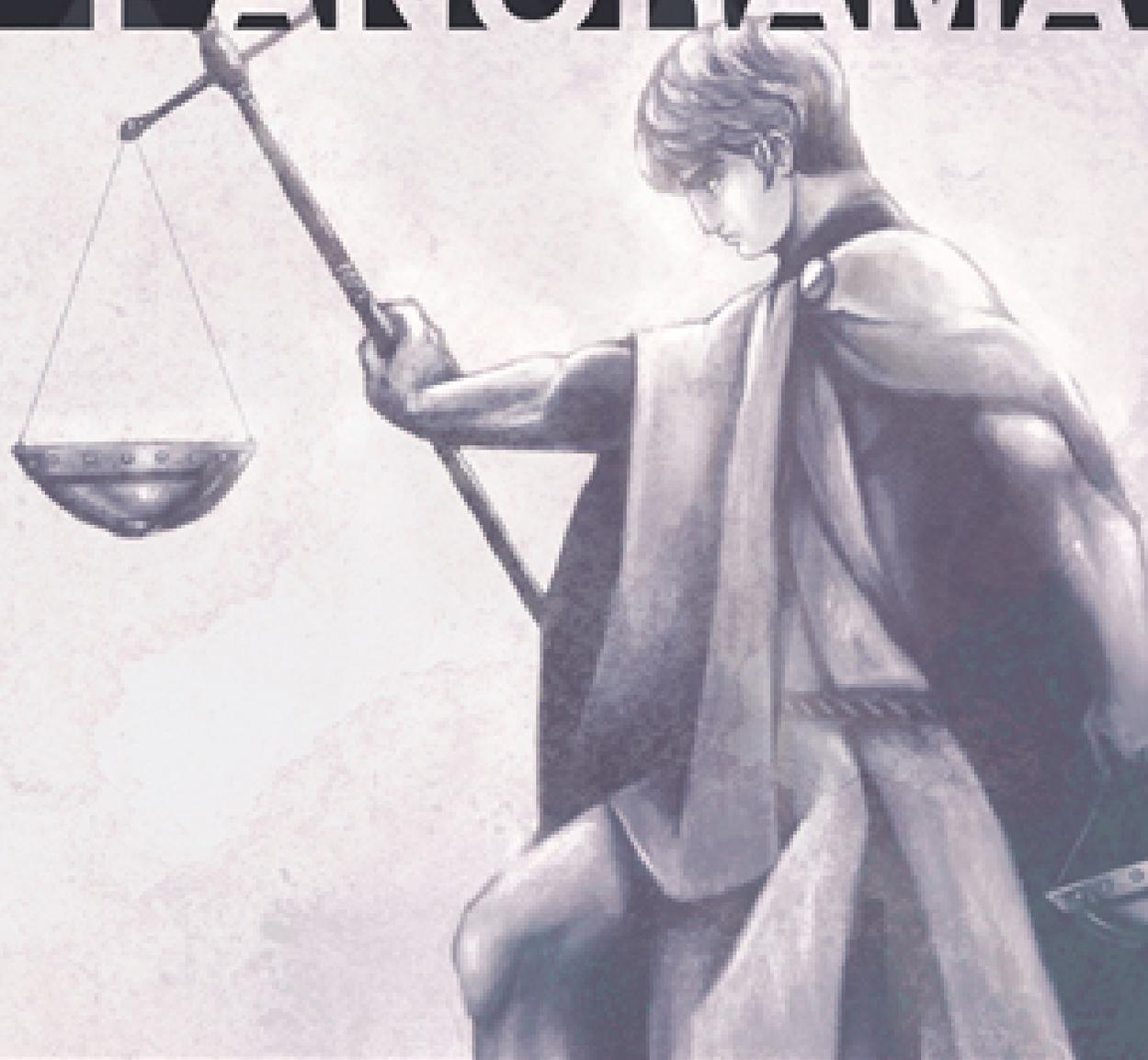


PANORAMA



Edición en Derecho y Ciencia Política

PANORAMA

Panorama | Volumen VII | Número 12 | Enero-Junio 2013 | ISSN 1909-7433
Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano



Panorama es una publicación del Departamento de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano.

Público objetivo:

Panorama está dirigida a investigadores, estudiantes y académicos de las áreas afines a las Ciencias Sociales.

Junio de 2013

Rector

Fernando Dávila Ladrón de Guevara

Facultad de Ciencias Sociales

Decano

Billy Escobar Pérez

Director

Jaime Castro Martínez

Editor

Eduardo Norman Acevedo

Editores asociados

Ángela Gómez – Derecho
Rodrigo Riaño – Psicología
Santiago Castro – Ciencia Política
César Sierra Varón – Educación
Camilo Fajardo – Humanidades

Coordinador Editorial

David Ricciulli Duarte

Consejo Editorial

José Manuel Gual Acosta – Ph.D
(Universidad Sergio Arboleda, Colombia)

Ernesto Licon Valencia – Ph.D
(Universidad Autónoma de Puebla, México)

Edna Lúcia Tinoco Ponciano – Ph.D
(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Maria Cláudia Santos Lopes De Oliveira – Ph.D
(Universidade de Brasília, Brasil)

Hélcio Ribeiro. – Ph.D
(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

Carlos Fernández Sessarego
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

Carlos Topete Barrera
(Instituto Politécnico Nacional, México)

Blanca Ruth Orantes
(Universidad Tecnológica de El Salvador, El Salvador)

Comité Científico

Carlos Fernández Fontenoy – Ph.D
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

