paso de la economía agrícola primitiva a la de los grandes latifundios, y las connotaciones económicas sociales que ello genera como potencia del mediterráneo que fue Roma, presionaron la necesidad de definir la estructura del Estado, de manera tal que su constitución Republicana que funcionaba para una ciudad, fuese capaz de organizar el imperio, sentando de manera paulatina una forma política diferente, que se manifiesta y referencia González de Cancino<sup>25</sup> con el movimiento de los *gracos*, cuyos cambios consistieron en introducir la idea de que la soberanía reside sin restricciones, en el pueblo, ello con ocasión de la negación que de la propuesta agraria de Tiberio hiciera el Senado; de una parte; de la otra, cuando se solicita a los comicios la expulsión de un colega de tribunado que se opone a las reformas, la idea de que tribunos y magistrados representan al pueblo, que les puede REVOCAR su mandato cuando no actúen de acuerdo con los intereses del representado, se aplica la figura con criterios de entenderla en su connotación de mandato popular.

---

<sup>23</sup> Véase Blanch Nogués Juan Manuel —Tema 22 Concepto Romano del Contrato 16-D D.50.1.2.3 Ulpianus libro cuarto *disputationum*, base del enfoque aplicado y aproximativo de este ensayo: *pr. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. Et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. 1. Si quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari. Sed et si desierint municipes possidere, dicendum erit actionem eis concedendam.*

<sup>24</sup> En su obra *Manual de Derecho Romano* Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición página 45.

<sup>25</sup> *ob cit* págs. 48 y 49

De manera general, se afirma, siguiendo al profesor Noguera Laborde Rodrigo<sup>26</sup> que los romanos fueron los creadores del derecho, siendo acertados en establecer su división en natural<sup>27</sup> de gentes<sup>28</sup> y positivo y éste último en público y privado; aquel, es decir, el público en la estructura de gobierno del principado, dado que éste no era hereditario, para resolver el problema de la sucesión recogió de la institución de familia la ADOPCION y adecuándola a los fines del derecho público que pretendían obtener, de los cuales el principal fin era la transmisión del poder público<sup>29</sup>.

En igual sentido en que nos referimos a la distinción del derecho positivo en público y privado del derecho romano, ya en los tiempos republicanos el término ley (lex), cuyo sentido amplio apunta a la dirección o instrucción sobre el comportamiento a seguir, prescrita por una persona privada o por el Estado, en su sentido político designa las órdenes públicas dictadas por el Estado y sus funcionarios obligatorias para otros<sup>30</sup>; distinguiendo entonces su división como una cuestión de esferas de influencia; por lo que, será ley privada, la que emane de una persona privada (el pater por ejemplo) su eficacia por tanto se limita al ámbito de potestad sobre los bienes o sobre los individuos o sobre los individuos a ellos sometidos; será ley pública la que emane de un organismo público (comicios), cuya eficacia va dirigida a todos los ciudadanos.

Las distinciones entre leyes públicas y leyes privadas y entre derecho público y privado no tienen hoy en el derecho moderno la misma significación que tuvo en su tiempo el derecho primitivo y clásico romano, pero ello apunta a precisar que ellas constituyen auténticas fuentes del derecho, producto bien de actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas, comprendiendo en este sentido el principio u origen de una norma, así como el lugar donde nace o se produce algo; por tanto cuando el espacio geográfico de creación, aplicación o interpretación de la norma se extiende por encima de las fronteras territoriales creando circuitos y microcircuitos normativos entre los sistemas jurídicos nacionales, binacionales, regionales y globales, con la multiplicidad de sujetos intervinientes en el proceso de regular las variadas y

---

<sup>26</sup> Introducción General al Derecho Vol. I Introducción a la Filosofía del Derecho 2ª edición serie Major-3 USA 1996 pág 24

<sup>27</sup> Dig., I, 1,3

<sup>28</sup> Inst., I, 1,11.

<sup>29</sup> Para los romanos era el *ius civile* como el propio de cada ciudad. Más detalles al respecto véase González de Cancino Emilssen Manual de Derecho Romano Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición página 59

<sup>30</sup> Véase a Francisco Samper Polo, Derecho romano Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pág 16 cita que hace González de Cancino Emilssen Manual de Derecho Romano Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición página 89

novedosísimas situaciones políticas, económicas y sociales que de ese proceso derivan, lo que para el caso que nos ocupa, da por sentado la necesidad de la labor interpretativa y lo más importante dentro del tema de la recepción o transfusión, valorar el conocimiento del derecho romano como instrumento de utilidad manifiesta para adelantarla, en el marco del cual asimilamos el caso de la policitación en su sentido público y político con la REVOCATORIA del mandato de las autoridades territoriales en Colombia, con lo cual reafirmo la esencia romanística de la elaboración de la figura que no es nueva, pero que la recepción de la figura solo pervive hoy en el derecho civil y comercial aplicado.

3.1. FUNDAMENTOS DE LA REVOCATORIA<sup>31</sup> [28] La revocatoria de mandato se fundamenta en los principios de soberanía popular y de representación, puesto que el pueblo en ejercicio de su soberanía, otorga a sus representantes un mandato para que ejerzan el poder político.

La Constitución de 1991 estableció que los Gobernadores y los Alcaldes contraen con sus electores la obligación de cumplir el programa de gobierno que presentaron al inscribirse como candidatos y, en tal sentido, reciben mandato del elector. El incumplimiento del programa equivale al quebrantamiento del mandato, circunstancia que da lugar a que su elección pueda ser revocada por decisión popular (artículo 259). Este régimen no se aplica a los miembros de las corporaciones públicas.

La revocatoria del mandato ha sido consagrada en el artículo 103 de la Carta como un mecanismo de participación ciudadana y en el artículo 40 como un derecho político. El artículo 6 de la ley 134 de 1994 precisa que "La revocatoria del mandato es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde".

La revocatoria del mandato, que se promueve a iniciativa de los ciudadanos, tiene un carácter plebiscitario, en sentido negativo, pues apunta a censurar o retirar la confianza del público al elegido y, con ello, precipitar su forzoso retiro del cargo

Con este mecanismo, previsto en la Ley 134 de 1994 y pocas veces utilizados por los electores en provincia, se podría corregir el rumbo de un municipio o de un departamento, ante "la insatisfacción general de la ciudadanía o por el incumplimiento del programa de gobierno" del respectivo alcalde o gobernador. Con una ventaja: la norma citada es de las pocas en Colombia cuyas disposiciones son claras, cortas y precisas. Un número de personas, igual o mayor al 40% del total de los votos válidos con los cuales se

---

<sup>31</sup> Tomado de [http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/revocatoria\\_mandato.html](http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/revocatoria_mandato.html)

eligió el respectivo gobernante, pueden pedir a la Registraduría respectiva la citación a una elección con el fin de que el pueblo se exprese sobre la revocatoria del mandato. Dicho formulario de solicitud deberá contener las razones sobre las cuales los descontentos basen su petición. El registrador del caso, después de aprobada la solicitud y expedida la certificación propia, convocará, dentro de los dos meses siguientes, a la votación para la revocatoria. La revocatoria se considerará aprobada si así lo votaren el 60% o más de las personas participantes en la elección, siempre y cuando el número total de votos (incluidos los nulos y los en blanco) fuere igual o superior al 60% del total de votos consignados el día en el cual se eligió al mandatario, aclarando que "únicamente podrán sufragar quienes lo hayan hecho en la jornada electoral en la cual se eligió al respectivo gobernador o alcalde". Si se aprueba la revocatoria, el Presidente o el Gobernador, según sea el caso, deberá, inmediatamente, ejecutar la orden popular y remover el respectivo Alcalde o Gobernador y se procederá a convocar nuevas elecciones para la escogencia del nuevo mandatario, dentro de los treinta días siguientes a la certificación de los resultados de la votación de revocatoria. En todo caso, la revocatoria no podrá efectuarse si aún no transcurre siquiera el primer año de mandato del Alcalde o Gobernador atacado. Podrá inscribirse como nuevo candidato a esos cargos cualquier persona que cumpla los requisitos constitucionales y legales, salvo el alcalde renunciante o el revocado. La inscripción deberá efectuarse ante el respectivo registrador y con una antelación no inferior a veinte días contados desde el día de las votaciones para la revocatoria.

Como vemos, el procedimiento es simple, relativamente corto y bien descrito por la Ley. Por ello cabe la pregunta: ¿por qué razón la gente no lo utiliza? No será, precisamente, porque los elegidos, todos, sean tan buenos. Debe ser, mejor, porque este instrumento no es bien conocido y porque, al fin y al cabo, se trata de una elección contra alguien defendiéndose, directamente, con el presupuesto y la nómina oficiales! También, el hecho de haber ratificado "mayoritariamente" a los gobernantes cuestionados en todas las utilidades del mecanismo, ha influido negativamente en la gente. Una última razón podría ser la falta de disposición de todo el mundo para reconocer los errores cometidos.

De todas formas, el instrumento está allí, dispuesto a servirle al pueblo para corregir sus destinos. Claro, como me lo dijo un amigo hace poco, de la revocatoria también podrían también podrían servirse los politiqueros de siempre para terminar imponiendo una decisión no querida realmente por la comunidad. La respuesta es igual de simple: ¡la decisión "querida realmente", en este caso, es la tomada en las urnas!

Por otro lado, también queda a los gobernantes la fácil decisión de corregir las fallas de su administración, ¡antes que el pueblo escoja corregir su error!

Para concluir, podemos decir que: 1. La aproximación hecha, constituye una apreciación de carácter técnico, sobre la base y necesidad de abandonar el análisis exclusivamente normativo que en el derecho civil y comercial tiene hoy la figura de la Policitación, las que desde la perspectiva del razonamiento jurídico fundado en los principios generales del derecho, comprendiendo la relatividad de los puntos de vista respecto del tema y su adopción integral, aplicados al derecho público referidos a la revocatoria del mandato de las autoridades del orden territorial en Colombia.

2. La figura de la policitación tomada del más antiguo derecho romano clásico, tiene su explicación aproximada y deviene de los términos *contrahere* y *contractus*, que desde ese periodo, siendo claras las distinciones entre **CONTRATO Y PACTO**, no indicaban ser fuentes de las que nace la obligación, sino la propia obligación.

3. La policitación, no obstante ser mero derecho natural, que no produce ninguna obligación, para el derecho civil daba entre los romanos, en dos casos fuerza y valor las que se hacían a su ciudad: en causa de un fuerte motivo para que se produjera, en consideración de alguna magistratura municipal que se había deferido *ad-honorem*; y en el otro caso, cuando había empezado a cumplirse la promesa; lo que da margen a creer que las policitaciones producen por derecho más reciente verdadera obligación.

4. Es una afirmación categórica y cierta, que los creadores del derecho, son los romanos, que dividieron en natural, de gentes y positivo, éste último en público y privado; el público, el cual tiene que ver con la estructura de gobierno, y/o tipo de Estado que corresponde al principado, dado que éste no era hereditario, para resolver el problema de la sucesión recogió de la institución de familia la **ADOPCION** y la adaptaron a los fines del derecho público que pretendían obtener, de los cuales el principal era la transmisión del poder público.

5. La policitación en su sentido público y político iniciales del derecho romano clásico, tiene una relación directa con la **REVOCATORIA** del mandato de las autoridades territoriales en Colombia, con lo cual se reafirma la esencia romanística de la figura que no es nueva, pero que la recepción solo pervive hoy en el derecho civil y comercial aplicado, y no en el derecho público, deferido a la ley.

### **Referentes bibliográficos**

Alessandri Rodríguez Arturo, “De la compraventa y de la promesa de venta” Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T II Vol 2 pág 830

Bohórquez Botero Luis Fernando y Jorge Iván, Diccionario Jurídico Colombiano con enfoque en la Legislación Nacional, editora Jurídica Nacional,

Blanch Nougués Juan Manuel “DERECHO COMPARADO DE LAS OBLIGACIONES” —Tema 22 Concepto Romano del Contrato‖ 16-D D.50.1.2.3 Ulpianus libro quarto disputationum, base del enfoque aplicado y aproximativo de este ensayo, material bajado de la web de USA, Bogotá Noviembre 2011

García Villegas Mauricio, "Función simbólica del derecho y estabilidad institucional", en: Cristina Motta Ética y conflicto: lecturas para una transición democrática, Bogotá, Ed. Uniandes y Tercer Mundo, 1995

González de Cancino Emilssen Manual de Derecho Romano Publicaciones Universidad Externado de Colombia 6ª edición. Bogotá

Noguera Laborde Rodrigo, Introducción al Derecho Volumen I Introducción a la Filosofía del Derecho 2ª edición serie Major-3 USA 1996

Pothier Robert Joseph, Tratado de las Obligaciones. Aparte La policitación en el derecho romanol § II tomado de bookstratadoobligacionespothier.htm

Sánchez Medal Ramón, —De los Contratos Civiles, 20ª edición México, Porrúa, 2004

Samper Polo Francisco, Derecho Romano Valparaiso, Ediciones Universitarias de Valparaiso.

Varela Stolle Antonio —Explicaciones históricas elementales del derecho romanol tomado de bocks html pág 317 § 567 De la policitación

### **Sitios Web**

[http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/revocatoria\\_mandato.html](http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/revocatoria_mandato.html)

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/marzo2003/cuando.html>

## APORTE IUSFILOSOFICO A LOS ALCANCES DEL CONCEPTO DE “TRÁNSITO TERRESTRE” A PARTIR DEL PRINCIPIO DISCURSIVO DE JÜRGEN HABERMAS: Una lectura de la Sentencia C-089/11

Orlando Ramón Alarcón  
avefenix176@hotmail.com

### RESUMEN

El interés principal de este artículo es analizar la propuesta de fundamentación del concepto de “tránsito terrestre” que la Corte Constitucional plantea en la Sentencia C-089 de 2011 a partir del principio discursivo que Habermas propone en su obra *Facticidad y validez*. Lo que se pretende es mostrar que la argumentación no es aplicable sólo a la “obligación de los jueces de legitimar sus pronunciamientos aduciendo razones de hecho y de derecho que le permiten arribar a la decisión que pone fin al asunto en litigio”, sino también al deber de fundamentar los conceptos objeto de materia del asunto en cuestión.

**Palabras claves:** Principio discursivo, tránsito terrestre, argumentación jurídica, legitimidad, deducción lógica.

### INTRODUCCIÓN

Robert Alexy en su obra *“Teoría de la argumentación jurídica”* (2012) citando a Karl Larenz señala que el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas trasciende la simple “subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. Para el alemán:

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados (Ibíd, p. 23)

En especial si se tratan de derechos fundamentales, ya que en ciertos casos, las normas de derecho fundamental no están establecidas –como indica Robert Alexy– (2007), directamente por el texto constitucional, sino que más bien están adscritas a las normas expresas, lo que exige una fundamentación de las mismas. Desde esta perspectiva, es válido revisar la fundamentación que sobre el concepto de “tránsito terrestre” hace la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 2011; para indicar, que la corporación incurre en

un error común en relación a los argumentos deductivos aplicables al caso, al considerar que si estos son válidos, entonces su conclusión tiene que ser verdadera, y que como no existe la verdad absoluta, hay que aceptar razones que nos permitan apoyar una conclusión no como necesaria sino como razonable, lo que nos lleva a una imposición del Estado y nos impide superar la postura monológica que caracteriza los escenarios de fundamentación del derecho.

Al tratarse del concepto de “tránsito terrestre” la Corporación aduce [...] que *“como consecuencia de ello, es objeto de una fuerte regulación por el legislador, al punto tal de que la Corte ha reconocido que es “legítima una amplia intervención policiva del Estado [en estas materias], con el fin de garantizar el orden, y proteger los derechos” de los ciudadanos”* (Sentencia C-089/11 ), lo que nos permite inferir, que la corporación –sobre estos asuntos–, no establece conceptualmente, distinciones entre fines y medios; ya que con [...] *“el fin de garantizar el orden, y proteger los derechos”, es legítimo el uso del ¡garrote policial, las cárceles y el gas lacrimógeno!*” (Salas, 2010, p. 2). En este orden, el razonamiento de la Corte nos impone una proposición silogística construida a partir de una conclusión necesaria y una conclusión verdadera, que procedimentalmente se establece desde la conexión causal entre  $p \vee q$ , lo que explica el sentido de  $p$  como causante de  $q$ , facilitando la elaboración de inferencias bajo el modus ponens. Lo que nos ubica, al frente de una explicación funcional, al estilo del principio de Malinowski que establece que *“todos los fenómenos sociales tienen consecuencias beneficiosas (intencionadas o no, reconocidas o no) que los explican”* (Elster, 2010, p. 54).

Esta perspectiva nos permite inferir, que el argumento elsteriano asesta una fuerte crítica a la explicación funcional de la Corte Constitucional, bajo el entendido de que este modo de fundamentación plantea una visión del desarrollo del derecho de manera continua, sin alteraciones, en la que es complicado datar la aparición de nuevas estructuras y funciones; en virtud a que –las que aparecen–, surgen como evolución de estructuras y funciones ya existentes, dejando sólo la opción de contemplar el desarrollo del derecho como consecuencia de cambios variacionales o como cambios transformacionales internos.

Con todo y lo anterior, conviene analizar el asunto del alcance de la acción del Estado –en relación a los linderos del concepto de “tránsito terrestre” que la corte precisa en la Sentencia C-089/11, a partir del principio discursivo de Jürgen Habermas. En primer lugar, digamos que el principio discursivo es una herramienta que permite reconstruir internamente el derecho mediante un procedimiento dialógico. Por lo tanto, es importante la relación que este autor establece entre derecho y moral, bajo el entendido de que esta relación aclara y define el asunto de la legitimidad de la norma y su estricto acatamiento.

## Derecho y Moral en Jürgen Habermas

Si admitimos como cierta la afirmación Habermasiana de que el derecho y la moral guardan entre sí una relación de complementariedad, también podemos admitir –de manera análoga– que la razón comunicativa es el tejido que articula esa conexión, cuyas células son los actos de habla; y los organoides de dicha célula es el principio discursivo, los cuales se explicitan en una acción que se denomina comunicativa, siendo estos los elementos que conforman el ámbito del discurso práctico.

En estos términos, el discurso práctico nos da la facultad para enjuiciar o decidir si una norma o conducta cumple con ciertos principios o, en su defecto, que tal conducta debiera aplicarse con referencia a determinados principios o normas de derecho que la sociedad ha legitimado para su convivencia, a partir de una voluntad teleológica intersubjetiva, tal y como lo indica Habermas en las “*Aclaraciones a la Ética del Discurso*” (2000):

El concepto de voluntad que en cada caso se debe dejar determinar por imperativos fundamentados racionalmente (...) Así, la razón práctica, según se utilice atendiendo a lo adecuado para obtener un fin, a lo bueno o a lo justo, se rige por el arbitrio de quien actúa conforme a una racionalidad teleológica, por la resolución del sujeto que se realiza a sí mismo con autenticidad o por la voluntad libre del sujeto capaz de juzgar moralmente (p. 117-118).

En este sentido, la acción racional del sujeto se asume “como toda la disposición de los sujetos capaces de lenguaje y acción para adquirir y utilizar conocimiento falible” (Ibíd, p. 373). De tal manera, que la legitimidad del concepto de “tránsito terrestre” no radica en el poder coercitivo del Estado, sino al temor que internamente opera en el individuo moderno; un temor al dictamen de la norma en cuanto esta representa el deber ser, es decir, que la norma se convierte en su constitutivo moral, de tal manera que –es gracias a su autoconsciencia– que el sujeto moderno, valora la importancia del cumplimiento de una norma, asunto este que, procedimentalmente se da a partir de la acción discursiva de dos o más sujetos que han manifestado sus pretensiones y han llegado a un acuerdo.

De esta manera, el pivote que soporta la racionalidad normativa, es el principio discursivo, el cual facilita no sólo el acuerdo sino que también permite hallar la verdad sobre algún asunto en litigio en términos éticos, morales, jurídicos y políticos, siempre que estén articulados en torno a un ejercicio de reflexión pragmático-trascendental. En este

orden de ideas, el derecho responde –inicialmente– a una moral reconocida por todos en el sentido que parte de aquellos dispositivos que fundamentan el discurso práctico que acompañado por el principio discursivo obedecen a reglas pragmáticas desprendidas de los actos de habla de los sujetos intervinientes en un litigio, lo cual garantiza la integración social y a su vez le da legitimidad y validez al derecho, precisamente porque tiene en cuenta los principios que encarnan la racionalidad práctica comunicativa.

Desde esta perspectiva el derecho viene a ser el derecho positivo moderno:

Que se presenta tanto con la pretensión de una fundamentación sistemática, como con la pretensión de interpretación vinculante e imposición coercitiva por los órganos competentes. [...] Por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasi-naturales por su racionalidad comparablemente alta; pues en ellas se encarna un sistema de saber dogmáticamente elaborado, es decir, articulado, elevado a nivel científico y entrelazado con una moral regida por principios (Habermas, 1998, p.145).

Pues bien la acción consistente de obedecer un mandato legal, o incluso de comportarse de acuerdo a ciertas expectativas ética o morales pone en cuestión el asunto del sentido de la validez o legitimidad del derecho, por eso “en términos de ética del discurso las normas morales pueden presentarse con una pretensión de validez puramente cognitiva” (Ibid, p. 223). No obstante “las normas jurídicas pese a su ámbito restringido de validez, entablan la pretensión de concordar con normas morales, es decir de no controvertirlas” (Id, p. 223), sabiendo –de antemano– que las primeras se circunscriben al escenario del autoentendimiento colectivo expresado en hábitos costumbres y tradiciones, y las segundas se dirigen a la obtención de objetivos mediante la ponderación de intereses y compromisos.