Fermín Carrillo González – Ph.D (en curso)
(Instituto Superior de Estudios Psicológicos, España)

Dora Luz González-Bañales – Ph.D
(Instituto Tecnológico de Durango, México)

Rosalía Montealegre Hurtado – Ph.D.
(Universidad Nacional, Colombia)

Inés Grimland
(Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Eduardo Escalante Gómez – M.Sc
(Universidad Juan Agustín Maza, Argentina)

José Eduardo Moreno – Ph.D
(Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina)

Emir López Badillo – Ph.D
(Colegio del Estado de Hidalgo, México)

Juan Daniel Gómez Rojas – Ph.D
(Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

Javier Tapia Valladares – Ph.D
(Universidad de Costa Rica, Costa Rica)

Carmen Manzo Chávez – M.Sc
(Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México)

Victoria Hernández Ramírez
(Universidad Politécnica Metropolitana, México)

Fernando Cárdenas
(Universidad de Los Andes, Colombia)

Coordinador de producción editorial

David Ricciulli

Corrección y estilo

npg. comunicaciones
npg.comunicaciones@gmail.com

Traducciones

Departamento de Idiomas

Raquel Bretón de Schultze-Kraft
Jaime Soler (Inglés)
Mauricio Bernal (Portugués)

Diseño y armada electrónica

Santiago Arciniegas Gómez

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Suscripciones

Departamento Editorial
Calle 57 No 3-00 este Bloque A, Primer Piso Bogotá Colombia
Teléfono (57-1) 7455555 ext. 1170
ednorman@poligran.edu.co panorama@poli.edu.co

Servicios de información

Panorama se encuentra en los siguientes índices y bases internacionales:

PUBLINDEX – Categoría C.: Índice Bibliográfico Nacional del Sistema Nacional de Indexación de publicaciones científicas colombianas. Colciencias, Colombia.

LATINDEX: Sistema de Información en Línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. –UNAM- México

DIALNET: Portal de difusión de la producción científica hispana. Universidad de La Rioja

ULRICH'S PERIODICALS

CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades. Universidad Autónoma de México.

E-LIBRO

Los autores han autorizado la publicación de sus artículos en las versiones impresa y electrónica de Panorama. El contenido de esta revista se puede citar o reproducir con propósitos académicos siempre y cuando se dé cuenta de la fuente o procedencia. Las opiniones expresadas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Versión electrónica
www.poligran.edu.co/panorama



Panorama por Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano se encuentra bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia License.

Contenido

7

Editorial

9

Plan Colombia: una lectura retrospectiva

Plan Colombia: a retrospective reading

Plano Colômbia: uma leitura retrospectiva

Omar Alfonso Ochoa Maldonado

23

Has the deliberative model of democracy an epistemic value?

¿Tiene el modelo de democracia deliberativa un valor epistémico?

O modelo de democracia deliberativa tem valor epistêmico?

Roberto García Alonso

39

Globalização e democracia: imigrações internacionais e os limites da cidadania nacional

Globalization and democracy: international immigration and limits of national citizenship.

Globalización y democracia: inmigraciones internacionales y los límites de la ciudadanía nacional.

Helcio Ribeiro

53

Os avanços tecnológicos no âmbito da ciência do direito e as parcerias da Universidade de Fortaleza junto ao poder público

Technological advances in the field of law science and partnership at the University of Fortaleza with the Public Power.

Los avances tecnológicos en el ámbito de la ciencia del Derecho y las alianzas de la Universidad de Fortaleza junto al Poder Público.

Marcelo Dias Ponte

69

Responsabilidad penal del empleador por delitos cometidos en la empresa por sus subordinados

Criminal liability of the employer for crimes committed by their subordinates.

Responsabilidade penal do empregador por delitos cometidos na empresa por seus subordinados.

Walter José Saavedra Troncoso

93

Contextualización teórica de los mecanismos de protección en el mundo de la moda colombiana

Theoretical contextualization of the protection mechanisms in the Colombian fashion world

Contextualização teórica dos mecanismos de proteção no mundo da moda colombiana

Paola Andrea Zuluaga Ortíz

123

Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana

Principle of progressivity in disability pension in Colombian constitutional jurisprudence

Princípio de progressividade na pensão de invalidez na jurisprudência constitucional colombiana

Isabel Goyes Moreno

143

Aspectos jurídicos sobre el rol de la fiducia en el mercado de capitales

Legal aspects on the role of trust in the capitals market

Aspectos legais do papel da fidúcia no mercado de capitais

David Andrés Aguirre Soriano

- 171** **El derecho del consumo en Italia**
The consumer law in Italy
O direito do consumidor na Itália
Flavio Tovani
- 189** **Lo indio, indigenismo y movimiento campesino en el Perú**
The Indian, the indigenous and the peasant movement in Peru
O índio, indigenismo e movimento campesino no Peru
Carlos Fernández Fontenoy
- 209** **Listado de evaluadores**
- 213** **Instrucciones a los autores**
- 217** **Instructions for authors**
- 221** **Instruções para os autores**

La versión número 12 de la Revista PANORAMA que ahora se presenta, inicialmente estuvo pensada para exponer escritos propios del derecho; sin embargo, dicho ejercicio no fue posible, pues pensar en un número dedicado exclusivamente a la reflexión de temas jurídicos, resultaba casi imposible, teniendo en cuenta que existen permanentes enlaces entre el derecho, la sociedad, la cultura, la política, la economía, el trabajo y la tecnología

Desde esta perspectiva, el presente número de la Revista PANORAMA, constituye un importante espacio de reflexión, que tiene como fin no solo exponer las distintas visiones de los autores sino, además, consolidar la Facultad de Ciencias Sociales, haciendo uso de una de sus mayores fortalezas, a través de su plan de doble titulación en dos importantes disciplinas: el Derecho y la Ciencia Política.