En términos generales, el “*principio discursivo*” vehicula una doble intención: la primera tiene que ver con el hecho de que el alemán plantea un paradigma discursivo-procedimental del derecho ajustable al derecho moderno y que en este orden, la moral y el derecho son un asunto complementario útiles para legitimar la norma jurídica. La Segunda, que el “*principio discursivo*” sirve para delimitar y precisar conceptos propios del discurso jurídico y de litigios con pretensión de rectitud normativa, más allá de la lógica deductiva, sin que esto signifique que la lógica deductiva sea errónea o poco útil para el derecho, más bien que para el asunto en cuestión (sentencia 089/11) la Corte no propuso las acepciones pertinentes al caso en discusión y por lo tanto, su orientación esta matizada de debilidades

conceptuales. Y desde luego, en la medida de los casos el “*principio discursivo*” sirve para legitimar el poder del Estado sobre los ciudadanos, de esta manera, el derecho cumple de acuerdo a Habermas un papel cohesionador de la sociedad. “De esta manera, la argumentación, como medio técnico de control de cualquier decisión en el Estado social de derecho, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo, de allí que la teoría estándar de la argumentación jurídica imponga que las decisiones deban contar no sólo con una justificación externa, sino interna. En esta última, como lo enseña el profesor Robert Alexy,<sup>32</sup> se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación”.

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1997, página 214.

## Referentes bibliográficos

Alexy Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012. Segunda edición

Habermas Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa- Racionalidad de la acción*. Madrid: Taurus 1999. Volumen I.

----- *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Con prólogo de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta 1998.

----- *Historia y crítica de la Opinión Pública*. Madrid: Editorial Gustavo Gili 2004.

Corte Constitucional. Sentencia 089 de 2011. Bogotá

----- Sentencia T-597/07

## Otros libros.

Aguiló Josep. (2000) *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona. Ariel

Bobbio Norberto. (2000) *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica

Cortes Rodas Francisco. (2011) *Justicia y exclusión*. Bogotá. Siglo del hombre editor

Velasco Juan C. (2013) *El uso público de la razón*. Madrid: Alianza Editorial

## Ensayos y artículos en revistas electrónicas

Irvin Crespi. (2009) Análisis de opinión pública. México: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Documento de Trabajo núm. 67

Ronu Andree Fernández Torres  
Ricardo Javier Algarín Álvarez  
7201004  
Sociología Jurídica  
Universidad de Córdoba  
Junio 14 – 2016

**Fernandez-Torres, R., Algarín A. Ricardo (2016) Dicotomía del Estado Frente a la Construcción de una Expectativa Superior al Horizonte de la Regulación que debe custodiarse a partir de la Aprobación de los Acuerdos de la Habana. Derecho y Sociedad. 1(1), 64-71. Universidad de Córdoba. Montería.**

*“Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”  
Giuseppe Tomasi di Lampedusa, Il Gattopardo.*

## RESUMEN

Este artículo tiene por objetivo elaborar un análisis e identificación de los conceptos de modernidad en el marco de las negociaciones de la Habana, en el cual convergen términos explicativos propuesto por Boaventura de Sousa Santos en la obra *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, publicado por editorial Trotta. Emancipación, y regulación como principios orientadores de la modernidad que mantienen en constante tensión las experiencias y aspiraciones. Son conceptos analizados por Boaventura de Sousa para tratar de entender el protagonismo y dinámica del derecho en la modernidad, los que a su vez, encontramos inmersos en el momento histórico que vive Colombia a raíz de las negociaciones de la Habana.

Palabras claves.

Conflicto, Paz, Teoría crítica, Derecho, Colombia, Constitución del 91, Diálogos.

## SUMMARY

This article has for objective to make out an analysis and identification of the concepts of modernity in the frame of negotiations of the Habana, in the one that they come to a point in explanatory terms proposed by Sousa Santos's Boaventura in the work juridical critical *Sociología: For a new common sense in the right*, published for editorial Trotta. Emancipation and regulation like guiding beginnings of the modernity that experiences and aspirations maintain in constant tension. They are

concepts examined by Sousa's Boaventura to try from understanding the prominence and dynamics of the right in modernity, them than in turn, we found immersed in the historic moment that Colombia because of the Habana's negotiations lives.

Key words.

Conflict, Paz, critical Teoría, Derecho, Colombia, Constitución of the 91,

## PRESENTACIÓN

En el marco de su propuesta de sociología crítica del Derecho, Boaventura de Sousa Santos introduce el concepto de Modernidad –de gran relevancia– porque es precisamente, la época en la que estamos actualmente en Colombia. La modernidad occidental es producto de la interacción antagónica de dos fenómenos. El primero lo define Boaventura como: “la regulación moderna; es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantizan la estabilidad de las expectativas” (2009, p. 32), dicha estabilidad por la que propugnan las instituciones del Estado estableciendo que, “a través de la coerción y la legitimidad se estabilicen las expectativas al erigir el horizonte de las posibles (y, por ende, el de las únicas expectativas legítimas)” (Ibíd, p, 33).

En contraste con la emancipación que se constituye a partir de la agrupación de aspiraciones opositivas dirigidas a aumentar la discrepancia entre expectativas y experiencias, es decir, que mediante la confrontación y deslegitimación de las normas que garantizan los umbrales o el horizonte de acción de las expectativas, para así superarlo desde la naturaleza deontológica de las mismas como en el ejemplo que nos da Boaventura del orden y del buen orden, ya que para realizar cambios sociales deben haber cuestionamientos al presente social nacidos de las expectativas en el parangón de la emancipación.

El conflicto interno armado que nos atañe en esta discusión es el de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) con el Estado colombiano, por eso para mayor comprensión metodológica, lo contextualizaremos a partir del surgimiento de esta organización. La cual nace –específicamente– de la fuerza que emana de una población que no ve reflejadas sus expectativas en la regulación del Estado y opta por autodenominarse república independiente, constituyendo de manera autónoma y mediante la exclusión políticas hacia estas comunidades para logran transformar su emancipación con su nueva y propia regulación –por lo que en respuesta– el Estado en su función de defensor de la regulación vigente detonó uno de los episodios más nefastos del historial del uso de la

fuerza estatal Colombiana, y bombardeó así la población de Marquetalia bajo las órdenes del presidente Guillermo León Valencia.

La Marquetalia de esa época, estaba habitada por más de 50 familias campesinas entre las cuales figuraban niños y mujeres, quienes fueron masacrados por la embestida militar, por lo que los sobrevivientes junto a las otras autoproclamadas repúblicas independientes como Riochiquito y Sumapaz conformaron grupos armados móviles dejando los asentamientos que habitaban, para integrar lo que los países del primer mundo denominan *guerrillas*; que luego de más de 50 años de existencia aún se afirman como un grupo al margen de la ley que en su base y justificación ideológica carga una transición emancipadora que supera la regulación de las expectativas legítimas, por lo que, en el desarrollo de los Acuerdos de la Habana, es lógico que dichas expectativas se constituyan en el fondo dialéctico sobre el cual se busca encontrar un balance entre el orden del Estado y el orden anhelado de sus asociados.

Por otra parte, está la objetividad procedimental de dichos Acuerdos, los cuales están expuestos a todo tipo de críticas, algunas razonables y otras en su mayoría totalmente delirantes, fruto de la manipulación mediática e ideológica de un sector que bajo un egoísmo social empotrado por su actividad económica, la cual trabaja desde los recursos que ofrece abundantemente la regulación institucional, para deconstruir el quehacer real de dichos Acuerdos. Ya que en su concepción de una Colombia políticamente democrática pero socialmente fascista, ha establecido normas que soportan una regulación conveniente a muchos de sus objetivos, por lo que desde este punto del escrito establecemos a manera declaratoria que dicha institucionalidad está viciada desde las conveniencias de los actores reales del poder, que hacen parte de la guerra ritual que se ejerce sobre el campo de batalla que es nuestro sistema jurídico.

En la Constitución Política de Colombia de 1991, resultado de la conjunción y enfrentamiento de múltiples sectores y actores de la sociedad moderna colombiana, se cuestionó la regulación para acercar el horizonte de las expectativas “legítimas” a las reales, dando paso a una nueva realidad política, por lo que en la Carta política del 91 encontramos una contradicción fehaciente a la hora de establecer el Estado como organismo y su regulación con la nomoárquica y toda la parte Dogmática que sustenta el Estado Garantista que conforma la república de Colombia. Siendo esta carta política una constitución rígida ya que establece en ella misma los mecanismos y las regulaciones para ser reformada, limitando así el ejercicio de su reforma y evitando cualquier subrogación, por lo que así reza:

Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 375 “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara”.

*En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.”*

En la parte resaltada es donde debemos prestar especial atención, ya que desde el comunicado 69 del 12 de mayo de 2016, se exige por parte de la mesa de dialogo la inclusión de un artículo transitorio que elevará el acuerdo al nivel constitucional, por medio de la figura del bloque constitucionalidad, reformando el cuerpo normativo de la carta política. Sin embargo en la parte resaltada tomada letra por letra del texto constitucional se divide el trámite reformativo de acto legislativo en dos fases de 4 debates cada una, para un total de 8 debates, de los cuales ya se han surtido 6 así que se infiere que ya se está en la segunda fase del procedimiento, por lo que si tomamos la línea final del artículo 375 que no es enunciativa sino categórica, ya caduco la oportunidad para agregar cualquier inciso o artículo, porque lo que se adicione ahora no habría sido de conocimiento en la primera fase aprobatoria por parte del órgano colegiado, dejando desde la formalidad sin asidero jurídico dicha inclusión del artículo transitorio, sin embargo ya es motivo de estudio en el congreso, muy a pesar de lo que estamos enumerando y explicando.

Por lo que el estado al ser promotor de dicho artículo, se está configurando como desconocedor de la institucionalidad, y esta actuación nos hace reflexionar acerca de nuevos interrogantes como; ¿si el estado al establecer unas nuevas expectativas propias, podrá inducir un degradé en la regulación actual para alcanzar un mejor orden?, si es así, entonces una mera formalidad ¿debe paralizar lo que realmente necesita el país? Toda esta discusión debe ser observada desde el enfoque de la razón práctica para replantear lo imaginarios atávicos que una institucionalidad viciada se ha encargado de construir para junto con unos medios de comunicación que actúan como mercenarios de la información o de la ausencia de esta, sesgar una opinión pública sobre la cual sustentan el gatopardismo que solo nos condenaría a continuar en la vorágine de injusticia y seguir ampliando la brecha en el índice de Gini que de por sí ya es atroz, en un país donde hay tierra y recursos

para todos, pero en manos de unos pocos que no escatiman recursos en mantener su hegemonía. Son terratenientes, señores feudales que simplemente desean mantener el statu quo que tanta sangre ajena les ha costado construir y del cual son la cumbre de la pirámide, ya que se han venido configurando de manera subterfugio en lo que Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu denomina; “*el espíritu de la ley*”, ósea aquello que designa la voluntad del legislador.

Desde este panorama el actuar de un Estado que es un Galimatías de retórica y propaganda mediática, que históricamente solo ha querido sacar un provecho patrimonial para sus participantes directos y fieles lugartenientes, es refrescante y sumamente esperanzador. Ya que un conflicto que nació hace más 50 años bajo la de emancipación de un sector de la sociedad civil, el cual estableció sus expectativas en un punto irreconciliable con respecto a el umbral de la regulación de ese momento vino a convertirse en el detonante de una verdadera transición, donde dicha emancipación tomará de manera reconocible al menos en parte, la forma de una nueva y mejor regulación acercándonos así a aquel ideal que el paradigma de la modernidad estableció a manera de utopía, una que desde la Frónesis es necesaria sin duda, como dijo Eduardo Galeano; “la utopía está en el horizonte, camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? para eso, sirve para seguir caminando”.

## **Referencias Bibliográficas**

- Di Lampedusa, Giuseppe T. (1958) *El Gattopardo*. Traducción de Fernando Gutiérrez. Argos Vergara S.A. Barcelona.
- Gallego, Carlos Medina, and Francisco Toloza (2009) *FARC-EP: Temas y Problemas Nacionales 1958-2008*. Bogotá, Venezuela: Universidad Nacional De Colombia, Facultad De Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación de Seguridad y Defensa Actores Armados. Print.
- Santos, Boaventura De Sousa (2009) *Sociología Jurídica Crítica Para Un Nuevo Sentido Común En El Derecho*. Trotta. Madrid.
- Villa, Hernando Valencia (1989) *Cartas De Batalla: Una Crítica Del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional De Colombia.
- Varios Autores (2015) *El amparo de tierras. La acción, el proceso y el juez de restitución*. Universidad del Rosario. Bogotá.
- Galeano, Eduardo, and Eileen Zeitz. "Eduardo Galeano: El Oficio De La Revelación Desafiante." *Chasqui* 9.1 (1979): 88. Print.

Luís David Sánchez Mangones  
Jorge Luís Suarez Hernández  
7201004  
Sociología Jurídica  
Universidad de Córdoba  
Junio 14 – 2016

**Sánchez-Mangones, L., Suarez H. Jorge (2016) Tensión entre REGULACIÓN – EMANCIPACIÓN: Un análisis Sociojurídico a los Acuerdos de Paz de la Habana y su blindaje legal desde la perspectiva de Boaventura Santos. Derecho y Sociedad. 1(1), 72-87. Universidad de Córdoba. Montería.**

#### RESUMEN

La finalidad de este escrito es realizar un análisis sociojurídico a los Diálogos de paz realizados en la Habana-Cuba desde la perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, para lo cual se toma como referente los comunicados y borradores oficiales de los Acuerdos de la mesa de diálogos, y a partir de éstos determinar si la naturaleza de dichos Diálogos se ubica temporalmente en la modernidad o posmodernidad jurídica.

#### **Palabras Claves.**

Regulación, Emancipación, Sociojurídico, Modernidad, Posmodernidad, Diálogos de paz, Derecho.

#### SUMMARY

The purpose of this article is to accomplish an analysis sociojurídico to the Dialogues of peace accomplished in the Habana Cuba from Boaventura's perspective of Sousa Santos, the one that you take like referent communications and official erasers of the Agreements of the table of dialogues, and as from these determining if the nature of the aforementioned Dialogues is located temporarily in modernity or juridical postmodernism.

Key words.

Regulation, Emancipación, Sociojurídico, Modernidad, Posmodernidad, Diálogos of peace, Derecho.

## DESARROLLO

Los conceptos de regulación y emancipación empleados por Boaventura en su obra *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho* (2009), constituyen los conceptos que impulsan un nuevo sentido común del Derecho, precisamente, porque a partir de este, la modernidad –según su criterio ya superada– hace emerger la necesidad de una posmodernidad de oposición.

Boaventura señala que en las sociedades de la edad media, llena de problemas y conflictos de múltiples factores, se inicia el proyecto conocido como Modernidad, “prometiéndolo y abanderando el camino directo hacia la igualdad, la paz, fraternidad, libertad, etc. Tales promesas fueron abarcadas como ideales con potencial emancipatorio, que regulados hacia la sociedad a través del derecho, ampliarían la discrepancia entre la experiencia y las expectativas sociales” (2009, p. 37).

“La regulación moderna es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantiza la estabilidad de las expectativas”, mostrando que esto “lo hace al establecer una relación políticamente tolerable entre las experiencias presentes, por una parte, y las expectativas sobre el futuro, por la otra.” (Ibíd, p. 37). Así mismo, expresa que “la emancipación moderna es el conjunto de aspiraciones y prácticas opositivas, dirigidas a aumentar la discrepancia entre experiencias y expectativas, poniendo en duda el statu quo, esto es, las instituciones que constituyen el nexo político existente entre experiencias y expectativas” (Id, p. 37). Puntualizando que esto “lo hace al confrontar y deslegitimar las normas, instituciones y prácticas que garantizan la estabilidad de las expectativas –esto es, confrontando la regulación moderna–” (Id, p. 37).

De tal manera, que la tensión entre regulación y emancipación sería el factor determinante para alcanzar los fines que abanderó el proyecto de la modernidad. Sin embargo, la tensión entre estos pilares –regulación vs emancipación–, los llevó a una crisis que facilitó el colapso de uno sobre el otro. Resultado obtenido por los modos de operación que tuvo el proyecto de la modernidad, en consecuencia, sin la tensión de estos pilares que fundamentarían y garantizarían el triunfo propuesto, las promesas resultaron falsas o incumplidas, de hecho, se verifican errores como el haber dado una prioridad a las ciencias y la tecnología como fuente vital (y casi que única) para brindar las soluciones y hacer realidad de tales promesas, evidenciando luego que el uso desmedido tecnológico y la cientificación generalizada (incluye al derecho), de muchas maneras indujo a que las

promesas que se plantearon se vieran imposibles de cumplir, inclusive, aunque algunas problemáticas fueran superadas de cierto modo, volvían a surgir desde una nueva fuente (producto del modo de operación usado para solucionar las problemáticas anteriormente superadas).

Por ejemplo, los problemas de salud en una población por falta de avances médicos e infraestructura: según el planteamiento de la modernidad, se propone la solución con la construcción de centros médicos y el acercamiento de la tecnología de la salud a las comunidades; más sin embargo, ante la carrera por acelerar los trabajos científicos y de la ciencia (en parte buscando soluciones médicas), se condena al medio ambiente hasta el punto que afecta gravemente la salud no sólo de aquellas comunidades que carecían de infraestructura y avances de medicina, sino también de otras que no estaban en el foco inicial, extendiendo el problema que se buscaba resolver (solucionadas la necesidad de avances médicos e infraestructura; pero como consecuencia se afecta la salud de más comunidades a causa de la degradación ambiental), esto, por emplear los medios para la “solución” de forma desmedida.

“Estas contradicciones se explican por la ruptura del equilibrio dinámico entre los dos pilares fundamentales de la modernidad –regulación - emancipación–, del que ha resultado la potestad dominante del principio regulativo, autoerigido hegemónico” (Ibíd, 2009, p. 30-31). En donde, uno de los componentes de la regulación se apoderó del pilar completamente (mercado) y absorbió la característica cognitivo-experimental de la emancipación para sus fines, en definitiva, no existió en la modernidad un desenvolvimiento pleno de ninguno de los dos pilares, más bien sólo existió el dominio de un elemento regulativo.

Bajo estas circunstancias nace la posmodernidad de oposición, busca abordar el Derecho ya no sólo como el factor puro, que funcionaba con indiferencia a la sociedad, sino todo lo contrario, planteando el vínculo directo y la relación inseparable que ha tenido, tiene y tendrá el derecho como elemento impuro, rosado de lo social y permeado por intereses colectivos. Es de este modo que se genera un nuevo sentido común para el derecho, un nuevo sentido capaz de devolverle su potencial emancipatorio a plenitud y revitalizar una completa tensión entre los pilares señalados en la modernidad.

#### ACUERDOS DE PAZ EN LA MESA DE CONVERSACIONES EN LA HABANA-CUBA.

Una vez sintetizado el planteamiento de Boaventura Santos en relación a los pilares de –regulación vs emancipación–, en donde el derecho adquiriría su potencial de

emancipación y de rol social con incidencia transformadora, procederemos a contextualizar este planteamiento a la luz del “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Escenario que les permite a los delegados del Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP); reunirse con la decisión mutua de poner fin al conflicto como condición esencial para la construcción de la paz estable y duradera; y atendiendo el clamor de la población por la paz, y reconociendo la necesidad de establecer la Paz en Colombia, acordaron:

- Iniciar conversaciones directas e ininterrumpidas sobre los puntos de la Agenda aquí establecida, con el fin de alcanzar un Acuerdo Final para la terminación del conflicto que contribuya a la construcción de la paz estable y duradera.
- Establecer una Mesa de Conversaciones que se instalará públicamente en Oslo, Noruega, dentro de los primeros 15 días del mes de octubre de 2012, Y cuya sede principal será La Habana, Cuba. La Mesa podrá hacer reuniones en otros países.
- 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. En todo caso, la duración estará sujeta a evaluaciones periódicas de los avances.
- 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.

La siguiente Agenda:

1. Política de desarrollo agrario integral
2. Participación política
3. Fin del conflicto
4. Solución al problema de las drogas ilícitas
5. Víctimas

## LAS GUERRAS Y CONFLICTOS ARMADOS DESDE EL ENFOQUE DE LA MODERNIDAD

Vistas desde el enfoque de la modernidad, las guerras y conflictos internos armados deben ser enfrentados con los instrumentos centrales para la defensa del modelo económico existente, empleando tecnología y armas como la alternativa más viable para restringir de manera definitiva los ideales y propósitos de oposición. Esto se presenta por el carácter cognitivo-instrumental que se adquiere de la emancipación y el principio de Mercado que

se superpone de la regulación, absorbiendo la emancipación pura y plena que pueda aplicarse sobre sí.

Visto de este modo, poner fin a guerras o conflictos internos cuyo objetivo sea cambiar o ajustar un modelo económico de manera consensuada, a través de mecanismos en los que se deba sacrificar ciertos espacios de ambos esquemas e ideologías para juntarlas y regularlas en la práctica social, resultaría algo inconcebible para la modernidad, teniendo en cuenta su despliegue a lo largo de la historia. Por razones como estas, se deben realizar ciertos cambios en cuanto a la idea de la política, es lo que plantea Boaventura. Para este autor, la tesis de la modernidad falló en dar solución a los problemas y al pretender sostener esos pilares en tensión con un modelo político equívoco y autodefensivo no dispuesto al cambio y a la transformación.

Un ejemplo, serían situaciones como el conflicto armado interno profundamente arraigado entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC EP, las cuales siendo foco de atención han sido combatidas con acciones para contrarrestarlas, centradas y cerradas en la única alternativa del enfrentamiento armado, sin disposición a ceder espacios políticos y económicos ante los ideales que plantea la oposición.

Ha sido así como en el transcurso de este conflicto la problemática inicial ha ido acrecentándose, cobrando miles de vidas humanas de compatriotas tanto guerrilleros como policías y militares, ni qué hablar de los civiles y líderes comunitarios que han caído en medio del combate, los desplazados y los privados de la libertad, quienes han sido mutilados y las familias que han sido destrozadas a causa de esta guerra, comunidades enteras han sido transformadas y se les ha desaparecido la tradición y culturas autóctonas, la propiedad privada del más débil (campesino) ha sido despojada (viendo entonces que la propiedad privada no es propensa de ser amenazada por los diálogos de Paz, sino que ha sido desaparecida para muchas familias de campesinos colombianos, quienes carentes de poder político o económico no han podido defenderse, a diferencia de la clase dominante cuando sienten riesgo de disminuir sus altas ganancias y posesiones).