En este orden de ideas, temas como el Plan Colombia, el indigenismo, la globalización, los avances tecnológicos, la democracia deliberativa, son entremezclados con estudios propios de la ciencia jurídica, como la reflexión sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho, el derecho del consumo, el derecho penal en la empresa, el principio de progresividad en la pensión de invalidez, la contextualización teórica de los mecanismos de protección en el mundo de la moda colombiana, el negocio fiduciario de inversión frente a los inversionistas del mercado de valores, cada uno de ellos, abordado por académicos interesados en investigar a profundidad temas de trascendencia en distintas esferas y que involucran al derecho como parte de una sociedad dinámica.

Así, esta publicación de carácter académico, parte de una comprensión universal del derecho, es decir, de la relación del derecho con otras disciplinas, pone de manifiesto visiones sobre variados temas de innegable actualidad y muestra nuestro constante interés por la generación de conocimiento científico, dado que solo a través de esta vía se logra interactuar entre el mundo académico y la realidad social.

Se espera entonces que toda nuestra comunidad académica pueda utilizar este conocimiento y que posteriores interesados divulguen el pensamiento que aquí se expone.

Monica Fernández M.
Coordinadora de Investigación,
Programa de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales



Plan Colombia: una lectura retrospectiva

Plan Colombia: una lectura retropectiva

Plan Colombia: a retrsocpective reading

Plano Colômbia: uma leitura retrospectiva

Omar Alfonso Ochoa Maldonado (Colombia)

oaochoam@unal.edu.co

Docente Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad Nacional de Colombia

Abogado con grado de Honor de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, Universidad de los Andes; en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Privado Económico, Universidad Nacional de Colombia. Estudios en Filosofía, Pensamiento Político y Económico Universidad Santo Tomás, candidato a Magíster en Derecho Económico Pontificia Universidad Javeriana.

Resumen

La aplicación del Plan Colombia en el país, generó una serie de posiciones antagónicas por parte de diversos sectores sociales en torno a su inspiración y funcionalidad. Después de más de una década de su incorporación como una política de Estado, se develan las reales intencionalidades del mismo de acuerdo a la experiencia histórica, la cual permite efectuar un juicio crítico en torno a su aplicación, extensión y resultados, en el plano social, ambiental y su impacto económico y político.

Abstract

The implementation of Plan Colombia in the country generated a series of antagonistic positions by various social sectors about their inspiration and functionality. After more than a decade of its incorporation as a state policy, the real intentions are revealed according to historical experience, which allows for a critical judgment about its application, extent and results in social, environmental and economic and political impact.

Resumo

A aplicação do Plano Colômbia no país, gerou uma série de posições antagônicas da parte de diversos setores sociais em torno a sua inspiração e funcionalidade. Depois de mais de uma década de sua incorporação como uma política de Estado, se desvelam as reais intencionalidades do mesmo de acordo à experiência histórica, a qual permite efetuar um juízo crítico em torno a sua aplicação, extensão e resultados, no plano social, ambiental e o seu impacto econômico e político.

Palabras claves: Plan Colombia, intervencionismo, política antidrogas, desarrollo sostenible, gasto militar, estrategia antisubversiva, relaciones internacionales.

Keywords: Plan Colombia, intervention, drug policy, sustainable development, military spending, anti-subversive strategy, international relations.

Palabras chave: Plano Colômbia, o intervencionismo da política de drogas, desenvolvimento sustentável, os gastos militares, a estratégia de contra-insurgência, as relações internacionais.

Para citar este artículo / to cite this article / para citar este artigo:

Ochoa, Omar (2012). Plan colombia: Una lectura retrospectiva. *Panorama*, VII (12), 9 - 22.

Introducción

el debate sobre el Plan Colombia generó tanto en el plano interno como en el externo, disimiles interpretaciones entre los diversos actores sociales, desde los albores de su implementación, en razón a las posiciones antagónicas que ha suscitado la lectura de esta particular estrategia que para algunos se presentó como una forma de “lograr la paz a través de la negociación política con los actores armados y de acciones dirigidas a generar condiciones para el desarrollo, a través de la promoción del sector agropecuario, el fortalecimiento de la sociedad civil, la promoción y respeto de los derechos humanos, la reinstitucionalización de la justicia, el mejoramiento de la infraestructura física y social, la protección del medio ambiente y, en conjunto, la recuperación de las funciones del Estado en las zonas afectadas por el conflicto y la violencia” (D.N.P, 2002, p.1). Para otros observadores: “El Plan Colombia hace parte de una estrategia integral, política y social, militar y económica de dominación imperialista en la zona andina, dada la crisis política que actualmente se evidencia en los países que la conforman”. (LIBREROS, 2001, p. 1).

En ese orden de ideas, este artículo pretende adentrarse en el mencionado debate teórico, auscultando la real incidencia y motivaciones que inspiraron el Plan Colombia en el conjunto de los procesos políticos en ciernes en el país, así como evidenciar las consecuencias que origina su aplicación en la praxis económica, caracterizándolo como un programa de clara raigambre neoliberal que combina elementos de intervencionismo político, económico y militar, pero que de una manera soterrada se presentó como un plan de perfil humanitario que propendía por el impulso de un proyecto de desarrollo alternativo y sostenible, a la vez que propugnaba por el robustecimiento democrático de la sociedad e institucional del Estado.

1. Dimensiones, presentación y alcances del plan colombia

en primer lugar, es preciso hacer referencia a la versión institucional sobre los alcances y motivaciones del plan, para lo cual es necesario remontarse al proceso de gestación del mismo, a partir de los debates parlamentarios realizados en el seno del Congreso de los estados Unidos de América, en torno a la propuesta presentada por la administración Clinton, bajo la denominación: *Plan Colombia: Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado*, la cual recoge algunos elementos de un documento elaborado por el Gobierno Colombiano¹, pero que en lo sustancial se presenta como una manifestación de la política exterior de EE.UU, más que como una alternativa para solucionar la profunda crisis en que se debate el país.

Es ilustrativo evidenciar que el Plan Colombia, aunque surge de una propuesta elaborada por el Gobierno Colombiano, en la práctica se transforma en un elemento integrante de la política exterior Norteamericana, en donde se debate no como un programa de cooperación internacional para la paz, tal como se quiso presentar, sino como

1 Ingrid Vaicios, El Plan Colombia. El debate en los estados Unidos. En International Policy Report. Washington D.C. agosto de 2000, citada por ESTADA ALVAREZ Jairo, en su artículo Elementos de Economía Política dentro del texto Plan Colombia, Facultad de Derecho U.N. 2001, en un trabajo investigativo demuestra cómo el documento sometido a discusión final en el Congreso Norteamericano, es el resultado de un cambio en la posición del Gobierno Colombiano, el cual en un principio pretendía la aprobación de Plan de apoyo a las zonas rurales afectadas por el conflicto. No obstante, se adiciono un fuerte componente de asistencia militar, lo cual se justifica además por la necesidad de "explicar" adecuadamente el proceso de paz entonces en curso y la necesidad de responder al clamor Estadounidense de combatir la economía ilegal del narcotráfico.

una forma de asistencia internacional para la guerra, como parte de un proyecto integral que propugna por la contención a las amenazas de la democracia en el plano continental.²

Las motivaciones palmarias del Plan en la perspectiva oficial, se enfilan hacia la consolidación de las responsabilidades inherentes al Estado, en cuanto a la promoción de la democracia, el monopolio de la fuerza, la eficacia de la justicia, la integridad territorial, la necesidad de un crecimiento económico sostenido que mengue las más altas tasas de desempleo en el continente y que atraiga de manera segura la inversión extranjera, así como el respeto a los derechos humanos en un contexto de "seguridad democrática".

A pesar de la retórica oficial anterior, el eje axial sobre el cual giró el programa propuesto, era el impulso de la lucha contra las drogas en el plano externo como una cuestión de política Norteamericana en ese frente de acción, para lo cual, se desarrolla toda una argumentación que establece una inescindible conexión entre la economía ilícita del narcotráfico y los grupos al margen de la ley, estableciendo una recíproca relación con la espiral de violencia que ha azotado al país inveteradamente, con el deliberado ánimo de concluir que atacando frontalmente el problema de las drogas en el país, se potencia el debilitamiento de las estructuras de violencia que se gestan a su alrededor y de contera se obtiene el necesario equilibrio social que posibilite la inserción y éxito de un proyecto de desarrollo sostenible.

Sobre ese particular se señaló: "El Plan adopta la postura Estadounidense frente al fenómeno del narcotráfico y toma opción preferente por combatir la oferta y en particular los cultivos de uso ilícito, haciendo abstracción del carácter global y las responsabilidades internacionales en ese problema e invisibilizando a nivel interno las responsabilidades de la clase política y económica tradicional en su desarrollo". (ROMERO, 2002, p. 85).

De lo anterior se colige que lejos de pretender abocar la problemática del conflicto armado en el país, como una consecuencia directa de una historicidad signada por el exclusionismo y la intolerancia del sistema político, así como resultado consustancial de las luchas sociales por sus más sentidas reivindicaciones en el plano económico, frente a un régimen incapaz de canalizar las demandas del conglomerado, se pretende hacer ver que la crisis es producto de la inestabilidad que ocasiona la economía ilegal de las drogas, lo cual hace necesario atacar los factores de poder en las zonas de influencia de los cultivos, situación que presupone un fuerte componente militar que robustezca la capacidad de respuesta del Estado frente a la amenaza de las drogas, argumentación que

2 El Presidente Clinton en la 30 Conferencia del Consejo de las Américas en Washington, celebrada en mayo 2 de 2002 afirmó: "No debemos apoyar ni permitir que una democracia elegida por su pueblo, defendida con gran valor por gente que ha dado su vida, sea minada y subvertida por aquellos que literalmente están dispuesto a hacer pedazos al país apartándolo para hacer su propia agenda. Y no podemos cometer errores sobre esto; si la democracia más vieja de Sudamérica puede ser derribada, entonces otras pueden serlo. Los Estados Unidos quieren hacer su parte. Es de nuestro interés hacerlo. Nos hemos beneficiado más que otro país del mundo desde la última década, y necesitamos presentarnos aquí y traer nuestro aporte para ser buenos vecinos, y para ayudar a otra gente a beneficiarse también. Pero necesitamos toda su ayuda, tenemos que ganar en Colombia. Tenemos que ganar la lucha por el área del libre comercio de las Américas. Tenemos que probar que libertad y mercado van de la mano."