El agro colombiano en abandono, la violencia de otros grupos al margen de la Ley se impone en muchos territorios ante la ocupación de gran fracción de las autoridades para la defensa del Estado frente a un solo conflicto, estas situaciones surten efectos que se han extendido, llevándose consigo muchos baluartes nacionales tanto materiales como inmateriales. También afecta una inversión nacional desmesurada hacia un conflicto en comparación con la poca fracción destinada a la educación, la pérdida de la esperanza en

gran parte de la población y muchas más secuelas producidas por la vía moderna para enfrentar esta problemática.

Tantos años de combate sólo se han convertido en más problemas, por lo tanto, desde el comienzo de este conflicto interno, es posible afirmar que las promesas de la Paz, la Libertad, la Solidaridad Social y la Fraternidad, han sido falsas conforme a la idea de la modernidad y a los modos de poner fin a tal problemática.

En relación a lo plateado, Boaventura Santos sostiene que “el éxito de la emancipación estaría, por tanto, en una nueva relación política –transitoria–, entre la experiencia y la expectativa, el consenso y la resignación y la esperanza y la desesperanza. Sin embargo, sus contradicciones provocaron el fracaso del ideal moderno y el incumplimiento de sus grandes promesas: la igualdad, la libertad, la paz y el dominio de la naturaleza”. (Santos, 2009, p. 36-42).

#### ALTERNATIVA POSMODERNA: Diálogos de Paz

Sobre la base de las consideraciones anteriores, puede afirmarse que alternativas como los diálogos de paz, reflejan una idea de emancipación apropiada para ejemplificar lo propuesto por Boaventura, haciendo fuerza a su tesis de la posmodernidad de oposición, que junto a las experiencias sociales (regulación) lideradas en honor a esta nueva propuesta, se deslindaría del limitante impuesto por el principio de Mercado que absorbía únicamente el carácter cognitivo-instrumental de la emancipación.

En este caso, se busca ampliarlos en su expresión natural y perfecta, de manera que al principio de Mercado de la regulación se le sumarían: la comunidad y el estado (quienes en la práctica del proyecto de la Modernidad habían sido aplastados), por otro lado la emancipación, a la vez de recuperar su autonomía, también puede disolver sus tres dimensiones plenamente en la experiencia, ya no sólo lo cognitivo-instrumental a favor del mercado sino que en su plenitud: La racionalidad moral-práctica del derecho, la racionalidad cognitivo experimental de la ciencia y la técnica, y la racionalidad estético expresiva de las artes y la literatura. Adaptadas a ver en las promesas que tuvo la modernidad, soluciones y no problemas, que con un nuevo modo de operación darán paso al cumplimiento de las promesas que incumplió la modernidad. Es en este ámbito donde difiere el posmodernismo de oposición que plantea Boaventura, con el Posmodernismo celebratorio<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> De esta manera llama Boaventura al posmodernismo que plantea que los problemas modernos tienen soluciones modernas y, por lo tanto, no se justifica hablar de una transición de paradigmas. Hay grandes

Concluyendo la idea del ejemplo anterior, en que tantos años de intentos modernos para finalizar el conflicto contra las FARC-EP han sido en vano, en palabras de Boaventura “parece, pues, que afrontamos problemas modernos para los que no hay soluciones modernas”. (2003a, p. 30). Para un posmodernismo celebratorio esto significaría que probablemente no haya siquiera problemas modernos o unas tales promesas de la modernidad, y lo que existe, entonces, deba ser aceptado y elogiado (De tal forma que el posmodernismo celebratorio puede ser considerado simplemente una nueva versión del modernismo). “Esta es una postura que no reconoce la transición de paradigmas, ni como hecho ni como posibilidad”. (Santos, 2009, p. 42-43) Para la consideración inquietante o de oposición, es posible y necesario pensar la regulación y la emancipación social más allá de los límites impuestos por el paradigma moderno, asumiendo “que existe una disyunción entre los problemas de la modernidad y las posibles soluciones de la posmodernidad, la cual debe ser convertida en punto de partida para afrontar los desafíos derivados del intento de construir una teoría crítica.” (Santos, 2006, p. 25).

Comprendiendo la nueva propuesta de posmodernidad de Boaventura, la superposición del principio de mercado en cuanto a la regulación será superada, porque será de igual influencia el principio de comunidad y las ideas que este incluye, como participación, solidaridad, autogobierno, obteniendo sus aportes para temas importantes como son la convivencia, la salud, el sector privado sin ánimo de lucro y la Paz. Al remplazar la subjetividad social en detrimento de la ciudadanía, con las dimensiones completas de una emancipación posmoderna se podrán combatir temas de inconveniencia colectiva como el privatismo, de-socialización y el individualismo impostor; que acoplados a la vertiente productivista, sólo han servido para volcar a las comunidades hacia una idea consumista, expresando un idealismo fundado en objetos o imágenes virtuales que se enfatizan en persuadir para orientar más por el tener, que por el “ser” como característica de la personalidad: lo que se conoce como subjetivismo objetístico.

Por todo esto, se infiere que temas como la finalización de conflictos por vías de diálogos, con defensa estatal política que reconoce la importancia y el valor social que tienen nuevas alternativas que van más allá de instrumentalización para defensa del orden

---

variaciones dentro de la posición modernista. Por una parte, están quienes piensan que la modernidad occidental incluye muchos tipos de modernidades, y que el problema reside en la versión de la modernidad que terminó dominando; así, las nuevas soluciones modernas para los nuevos problemas modernos deben buscarse en las otras versiones de la modernidad.

existente (sin posibilidad de cambio), se enmarca en el tiempo de posmodernidad oposicional planteada por Boaventura.

COMUNICADO CONJUNTO # 69. La Habana, Cuba. 12 de mayo de 2016: Desde La Posmodernidad.

De acuerdo con los razonamientos que se han realizado, el comunicado conjunto # 69 emitido por las delegaciones del Gobierno de Colombia y de las FARC-EP, resultó ser un tema de gran impacto en la comunidad nacional, generando grandes debates y posiciones con respecto a él. El blindaje o soporte legal que se planteó en el comunicado con relación a los acuerdos que se concluyan en la Habana, consecutivamente sean aprobados por el pueblo colombiano y cumplidas las labores legislativas prometidas, consiste en otorgar un nivel Constitucional a lo que se establezca en dicho proceso.

Para comprender –desde los planteamientos de Boaventura– este tipo de situaciones, es necesario precisar la posmodernidad que como pilar de regulación podría confluir con movimientos emancipatorios poderosos como los ecológicos, feministas, pacifistas, antirracistas, consumidores, autoayuda o estudiantiles, como nuevos protagonistas en un renovado campo de innovación y transformación social, como críticos de la regulación social capitalista y de la emancipación social socialista (de forma objetiva y utilitarista: dejando de lado la barrera mental que genera una imposibilidad para admitir y reconocer el valor o reconocimiento legal justo para los ideales de oposición).

Obteniendo como resultado mecanismos de defensa que intermedien y protejan el interés común contra las formas de opresión que surjan más allá de las relaciones de producción (mercado), como son la guerra, los conflictos, la polución, el machismo, el racismo, el productivismo, el consumismo; esto, gestionando un nuevo paradigma social en el que pierda la primordial importancia la riqueza y el bienestar material, dando más orientación al cambio cultural y la calidad de vida, donde la emancipación tiene como objetivo transformar lo cotidiano aquí y ahora y no a diez o más años como lo propone la racionalidad de la planeación estratégica moderna, la emancipación comienza hoy o no comienza nunca, tal como lo plantea Boaventura.

En consecuencia con lo anterior, es posible determinar que la alternativa de posmodernidad de oposición, cobija rutas conceptuales en su teoría para sucesos como el de la Constitucionalidad y el blindaje legal para los acuerdos de Paz, de hecho, de eso se trata su planteamiento, adentrándose en un debate acerca de subjetividad y ciudadanía, visto desde el marco de la sociedad civil más que en el marco del estado fríamente comedido

para un calculado trato entre los sindicatos y partidos tradicionales (con ideales e intereses modernos).

En este punto los Nuevos movimientos sociales lucharían no por una emancipación política o económica (exclusivamente), sino también personal, social y cultural, con grupos sociales como protagonistas y con intereses comunes en potencia.

De tal manera, que las formas de opresión y de exclusión contra las cuales luchan no pueden ser abolidas de forma violenta (con los modos modernos ya mencionados), o con la mera concesión de derechos abstractos y universales típicos de la ciudadanía individualista, tal como el caso de quienes se oponen a la Paz: Quienes se niegan a reconocer en el Derecho el concepto que ha sido demarcado en la Constitución del 91 con relación a las Leyes, donde ley es, no solo al acto formal y material del Congreso, sino que integra un universo jurídico que busca la realización axiológica de la justicia, tal como lo consagra el Preámbulo; En esta secuencia de ideas, ley es también la Constitución Política [art. 4], los tratados o convenios internacionales sobre Derechos Humanos [Art. 93]. Y los principios inherentes a la persona [art 94]. Sólo reconociendo y practicando estos fundamentos sería posible una tensión entre regulación y emancipación posmoderna sobre el modelo jurídico para el posconflicto, de lo contrario se daría continuidad al mismo paradigma moderno que cierra las alternativas cuando no son directamente benéficas al carácter cognitivo-instrumental del mercado.

Es en Fe de esto que algunos de los nuevos movimientos y luchas sociales exigen transformaciones concretas, inmediatas y locales como el cierre de empresas que violenten al medio ambiente y no utilicen la reparación de los daños causados en su momento y adecuadamente –como por ejemplo; vías terrestres sobre ciénagas o humedales, edificaciones sobre reservas ambientales, las hidroeléctricas, etc. –. Al igual que la prohibición de la publicidad violenta en televisión, la corrupción, los malos procesos democráticos, etc.

A pesar de que sigan presentes los principios de Estado y de mercado, el principio de la comunidad planteada por Rousseau, es el que tiene más potencialidades para fundar las nuevas energías emancipatorias, es aquí donde estaría la clave para la defensa de lo público y el reconocimiento legal justo de las luchas sociales para el bien común.

La obligación política horizontal entre ciudadanos, la participación y la solidaridad que vayan más allá del subjetivismo, concretas en la consecución de la voluntad general, son quienes pueden fundar una cultura política, una nueva calidad de vida personal y colectiva, basadas en la autonomía y en el autogobierno, en la descentralización, la

democracia participativa, el cooperativismo y en la producción útil para la sociedad (en sus distintas comunidades). La politización de lo social (y no la imposición social de lo político), lo cultural, lo personal, abre un inmenso campo para el ejercicio de la ciudadanía.

Entonces Acuerdos de Paz como los que se realizan en la Habana Cuba y el blindaje propuesto en el comunicado # 69, ya no resultarían extraños e indebidos para la población nacional colombiana, viendo casos de países como España han logrado dar tregua y finalizar conflictos internos como el del conocido grupo Euskadi Ta Askatasuna (ETA) y Nicaragua a través del fin al conflicto contra el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), se podría ver más allá del subjetivismo objetístico que se ha impulsado, ampliando ahora las capacidades emancipatorias hasta el punto de reafirmarla como pilar y tensionarla con la regulación. Boaventura de Sousa Santos aporta a la construcción de las nuevas teorías, teniendo en cuenta lo antes expuesto: Para la teoría democrática sugiere una repolitización global de la práctica social y para el campo político crear nuevas oportunidades para ejercer nuevas formas de democracia y ciudadanía. Distingue cuatro espacios políticos estructurales:

1. El espacio de la ciudadanía
2. El doméstico
3. El de la producción
4. El mundial

En la nueva teoría de la emancipación, combatir los excesos de regulación de la modernidad, por medio de una nueva ecuación entre subjetividad, ciudadanía y emancipación, forjan un nuevo sentido común político y del Derecho, que permita revalorizar positivamente el principio de la comunidad con las ideas de igualdad, paz, autonomía y solidaridad.