en la práctica implica negar de manera abierta el carácter político del conflicto armado que afronta el país³. En relación con este tema se aseguraba: "El nuevo plan se distingue del original principalmente en que contiene algunos elementos nuevos que parecen responder directamente a intereses Estadounidenses. Hay mucho más énfasis en el fortalecimiento del Estado, particularmente de las fuerzas armadas.- Pero lo que más se destaca en el nuevo plan es la lucha antidrogas. Si incluimos los programas de desarrollo alternativo, la lucha antidrogas comprende noventa por ciento de contribución estadounidense al Plan Colombia." (ISACSON, 2001, p. 3)

2. Facetas y externalidades del plan colombia

De la anterior sinopsis se colige que el citado Plan, lejos de pretender erigirse en una alternativa de desarrollo que se encamine hacia la solución de las causas que originan como externalidad el conflicto armado, lo que se busca es la implementación de una estrategia de reposicionamiento de los intereses Norteamericanos en el área, en procura por oxigenar su carácter imperial⁴ tras la guerra fría y con el fin de influenciar en los procesos internos y de contera avizorar un mayor control sobre el eje regional, afectado por fenómenos que han denotado cierta resistencia a la implementación de las políticas de inspiración neoliberal como lo era el caso en ese momento de Venezuela y el movimiento indígena y popular en Ecuador. En efecto para ese entonces se aseveraba: "El mundo está en franco reajuste -con el desajuste concomitante- y la Guerra contra la droga en suelo colombiano es uno de los más varios frentes embestidos por los EE.UU para consolidar su poderío, propagar la democracia de mercado y garantizar la satisfacción de una necesidad, aparentemente insaciable de recursos." (MORENO, 2001, p. 3).

Bajo esa óptica, la alternativa que propone el plan para abordar la solución a la crisis del sistema, está enfocada hacia la recuperación de la economía a través del ajuste fiscal, lo cual implica aumentos de los ingresos corrientes de la Nación (tributarios y no tributarios) y reducción del gasto público, situación que por demás redundante en la restricción de la inversión, y cuyo resultado es la liberalización de recursos que se canalizan de manera directa hacia la atención del servicio a la deuda⁵, bajo el argumento de la necesidad de mantener incólume el riesgo país en

3 Sobre ese aspecto en el ya citado documento del DNP se asegura que el conflicto armado se había intensificado a la sazón, en razón la extorsión ejercida por la guerrilla sobre civiles y sobre actividades económicas, por la fuerte relación de estos movimientos con el narcotráfico, y por la inserción de este en la promoción de las acciones de algunos grupos armados de autodefensa contra la guerrilla. Igualmente se asevera que el conflicto armado durante la década de los noventa alcanzó mayores dimensiones como resultado del fortalecimiento de los vínculos financieros entre las organizaciones armadas al margen de la ley y el narcotráfico, acarreando consecuencias tales como la degradación de la confrontación expresada en homicidios selectivos, masacres y desplazamientos forzados, todo lo anterior para concluir que la violencia, la criminalidad son los principales obstáculos para el desarrollo social y político y económico. Por el contrario la paz genera efectos positivos sobre la reducción de la pobreza a través de sus consecuencias sobre la consolidación del capital físico, humano, natural y social, principales determinantes del crecimiento y el desarrollo.

4 El concepto de imperio se utiliza en el sentido de Negri y Hardt, es decir como un dispositivo supranacional, mundial, total; como orden del "capital colectivo", como el proyecto de unificación política del mercado mundial" en torno a lo que, desde siempre, se conoce como signos de soberanía: los poderes militar, monetario, comunicacional, cultural y lingüístico. El poder militar por el hecho de que una sola autoridad posee toda la panoplia del armamento, incluido el nuclear, el poder monetario por la existencia de la moneda hegemónica a la que está completamente subordinado el mundo diversificado de las finanzas; el poder comunicacional se traduce en el triunfo de un único modelo cultural, incluso al final de una única lengua universal. Toni Negri En: El Imperio, supremo estadio del imperialismo. Le Monde Diplomatique, enero 2001.

5 Sobre este tópico bástenos señalar que el servicio a la deuda como objeto de gasto en el Presupuesto General de la Nación implica el cuarenta por ciento (40%) del mismo y en términos cuantitativos su atención demanda US\$35.000. Frente a esa situación, el gobierno nacional ha optado por rotar el portafolio de endeudamiento, ampliando el plazo de los TES colocados en el exterior por plazos más extensos y obviamente mejorando sustancialmente las condiciones financieras del inversionista, en lo que se ha conocido como el "canje de deuda", con lo cual en lugar de atacar el meollo de la problemática, bajo una visión pragmática, se difiere en el tiempo el colapso del sistema de pagos.

los mercados financieros internacionales, en búsqueda de mantener abiertas las posibilidades de endeudamiento a unas tasas atractivas de rentabilidad, lo cual bajo esa lógica facilita el flujo de capitales y se erige en una condición *sine qua non* para atraer la inversión extranjera.

Igualmente la política de ajuste suponía adelantar reformas estructurales en el régimen de transferencias de recursos nacionales a las entidades territoriales⁶, el recorte en los gastos de inversión⁷, medidas con las que en la práctica se desvirtúa el principio de la descentralización administrativa como norte orientador del esquema constitucional.

En el plano externo, el Plan parte del supuesto de la necesidad imperiosa por liberalizar el comercio a través del derrumbamiento de las preferencias arancelarias, a las cuales se les considera óbice insalvable para la libre circulación de los mercados. Sobre este aspecto, surge un elemento vital para comprender la dinámica del programa, cual es la anexión al tratado de libre comercio americano A.L.C.A., el cual asegura el equilibrio continental del comercio bajo la égida norteamericana.

Lo anterior denota que la lectura que se presenta sobre la coyuntura económica en el Plan Colombia, se encuentra dirigida hacia la homogeneización de las políticas económicas de corte neoliberal y la propuesta de estabilidad macroeconómica en el plano monetario y cambiario, siguiendo de manera disciplinada e irrestricta los derroteros señalados por la banca multilateral.⁸

Por otro lado, el llamado componente social del citado Plan se circunscribía a una red de apoyo constituida por tres (3) programas bandera: empleo en acción, familias en acción y jóvenes en acción, las cuales se dirigen al fortalecimiento alternativo integral e institucional del capital social y a la profundización en temáticas como los derechos humanos y la atención humanitaria.

Los recursos orientados hacia esas finalidades, se manejarían a través del Fondo de Inversiones para la Paz -FIP- adscrito a la Presidencia de la República, el cual está conformado por un Consejo Directivo integrado por representantes de la sociedad civil, el sector privado y el Gobierno Nacional.⁹

6 Acto Legislativo 01 de 2001, desarrollado por la Ley 715 de 2001.

7 Ley 617 de 2000.

8 Sobre el particular es recomendable la consulta del documento. BANCO MUNDIAL (2000) Informe sobre el desarrollo mundial 1999-2000. Panorama General. pp. 1-11 y capítulo V Descentralización de poderes, una nueva dimensión del Estado pp. 107 - 124. Washington D.C.

9 Sobre el particular es pertinente consultar los Documentos CONPES 3057 de noviembre de 1999, el cual propone un plan de acción para mejorar los mecanismos e instrumentos para la protección, la atención humanitaria, el retorno y la reubicación de la población afectada por la violencia, el Documento CONPES 3075 de marzo de 2000, el cual presentaba el programa manos a la obra (empleo en acción) encaminado a dar respuesta a la necesidad de ocupación transitoria de la población más vulnerable económicamente y por último el Documento CONPES 3081 de junio de 2001 que contenía programas de subsidios condicionados dentro del componente familias en acción así como estrategias para el empleo juvenil, enmarcados dentro del frente jóvenes en acción.

No obstante lo anterior, el citado componente que sirvió para publicitar el talante social del plan, demostrando sus bondades a través de la publicidad oficial, se desvirtuó al efectuar un acercamiento sistemático a las cifras que se manejan en relación con el plan y sus diferentes componentes.

3. Las cifras del plan

El plan tenía un estimativo de US\$7.500 millones de los cuales el Gobierno Nacional tendría que aportar a título de contrapartida hacia la ayuda externa un valor de US\$ 4000 millones, por vía de los créditos internacionales se obtendrían US\$ 1000 millones para financiar programas de ajuste económico, el paquete de ayuda de Estados Unidos ascendería a la suma de US\$ 1.300 millones, los cuales tenían como destino básicamente el fortalecimiento de las fuerzas militares y en general de la capacidad bélica del Estado. Al anterior rubro había que sumarle los US\$ 300 millones que habitualmente se reciben como apoyo militar a favor del Gobierno colombiano.

La cooperación europea se proyectó inicialmente en cuantía de US\$ 1000 millones, pero la realidad demostró que del total de esa cifra, a pesar de los ingentes esfuerzos adelantados por la diplomacia colombiana en el exterior y especialmente ante la Unión Europea a través de la llamada mesa de donantes de Madrid, solamente se obtuvieron US\$ 100 millones del Gobierno español y \$ 20 millones de Noruega, haciendo la aclaración de que estos últimos recursos no necesariamente deberían utilizarse en el desarrollo del Plan.

De la ayuda norteamericana real con destino al Plan, es decir US\$ 860 millones el ochenta por ciento (74%) estaba encauzado hacia el componente militar (Fuerzas Militares y Policía) y el veintiséis (26%) restante a programas de desarrollo alternativo, administración de justicia, derechos humanos y atención a la población desplazada. De los US\$ 623 millones de ayuda militar y policial, más del cincuenta y uno por ciento (51%) se utilizaran en el envío de helicópteros y dotación logística, situación que presupone un beneficio directo para la industria militar norteamericana. Es por ello que se consideraba que “el Plan Colombia es hasta el momento –en su primera fase– un plan para la intervención principalmente militar de Estados Unidos en Colombia, financiado por ese país, con apoyo del Gobierno español y una posición todavía relativamente expectante de la mayoría de los gobiernos de la Unión Europea.” (ESTRADA, 2001, p. 10).

En lo referente a programas de desarrollo alternativo y sustitución de cultivos de coca, la asignación es del ocho por ciento (8%) dentro de los cuales se incluye una cifra de US\$ 22 millones para la atención a la población desplazada como consecuencia de la aplicación del plan en el sur del país en lo que se denominó el “empuje hacia el sur”, lo cual constituía un reconocimiento directo de la aspiración a la preponderancia de la estrategia militar para recuperar territorios cocaleros en manos de la insurgencia y para ello se estimaba inevitable un costo social de hostigamiento a la población civil forzando su desplazamiento de esas zonas, cínico componente en un programa que pregona la humanización del conflicto, pero incluye en su presupuesto una cifra destinada a mitigar las “externalidades normales” de las operaciones militares que se pretenden impulsar.

Como paradoja, se propone utilizar el seis por ciento (6%) en la defensa y promoción de los derechos humanos y el siete por ciento (7%) para apoyar el sistema judicial, específicamente la justicia penal.