Por consiguiente, a tales planteamientos sería válido afirmar que el blindaje propuesto por la mesa de conversaciones del Proceso de Paz en la Habana-Cuba, la ruta legal (marco normativo) y el carácter constitucional otorgado a los acuerdos que se generen en tal proceso, son exactamente lo que se propone en la teoría de Boaventura, borrar los límites impuestos y permitirse imaginar otras posibilidades más allá de lo que existe, imaginar otras teorías posibles donde se prevea y sea posible comprender la diferencia del futuro.

Entonces la misión de la teoría crítica postmoderna (oposicional) consiste precisamente en eso, el Derecho para el bien común y la justicia social, empleando como método estudiar todo lo que existió tanto negativa como positivamente en la experiencia

histórica de lo contemporáneo, identificando lo que permitirá precisar una mejor toma de decisiones orientada más por el bienestar general y menos por los intereses económicos subjetivistas de las dirigencias. Intento que en el caso de Colombia aparentemente había sido omitido, referentes históricos como el fin del conflicto con el M19 han sido ahogados y no han retroalimentado el deseo de finalizar conflictos por las vías del diálogo, en consonancia ha sido necesario un debate político por la Presidencia de la república lo que ha traído a una reflexión teórica-doctrinal desde el Derecho hacia este proceso.

Finalizamos afirmando que no es posible hablar de posmodernidad, ni de cambios sociales o mejoras continuas, cuando se prohíbe la práctica libre y con principios humanos de la innovación, la transformación, el avance ideológico del Derecho, sino que se superpone la ciencia adoptada a favor de la perduración de los modelos impuestos (existentes). Olvidando la emancipación del todo, absorbiéndola, sólo se adentra a las comunidades en crisis de poca Fe y la incredulidad hacia las propuestas, transitando ya no en una crisis entre una tensión para la Regulación emitida por la Emancipación, sino que la regulación a nivel interno sufriría rupturas, por contradicciones internas y la inseguridad ideológica que emana del promover una libertad ideológica y a la vez poner barreras y límites para la misma.

### **Referencias Bibliograficas**

Santos, Boaventura De Sousa. (2009) *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. ILSA. Colección En clave de Sur. Bogotá.

------. (1998) *¿Por qué es tan difícil construir una teoría crítica?*  
Zona abierta. (82/83). p. 219-229. Madrid.

------. (1998) *Subjetividad, Ciudadanía y Emancipación sobre el capítulo noveno del libro De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes. p. 456. Bogotá.

------. (1998) *Subjetividad, Ciudadanía y Emancipación*.  
Revista Cátedra Paralela Año 1, N° 1. Universidad del Rosario. Escuela de Trabajo Social. Bogotá.

Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2012-2016) Disponible en:  
<https://www.mesadeconversaciones.com.co/>

## AVANCE DE INVESTIGACIÓN

Javier Isaac Ruiz Mestra  
Alba Lorena Torres Polo  
7201004  
Sección 1  
Avance de investigación versión final  
Universidad de Córdoba  
Junio 17 – 2016

**AVANCE DE INVESTIGACIÓN Ruiz Mestra J.; Torres Polo L. (2016) Efectos de la Sentencia T-194 de 1999 en la población que habita la cuenca Media y Baja del Rio Sinú. *Derecho y Sociedad*, 1(1), 47-60. Universidad de Córdoba. Montería.**

### RESUMEN

Este artículo –producto de un trabajo investigativo a nivel formativo–, realiza un análisis sociojurídico a la Sentencia T-194/99 con el fin de exponer sus efectos directos e indirectos. En el primer apartado se reflexiona sobre los antecedentes de este pronunciamiento judicial. En el segundo, se establece el procedimiento metodológico utilizado en el citado análisis sociojurídico. En el tercer apartado, se muestra los resultados obtenidos. El cuarto, presenta el punto de vista de ASPROCIG, que es la organización más relevante en este asunto, por ser la que logró incoar el proceso de solicitud de amparo de sus asociados contra las actuaciones de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. El artículo concluye que la Universidad de Córdoba, inicie a través de su Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas estudios de fondo, que coadyuven a la solución de tales problemáticas. La tesis a demostrar es que el pronunciamiento de la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-194/99 es ejemplar, pero no acatado.

**Palabras Claves:** Humedales. Comunidad. INCODER. CVS. Debido proceso. Derechos fundamentales.

### Abstract

This article –product investigative work to formativo– level, takes a socio-legal analysis to Judgment T-194/99 in order to expose their direct and indirect effects. In the first section, we examine the history of this judicial pronouncement. In the second, the methodological procedure used in that socio-legal analysis is established. In the third section, the results shown. The fourth presents the point of view of ASPROCIG, which is the most important organization in this case, by which managed to initiate the application process for defense of its members against the actions of the Electricity Corporation of the Atlantic Coast and the Company multipurpose Urrá SA The article concludes that the University of Cordoba, start through its Faculty of Economics, Legal and Administrative studies, to contribute to the solution of such problems. The thesis is to demonstrate that the decision of the Constitutional Court through Judgment T-194/99 is exemplary, but not abided.

**Keywords:** Wetlands. Community. INCODER. CVS. Correctly process. Fundamental Rights.

## PRESENTACIÓN

En cumplimiento del objetivo fundamental del programa de Derecho de la Universidad de Córdoba, consistente en formar profesionales íntegros, con aptitudes interdisciplinarias que los distingan como ciudadanos éticos, con sólidos preceptos morales y competentes para desarrollar idóneamente el ejercicio del derecho, con conocimientos sociojurídicos, que les permita ocupar un lugar destacado en la comunidad por sus aportes en el Derecho Ambiental, y Derechos Humanos, el curso de Sociología Jurídica, –valiéndose de objetivos no declarados del derecho– inicia la tarea de realizar indagaciones en torno al déficit de la eficacia jurídica generada a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-194/99.

La intención es identificar y analizar los efectos directos e indirectos –esto es *res indicata inter partes*– producidos a partir del fallo proferido en la Sentencia T-194/99.

Para hacer el análisis de cómo el citado fallo ha generado efectos en la sociedad, se procedió a entrevistar a representantes de las partes involucradas en el proceso, además, se aplicó encuestas a una muestra de los habitantes de Lorica y de los alrededores de la Ciénega Grande de Lorica.

Los efectos directos, se relacionan con las conductas ordenadas por el fallo, es decir, con los derechos creados a favor de las comunidades del bajo Sinú por la Corte Constitucional a partir de la adopción de medidas de armonización orientadas a “tutelar los derechos de los afiliados a la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénega Grande de Lorica –ASPROCIG-, a la participación y a un medio ambiente sano” (Expediente T-175.217).

## ANTECEDENTES

En sus consideraciones, la Corte Constitucional sostiene que “hasta finales del siglo XVII, salvo por las obras de la ingeniería Zenú, el valle del Sinú conservó la flora y la fauna propias de los pantanos y delta costeros prácticamente inalterados” (Expediente T-175.217), “el pueblo Zenú entendía que los pantanos y las ciénagas tienen una estrecha relación con la dinámica fluvial e inundaciones periódicas, así que llevaron a cabo la construcción de obras hidráulicas que actuaban como verdaderos sistemas de amortiguación y almacenamiento de los excedentes caudales y lluvias locales (ASPROCIG, p. 24).

Expresa la corte [...] “Pero durante los tres siglos siguientes, se tumbó el bosque bajo y se reemplazó con pasto para la ganadería extensiva, se desecaron progresivamente los pantanos, pozos, ciénagas y caños, se multiplicaron los asentamientos humanos a la ribera del río, las quebradas y los caños, se introdujo la agricultura intensiva y, finalmente, los cultivos tecnificados con el uso de maquinaria, pesticidas y abonos industriales, así como algunas facilidades turísticas, de manera tal que, salvo por algunos manglares costeros, se puede afirmar que el valle quedó completamente deforestado y prácticamente desecado en la década de los sesenta y posteriores del siglo pasado y presente” (Expediente T-175.217)

Andrés Abelino Núñez Morales en representación de ASPROCIG, instauró acción de tutela el día 03 de julio de 1998 ante la Sala Penal del Distrito Superior de Montería, contra la empresa multipropósito URRRA y solicitó se le ampararan los derechos a la vida, la salud, el trabajo y un medio ambiente sano.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en fallo de primera instancia decidió negar la solicitud de tutela por improcedente el amparo de los derechos reclamados, manifestando que “los miembros de APROSIC cuentan con otros mecanismos judiciales para reclamar la indemnización de los perjuicios que afirman haber sufrido” (Expediente T-175.217). Decisión que fue impugnada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la decisión impugnada el día 08 de septiembre de 1998 y argumentó que los miembros de la citada asociación tienen constitucional y legalmente vías expeditas como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La Corte Constitucional revisa la presente acción y los fallos proferidos en trámite de las distintas instancias.

El problema examinado por la corte constitucional consistió en: “lo que resulta más preocupante para esta Corporación, es que el cambio de la Constitución Nacional por la Carta Política de 1991 no se reflejó en la actividad que cumplen las autoridades de los catorce municipios de la hoya hidrográfica y las del Departamento de Córdoba, para quienes parece no existir el deber social del Estado (C.P. art. 2), consagrado como principio fundamental y obligación de éste y de los particulares en el artículo 8 Superior, de proteger las riquezas naturales de la nación” (Expediente T-175.217), y prosigue:

1. Proceso de degradación medioambiental que afecta la cuenca del río Sinú
2. Desecación de los cuerpos de agua, contaminación de los sistemas de humedales del Sinú y desempeño de entes públicos
3. Patrón de poblamiento, desarrollo y costos asociados a las inundaciones periódicas de la cuenca hidrográfica del río Sinú

4. Prohibición de adjudicar como baldíos terrenos públicos de las ciénagas de Córdoba y áreas de la hoja del Sinú por parte del INCORA
5. Explotación del recurso íctico, las prácticas dañinas y el control ineficiente de la cuenca del Sinú
6. Impacto en el recurso ictiológico
7. Proceso de consulta y concertación por el impacto medioambiental

Decisión que fue impugnada y en segunda instancia “la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión impugnada (8 de septiembre de 1998), y anotó que los disensos contenidos en la demanda de tutela aquí presentada tienen, constitucional y legalmente, cabida en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, e incluso en la suspensión provisional, de conformidad con los artículos 84, 85 y 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, acciones éstas referidas a la licencia ambiental que el INDERENA otorgó mediante resolución 0243 de abril 13 de 1993 a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica -CORELCA-, para la etapa de construcción del Proyecto Hidroeléctrico Multipropósito de Urrá I” (folio 9 del primer cuaderno)” (Ibíd, p. 4), negando los derechos de los demandantes; la Corte Constitucional revisó en control de constitucionalidad la tutela en comento y en fallo T-194 de 1999 resolvió:

Primero. “REVOCAR parcialmente los fallos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre de 1998 y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 3 de julio de 1998 y, en su lugar, tutelar los derechos de los afiliados a la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lórica –ASPROCIG-, a la participación y a un medio ambiente sano; y confirmar la sentencia de segunda instancia, en cuanto negó el amparo de los derechos a la vida, la salud y el trabajo” (Expediente T-175.217, p. 14)

Segundo. “ORDENAR a los Personeros, Alcaldes y Concejales de Tierralta, Valencia, Montería, Cereté, Lórica, San Bernardo del Viento, Purísima, Chimá, San Pelayo, Ciénaga de Oro, San Carlos, Momil, San Antero y Moñitos, que procedan de inmediato a: 1) suspender toda obra de relleno y desecación de pantanos, lagunas, charcas, ciénagas y humedales en el territorio de esos municipios, salvedad hecha de las que sean indispensables para el saneamiento; 2) adelantar las actuaciones administrativas de su competencia e instaurar las acciones procedentes para recuperar el dominio público sobre las áreas de terreno de los cuerpos de agua que fueron desecados y apropiados por particulares; 3) regular la manera en que se hará exigible en esos municipios cumplir con la función ecológica que le es inherente a la propiedad (C.P. art. 58), establecer y cobrar las obligaciones que de tal función se desprendan para los particulares y entes públicos; y 4)

revisar los planes y programas de desarrollo económico y social, para dar prioridad a las necesidades que se derivan de : a) el tratamiento y vertimiento de las aguas negras, b) la recolección y disposición de basuras, y c) la recuperación de los cuerpos de agua. Se ordenará también a la Gobernación del Departamento de Córdoba que proceda de igual forma, y coordine el cumplimiento de tales tareas por parte de los municipios mencionados, sometiéndose a las políticas del Ministerio del Medio Ambiente sobre la materia. El Gobernador informará sobre la manera en que se acaten estas órdenes al Tribunal Superior de Montería –juez de tutela en primera instancia-, a la Procuraduría y a la Contraloría Departamentales, a fin de que éstas ejerzan los controles debidos” (Ibíd, p. 15)

Tercero. “ORDENAR al Instituto Colombiano para la Reforma Agraria –INCORA-, que suspenda inmediatamente la política irregular de adjudicar como baldíos los terrenos públicos ubicados en las márgenes de las ciénagas de Córdoba, y las áreas que resulten del relleno de los humedales, lagunas, pozos, lagos o caños de la hoya del Sinú” (Ibíd, p. 15)

Cuarto. “ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Río Sinú y del San Jorge –CVS- y al Ministerio del Medio Ambiente que, en el marco de su participación en la prevención y mitigación del impacto de la hidroeléctrica, incluyan los estudios de factibilidad de un subprograma centrado en la formación de los pescadores para que éstos asuman las responsabilidades que les corresponden en la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la conservación ecológica del medio en el que habitan y laboran, y para que puedan mejorar su nivel de vida con actividades de doble propósito como los zocriaderos de iguanas e hicotéas” (Ibíd, p. 15).

Quinto. “ORDENAR al Ministerio del Medio Ambiente, la Gobernación de Córdoba y la CVS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, den cumplimiento al acuerdo por medio del cual esas entidades se comprometieron a ejecutar programas de limpieza de caños, empleando a los pescadores demandantes” (Ibíd, p. 15).

Sexto. “ORDENAR que el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación de Córdoba, la Empresa Multipropósito Urrá S.A., y los entes territoriales que recibirán regalías por la operación de la hidroeléctrica Urrá I, concurren a financiar la asesoría que requieran las comunidades afectadas con la obra en el ejercicio del derecho a la participación efectiva que les otorga la Constitución Política” (Ibíd, p. 16).

Séptimo. “ADVERTIR al Ministerio del Medio Ambiente que, dentro del marco general de lo decidido en la sentencia T-652/98, deberá prestar especial atención al impacto previsible de las aguas del embalse Urrá I sobre las especies reofílicas de la cuenca, y sólo

conceder la licencia para el llenado de la presa y funcionamiento de la hidroeléctrica, cuando se garantice la adopción de las medidas necesarias para que el aprovechamiento del agua en la producción de energía, no signifique la extinción del recurso ictiológico que aparece como gravemente amenazado” (Ibíd, p. 16).

Octavo. “COMUNICAR esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991” (Ibíd, p.16).

## **METODOLOGÍA**

El tema de los efectos de los fallos judiciales ha sido abordado por autores como Cesar Rodríguez, Michael McCann, Gerald Rosenberg, Michael Klarman, Malcolm Feeley, y Edward Rubin entre otros. El hilo de discusión seguido por estos teóricos es determinar los cambios surgidos en el derecho a partir de la intervención de los jueces, para lo cual fijan preguntas que orientan la discusión: “¿cómo evaluar el impacto de una decisión judicial? En términos más amplios, ¿cómo determinar los efectos de la judicialización de problemas sociales? ¿Cómo medir el impacto de la transformación de una controversia política, económica o moral en un litigio?” (Rodríguez, 2011, p. 1679). La respuesta a este tipo de cuestionamientos habitualmente es ordenada en dos grupos: los que asumen el problema de los efectos directos desde una perspectiva neo-rrrealista y los constructivistas.

En efecto, la perspectiva neo-rrrealista aporta los criterios metodológicos idóneos para analizar las derivaciones surtidas por la Sentencia T-194/99 al amparar los derechos a los afiliados de ASPROCIG, por cuanto promueve la idea de que “los tribunales existen no sólo para enjuiciar a los delincuentes sino también para reafirmar derechos”, tal y como se estableció en el caso *Brown vs. Junta Escolar* en 1954 emitido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. En este orden, –el neoconstitucionalismo– es la línea jurídica que garantiza la igual protección de los derechos.

Esta perspectiva teórica es apoyada por Werner Käge citado por Luís Prieto Sanchís al sostener que “la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político” (2003, p.24). Este planteamiento se soporta igualmente en Kelsen al expresar que “desde una perspectiva de la supremacía formal, la Constitución prevalece sobre la ley, esta sobre los reglamentos y así sucesivamente. Pese a este mandato, se pueden derivar dos consecuencias: una, que la Constitución es una *lex legis* —ley de leyes— en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas, y *prima* en caso de conflicto sobre

ellas; y norma normarun —norma fuente de normas—, en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico” (Ibíd, p. 24).

Sin embargo, Oscar Arismendy Martínez sostiene que a pesar de tener “una Constitución ecológica en nuestro país, la realidad parece no estar impactada por este constitucionalismo, lo cual se debe a la existencia de un derecho formalista que se valida apriorísticamente; [...] —precisa el autor— que existe un orden jurídico y un orden social-económico que no se integran al derecho en el momento de resolver un conflicto” (2009, p. 2) y amplía su consideración al citar a Evelio Daza y decir que "en el Estado social, el derecho se legitima por el contenido real, material de sus proposiciones y sus incidencias sociales, no por su validez formal" (Ibíd, p. 2) por lo tanto el profesor Arismendy explica que “el derecho revela su eficacia cuando es capaz de corregir conductas o hechos que ponen en peligro la convivencia social, cuando se supera la antinomia orden sociales vs orden jurídico. La dinámica misma del comercio, de la industria y en general de la actividad económica capitalista, puede convertirse en la causa de males tan graves o peores que los derivados de la violación de derechos subjetivos” (Ibid, p. 2).

Sumado a los alcances constitucionales, el presente trabajo de investigación formativa realizó entrevistas no estructuradas a miembros de la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lorica (ASPROCIG) y a entidades como INCODER y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Río Sinú y del San Jorge (CVS).

## **RESULTADOS**

A continuación se muestran algunos de los resultados obtenidos en las indagaciones realizadas a los actores del problema —a los cuales se les aplicó encuestas tipo descriptiva—, con la intención de identificar y analizar sus percepciones en torno al tema de los efectos generados a partir del fallo de la Corte Constitucional según expediente T-175.217. Así mismo, se acopió fuente documental suministrada por los miembros de ASPROCIG a la cual se le realizó un análisis documental con el propósito de extraer los aspectos más relevantes. También se analizó información obtenida de medios de comunicación local relacionadas con el tema del citado fallo.

### **Primeros Hallazgos**

#### **Apropiación indebida de tierras por desecación de la Ciénaga Grande de Lorica**

Para la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lorica (ASPROCIG), la apropiación indebida de tierras por desecación de la

Ciénaga Grande de Lórica, ha sido un proceso en el que los grandes propietarios de la región –utilizando su poder– se han aprovechado de la desecación de diferentes cuerpos de agua para su beneficio particular. Uno de los miembros de esta organización, entrevistado sostuvo que [...] “Hace muchos años esos humedales extensos estaban llenos de agua, no sabíamos cuál era la Ciénaga o cuál era el Río cuando venía la creciente. Cuando aparece la carretera, se divide la Ciénaga y en la margen izquierda viniendo de Montería quedaba el Río Sinú y a la derecha la Ciénaga, todo este espacio era un complejo cenagoso incluyendo la zona del delta, todo esto se la robaron, nosotros mismos hemos colaborado de alguna forma con eso, nosotros veníamos organizados, [...] pero empiezan los problemas de desalojo porque los señores grandes terratenientes de por acá son los que empiezan desecar para meterle sus productos el arroz, maíz. Luego aparece el gran proyecto de Córdoba y Colombia que desangra a los cordobeses URRA”<sup>34</sup>.

En la actualidad, los derechos de uso y control del territorio que los campesinos y pescadores poseen a través de diferentes formas de tenencia de la tierra: titulación, arriendo y ocupación de hecho o propiedad; compiten con los intereses de los grandes ganaderos de la región, creando con ello, una situación de conflicto que deteriora la condición socioeconómica –en especial– de campesinos y pescadores y el agotamiento de los recursos naturales que el medio les ofrece. El mismo entrevistado señala que [...] “el INCORA les permitió que muchos de ellos legalizaran parte de esas tierras”, esta información –según la fuente– fue corroborada por el INCODER, proceso que de acuerdo a la fuente de ASPROCIG se dio en complicidad con las autoridades del departamento de Córdoba y la Oficina de Instrumentos Públicos de la ciudad de Lórica de la época, inclusive gente que hizo parte de las administraciones, dicen que tienen fincas en la Ciénaga, no lo podemos entender, ¿fincas en la ciénaga?, inclusive la alcaldesa encargada de la administración anterior tiene tierra en la ciénaga”.

Lo que reflejan los resultados de las entrevistas, es que lo ordenado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T\_194/99 muy poco se ha cumplido. Miembros de ASPROCIG señalan que “adquirieron un predio cerca a la Ciénaga para desarrollar un proyecto de piscicultura en el marco de los acuerdos existentes con distintos organismos del Estado, para lo cual hemos hecho los tramites de solicitud de licencias deslinde del predio en acatamiento a toda la parte legal, sin embargo, funcionarios de la Alcaldía de Lórica manifestaron que no se podía deslindar de las escrituras esa parte que a nosotros nos corresponde como vecinos de la Ciénaga, fíjense ustedes!!!, para nosotros sí aplica, pero

---

<sup>34</sup> Estos son aparte de testimonios tomados de entrevistas aplicadas a miembros de ASPROCIG, la cual fue transcrita literalmente de su narración original

para ellos no, por eso la mayoría de los proyectos de ASPROCIG todavía no han sido realizado por esa razón”.