Así las cosas, se devela la falacia en torno al supuesto perfil social del plan y queda en evidencia que su propósito esencial era el de influir en la correlación de fuerzas en el conflicto armado interno, para lo que se proponía la creación de teatros de operaciones con tres (3) nuevos batallones antiguerrilla al sur del país, el aumento del pie de fuerza disponible a 150.000 hombres, en el contexto de un país que presentaba para ese periodo un déficit de 10.000 profesionales de la salud y 7.000 educadores.

4. La guerra contra las drogas y el medio ambiente

El otro aspecto de vital trascendencia por la zona de influencia donde en principio se desarrollaran las operaciones, es la forma de erradicación de cultivos que se propone a través de la utilización de fungicidas¹⁰ y agentes químicos que amenazaban de manera directa la riqueza biológica, sobre la cual se intensifica el interés del capital internacional.

Para los países circunvecinos, el Plan Colombia implicó necesariamente un incremento en los índices de violencia, masiva presencia Norteamérica en la zona amenazando el equilibrio eco-cultural, generado desplazamientos y muy seguramente extendiendo los cultivos de coca al interior de la Amazonía.

Sobre este particular, es preciso resaltar que a través de este mecanismo de intervención se transpola la visión que presupone que la guerra contra la economía del narcotráfico, se debe enfocar hacia el combate de la oferta en los países productores, dejando intactas las estructuras internacionales de financiamiento y considerando como enemigo fundamental al productor primario que en la cadena del negocio internacional participa con un modesto 0.61% de la ganancia final del traficante. Por otro lado, la historia reciente ha demostrado empíricamente el fracaso de la confrontación al problema de las drogas, asumiéndolo como una cuestión penal, lo cual a la postre limita otras posibilidades de ahondar en la solución del mismo.¹¹

10 En torno a esa guerra biológica contra los cultivos de coca, el primer episodio se decidió a favor de la proscripción del hongo *FUSARRIUM OXYSPORUM*, el cual se encuentra dotado de una potencialidad de expansión, mutación y destrucción del medio ambiente vegetal con efecto durante veinte años y con el peligro de mantenerse en alimentos de consumo, lo cual denotaba un claro atentado contra el equilibrio del ecosistema. Sin embargo, la utilización del GLIFOSATO seguía generando desequilibrios ambientales en las zonas donde se había generalizado su utilización. tal como se evidenció en la Ponencia presentada por la Coordinadora de Cultivadores de Coca y Amapola al Foro Alternativo Económico en DAVOS Suiza, el 26 de enero de 2001.

11 Reconociendo la ineficacia de las políticas represiva hay sectores que propugnan por un viraje radical en la política antidrogas, señalando que "El Estado colombiano debe controlar la producción y comercialización de la coca, al igual que lo hace con el alcohol y con los medicamentos que pueden producir hábito o adicción como algunos anticonvulsivos (barbitúricos, fenobarbital), las benzodiazepinas (valium, rivotril), los analgésicos potentes (morfina, codeína), los insecticidas y herbicidas tóxicos, los antitusígenos (codeína) y la buscapina, entre otros, que se extrae del borrachero y del cacao sabanero de donde se produce también la burundanga o escopolamina. Es mandatario replantear el Plan Colombia antes que de que por ignorancia, sumisión y falta de dignidad entremos sin salida al fatídico círculo vicioso: ignorancia- miseria - violencia. ZANINOVIC, Vladimir, En: Por un Plan Colombia... Digno, p. 1. Documento: www.mamacoca.org.

Bajo ese entendimiento, el indicador por excelencia es el número de hectáreas erradicadas, como exigencia para demostrar eficacia en la lucha antinarcóticos, desconociendo las causas estructurales que han conducido a una gran parte de la población campesina a asumir como forma de subsistencia el cultivo de la hoja de coca.¹²

Entre las causalidades de la problemática planteada podríamos mencionar la disfuncionalidad en la estructura de la propiedad y tenencia de la tierra, la subutilización de tierras productivas, la inviabilidad del ordenamiento político administrativo en las regiones, la preponderancia del latifundio como forma de dominación social y la carencia de una infraestructura adecuada tanto para la producción como para la comercialización de los productos agrícolas, situación ante la cual, el cultivo de coca surge como una manifestación de resistencia frente al desplazamiento a las urbes para engrosar los cordones de miseria y exclusionismo.

La cuestión agraria cobra una inusitada importancia con la implementación del Plan Colombia por ello se advertía que “este programa militar, político y social, reedita la singular agresión que ha sufrido durante más de un siglo el campesinado colombiano. Sin duda alguna que se van a facilitar aún más los procesos de contrarreforma agraria, se incrementara el latifundio y las políticas neoliberales que apuntan al desarrollo agroindustrial, los cultivos transgénicos, y el uso de las semillas certificadas, medidas todas que en conjunto destruyen la economía campesina y la soberanía alimentaria.” (MATA, 2001, p. 7). Sobre ese particular, es pertinente resaltar que según estudios de la CEPAL, Colombia es uno de los países con mayor concentración de la tierra en pocas manos, lo cual denota que el latifundio ha sido consustancial y elemento estructural del sistema económico colombiano.

En el trapezoido amazónico existe gran preocupación por las nocivas consecuencias que puede acarrear la aplicación de las fumigaciones indiscriminadas como parte de la política que impulso el Plan Colombia, colateral a la amenaza que se cierne sobre el equilibrio ecológico, por cuanto una vez posicionados los intereses Norteamericanos en la región, es remoto creer que se abandonarían esas regiones caracterizadas por una invaluable riqueza en cuanto su biodiversidad y por demás colindante con zonas de yacimientos petrolíferos aun sin explotar, situación que configura un importante atractivo para el gran capital.