“Ahora nos resulta otro problema con la realización de la nueva carretera que va a pasar por la Ciénaga, nos dicen que no hay que hacer consulta previa porque no hay comunidades negras, no hay indígenas, ni pescadores ni campesinos, la Ciénaga fue declarada distrito de manejo integral por la CVS o sea que parte de esa legislación la cambiaron para que la variante pueda pasar por la ciénaga” (Testimonio I, 04/05/2016).

El no cumplimiento del fallo de la Sentencia T-194/99, se reafirma cuando en su entrevista, él mismo entrevistado señala que son las mismas autoridades quienes desconocen lo proferido por la Corte [...] “Lo paradójico del asunto es que las autoridades siguen “comprando” terrenos en ese sitio que son los que tienen que velar por el cuidado del ambiente, en contra de lo que dice la sentencia restitúyase al dominio público todos los humedales que fueron desecados, y no se ha hecho nada, ha sucedido lo contrario se han ido desecado más humedales, esto está generando una bomba de tiempo porque en cualquier momento las comunidades se van a reventar” (Testimonio II, 04/05/2016)

[...] “La gobernación no ha hecho nada que nosotros conozcamos. La CVS en el Plan de Mitigación de Impactos, construyó 42 proyectos para piscicultura organizados en tres fases, se hizo la primera fase, la segunda y la tercera fase no ha sido posible que se realizase. La primera fase fue para pescadores que fueron impactadas en primera instancia que son la gente que más hacía uso del recurso de la Ciénaga, en segunda instancia organizaciones de campesinos que aunque no son pescadores pero también fueron afectados por el tema de Urrá a estos los cobijaba 7 proyectos, y en tercera instancia para personas que se ocupaban para expender las carnes del pescado, estos proyectos buscaban que se pudieran fortalecer todas las partes productivas del proyecto, pero sólo se ha realizado la primera fase” (Testimonio III, 04/05/2016)

La misma fuente indica: [...] “No se ha recibido capacitación de la CVS ni de Urrá, nosotros como organización estamos metidos en el tema del cambio climático con el Comité Técnico al Plan de Adaptación, el cual estamos liderando, entre los cuales está la UPB, la Universidad de Córdoba, Urrá y Cerro Matoso” (Ibíd, 2016).

En relación a la información documental, la tabla 1 muestra la información suministrada por ASPROCIG relacionada con el monitoreo de prevención y mitigación de impacto que realiza la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Río Sinú y del San Jorge –CVS– vinculado con la desecación de los cuerpos de agua en la Ciénaga Grande de Lórica generados por el funcionamiento de la Hidroeléctrica Urrá:

Tabla 1<sup>35</sup>. Actividades de monitoreo realizado por la CVS

MONITOREO REALIZADO	CUMPLIMIENTO	SUSTENTACIÓN TÉCNICA	PROPUESTA
Plan de Ordenamiento de la cuenca	0% acciones	Uso indiscriminado de suelos distintas a su vocación natural	Convocar a comunidades y socializar y concertar acciones sobre este proyecto
Liberación de tierra para extender la frontera agrícola intensiva y la ganadería extensiva.	0% acciones tendientes a favorecer las poblaciones que siempre han hecho uso de la ciénaga.	Apropiación de los terrenos de la ciénaga por parte de terratenientes.	Dar el estado concesión de estos terrenos en un porcentaje a los campesinos y el resto como patrimonio del mismo.
Deslinde de humedales	0% en toma de acciones y cumplimiento sentencia corte constitucional	Sentencia T 194/99. Acta de reunión del 13 de abril/99. Ayuda de memoria agosto 2 y 3/99, pág. 6 y 123. Párrafos 1, 2 y 3	Deslinde de la Ciénaga Grande, Miramar, Corralito, La Pacha, Baño, Marcella, Vichal y el Tabique. Cumplimiento inmediato
Simulación caudal río Sinú	0% en toma de acciones para evitar este proceso	Desestabilización de taludes, desecamiento de Ciénagas, Salinización de Suelos y otros	Cumplimiento de la licencia 0838 de octubre 5 de 1999 en cuanto a la simulación de caudales para mayor eficiencia del mismo.
Rehabilitación Caño Bugre	0% acciones que permitan el rescate del Caño	Disminución de los caudales del caño, sedimentación y contaminación del mismo.	Dragado total del caño

**Fuente:** Archivo ASPROCIG

La tabla 1, evidencia el incumplimiento del fallo de Corte a través de la Sentencia T-194 de 1999, se evidencia que han sido nulas las acciones implementadas por los entes de control para la inspección y vigilancia.

De la misma manera, el Meridiano de Córdoba en nota periodística del 9 de febrero de 2014, ubicado en la Sección Bajo Sinú, señala que “de las 38 mil 840 hectáreas de tierra que tenía la Ciénaga Grande solo quedan 23 mil en humedal. El resto ha sido desecado por la misma gente con la construcción de terraplenes en medio de la Ciénaga para cultivos y potreros para pastar ganado” (Equipo de redacción, 2014).

<sup>35</sup> La información de la tabla 1, es una adaptación del original en físico entregado por ASPROCIG.

Estos resultados se encuentran en estrecha relación con lo planteado en el Informe realizado por la CVS y Universidad Nacional (2005) que señala que, “la estructura de tenencia de la tierra en el complejo lagunar del Bajo Sinú, al igual que en Colombia, en la cuenca hidrográfica del río Sinú y en el departamento de Córdoba, se han enmarcado en un modelo de latifundios destinados en la mayoría de los casos a la ganadería extensiva, que continúa absorbiendo los minifundios, e introduciendo tierras pertenecientes a la zona de anegación del complejo a través de procesos de adecuación de las mismas, mediante la construcción de canales de drenaje, sistemas de bombeo y diques” (2005, p, 21).

Sobre este tema, el periodista Carlos Pulgarin publicó el 20 de noviembre de 1998 una nota periodística en el diario el Tiempo en el que sostenía “que ante la amenaza a la que están sometidos los humedales, es vital proteger el ecosistema mediante la declaración de parque regional natural, lo que permitirá la planificación y el ordenamiento territorial de la zona, con participación institucional y comunitaria. El proyecto obligaba a su alindamiento y conservación” (p, 1). “El Parque Natural de Carácter Regional de la Ciénaga Grande del Bajo Sinú estará conformado por las 38.843 hectáreas de zonas de humedales que hacen parte de la Ciénaga Grande de Lórica” (Ibíd, 1) La propuesta fue discutida por el Congreso de la República a través del proyecto de ley número 113 de 1998, fue archivado luego de primer debate por los miembros de la Comisión Quinta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, presidida por el honorable Representante José María Imbett Bermúdez, el 2 de junio de 1999, con cinco (5) votos positivos y siete (7) votos negativos como consta en acta N° 016 de 1999 Cámara.

## CONCLUSIÓN

Inicialmente hay que indicar que este trabajo de investigación formativa exigió el uso de diversos métodos para la recolección de la información, que incluyó la aplicación de diez (10) entrevistas semiestructuradas, con una duración promedio de una hora, con actores clave del caso.

Segundo, el trabajo de campo incluyó la observación participativa en diversos espacios de seguimiento de la Sentencia, sumado a la aplicación de encuestas a las comunidades beneficiadas por el pronunciamiento judicial.

Tercero, el estudio implicó un análisis sistemático de la documentación producida por la Corte y su posterior seguimiento del caso, así como los numerosos informes y publicaciones elaborados por las entidades públicas y por las organizaciones de la sociedad.

Cuarto, analizamos las cifras y los indicadores producidos por los diferentes actores del caso para medir la evolución de la situación de la población afectada por las disposiciones de la Sentencia T-194 de 1999 y los autos posteriores.

Finalmente, dado nuestro interés en examinar los efectos simbólicos e indirectos a la par con los instrumentales y directos, es importante decir que este trabajo, no consultó de manera directa a los organismos, encargados por la Sentencia, de ser quienes debían ejercer la vigilancia y control sobre el fallo proferido por la Alta Corporación, asunto que se constituye en otro tema de investigación. Pero, el estudio preliminar incluyó una revisión de las notas de prensa sobre los impactos ambientales en la Ciénega Grande de Lórica publicadas en medios escritos de mayor difusión nacional y regional (el diario El Tiempo y El Meridiano de Córdoba).

Con respecto a los resultados preliminares de nuestra investigación formativa podemos concluir que, el fallo de la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-194/99 ha sido INCUMPLIDO, tanto por los Entes de control para la inspección y vigilancia, como por los Organismos Municipales y por las Empresas Estatales.

Se recomienda que profundizar este estudio, mediante la estructuración de un proyecto de investigación y articularlo a la Línea de Derecho Ambiental adscrita al programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas de la Universidad de Córdoba.

## **Bibliografía**

- Arizmendy Martínez, Oscar. (2009). *Protección o desprotección del Derecho al Medio Ambiente: Un análisis desde la Teoría Crítica*. Disponible en: En:<http://www.monografias.com/trabajos71/proteccion-derecho-medio-ambiente/proteccion-derecho-medio-ambiente2.shtml>.
- Asociación de Productores de la Ciénaga Grande, ASPROCIG. (2006). *Cultura y territorio. Diez años de trabajo en la cuenca baja del río Sinú*. El Molde Gráficas Ltda. Bogotá
- (2016) *Archivo físico. Análisis de la licencia Urrá*. (Documento interno de trabajo). Fotocopiado
- Beyond the Courtroom (2009) *The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>
- Congreso de La Republica. (2001). *Gaceta del Congreso N° 199* En: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=69&p\\_numero=016&p\\_consec=3551](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=69&p_numero=016&p_consec=3551)
- CVS - Universidad Nacional de Colombia. (2005). *Diagnóstico de la Dinámica Hídrica, Tenencia y Ocupación del Complejo Lagunar del Bajo Sinú: análisis de tenencia y ocupación de la tierra.*, Universidad nacional de Colombia. Informe final. Medellín.
- Daza, Evelio. (2004). *El saber en el Estado social de derecho. En: Filosofía del derecho y filosofía social*. Memorias del tercer congreso nacional, Barranquilla.
- Gil, R. (2009). El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid.
- Pulgarin, C. (1998) A Salvar la Ciénaga de Loricá Nota de Prensa: El Tiempo, 20 de noviembre Disponible en: En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-851832>
- Rodríguez, C. (2011). Evaluando el impacto y promoviendo la implementación de las sentencias estructurales sobre DESC en Colombia. En: [https://docs.escribnet.org/usr\\_doc/Rodriguez-Colombia-esp%C3%B1ol.pdf](https://docs.escribnet.org/usr_doc/Rodriguez-Colombia-esp%C3%B1ol.pdf)
- Equipo de redacción (9 de febrero de 2014). La Ciénaga Grande del Bajo Sinú se seca. El Meridiano de Córdoba Recuperado de: <http://elmeridianodecordoba.com.co/region/item/53098-la-ci%C3%A9naga-grande-del-bajo-sin%C3%BA-se-seca>



# Acreditación a otro nivel

Rumbo a la  
**ACREDITACIÓN  
INSTITUCIONAL**