Como se encontraba planteado, el Plan Colombia desconocía el fracaso de las políticas represivas intentadas durante décadas contra el problema del narcotráfico, dejaba incólumes las estructuras de distribución y comercialización de la droga junto con los intereses del sector financiero foráneo y local que prohíjan la circulación de los recursos provenientes del negocio de las drogas, negaba los compromisos de la comunidad internacional en materia de control a la demanda y a los flujos financieros en sus países, reduciendo el apoyo a la dotación de armas para que la guerra se libere en otras latitudes lejos de las grandes metrópolis, en esa descarga de responsabilidades los efectos nocivos son transpolados a las zonas de producción, en donde se pretende conjugar un activismo militar auspiciado por el apoyo al fortalecimiento de los aparatos locales, con estrategias biológicas que atentan seriamente contra el medio ambiente.

12 El impacto de la exportaciones de narcóticos por parte de Colombia se evidencia en que según cifras de la DEA el 80% de la cocaína que se consume en USA es colombiana, éste país que exporta 520 toneladas del alcaloide al año. El Plan Colombia pretendía en un lapso de seis años disminuir en un cincuenta por ciento (50%) el número de cultivos ilícitos, circunstancia que evidentemente no se cumplió.

5. El plan Colombia frente a los procesos de paz

En cuanto al tema de la insurgencia armada, el propósito de fondo era afectar militarmente a la guerrilla, con el fin de forzarla a negociar en condiciones benignas para el Estado, en una mezcla entre política antinarcóticos con política antisubversiva, para lo cual se pregonaba la relación indisoluble entre la existencia de estos grupos y el narcotráfico, aduciendo que atacando su principal fuente de financiamiento se lograría su derrota o al menos se le menguaría a tal punto que no tendría otra alternativa que negociar una inserción a la vida civil.

Este tipo de posturas partían de supuestos que niegan la verdadera causalidad objetiva del conflicto, apelando para ello a una argumentación desprovista del necesario tamiz político que debe caracterizar el tratamiento de esta álgida materia. En lugar de rescatar niveles de legitimidad institucional¹³, por la vía de las transformaciones al régimen político, la recuperación del monopolio de la fuerza y la puesta en marcha de alternativas de desarrollo sostenibles a largo plazo, se proponía la creación de un macroproyecto estratégico que sirviera como plataforma de la política continental Norteamericana, en el plano cultural reivindicando la primacía formal de los derechos humanos, la democracia y la libertad como valores absolutos, en procura de la homogeneización de los regímenes y el afianzamiento de las políticas neoliberales que son el fiel trasunto de las directrices imperiales que se buscaban entroncar en el orbe.

Ese tipo de políticas apuntaban en lo sustancial hacia la unificación monetaria en torno al dólar¹⁴, la territorialización de la inversión en zonas francas de maquilas auspiciadas por empresas multinacionales y la apropiación de recursos naturales desplazando para el efecto a las comunidades nativas.

Dentro del llamado Nuevo Orden Mundial que se pretendía imponer, surgía la necesidad de contar con la animación de conflictos que actúen como fuerza de racionalización para una modernización defensiva, ello implica que tras la guerra fría, se hacía necesario apelar a otros paradigmas que convocaran hacia el mantenimiento del protagonismo en el concierto internacional. Este tipo de experiencias es avivada por ciertas corrientes académicas que insisten en crear nuevos iconos a derrotar en el contexto del mundo unipolar (Huntington, Fukuyama). Para algunos autores: "La eliminación del bloque chino-soviético ha dado una oportunidad sin precedentes a Washington: la capacidad de intervenir militarmente en cualquier parte del mundo sin temor o miedo a represalias; en otras palabras, la impunidad imperial ha sustituido el equilibrio del terror." (PETRAS, 2001, p. 3)

13 La distorsión que se plantea, niega la materialidad del conflicto entroncado en las estructuras sociales excluyentes y le endilga la crisis a la economía ilegal del tráfico de drogas. En efecto en el sentir del Plan Colombia: "Las debilidades de un Estado que todavía se encuentra involucrado en un proceso de consolidación han sido agravadas por las fuerzas desestabilizadoras del narcotráfico. Las reformas progresistas de principios de los noventa abrieron las puertas a una época de mejores oportunidades para los colombianos, (...) recientemente, la relación financiera entre varios grupos armados y los narcotraficantes ha logrado intensificar el conflicto armado, y ha limitado la capacidad del Estado para cumplir con sus responsabilidades más importantes." Documento Plan Colombia, Departamento de Estado EE.UU, p. 4.

14 La XIV Cumbre de Gobiernos del Grupo de Río, celebrada en junio de 2000 en Colombia, se plateó la necesidad de crear una institución de carácter financiero supranacional integrada por los bancos centrales de la comunidad andina y Costa Rica, como un mecanismo de estabilización monetaria que enfrente los desequilibrios fiscales y monetario eventuales, lo cual denota un nivel de resistencia hacia la tendencia unificadora alrededor del dólar de la economía latinoamericana.

Al contrario de las concepciones iniciales sobre la posguerra fría como una época en la cual primaría la cooperación, la paz y la prosperidad, este período histórico se ha convertido en la oportunidad para que las tendencias imperiales se generalicen a tal punto de pretender imponer incluso en contra de la voluntad de los pueblos, una agenda predeterminedada que se encuentra signada por la libertad de mercado y la democracia liberal, como verdades irrefutables e infalibles con validez universal en todo tipo de contexto, sin consultar el destino que cada país quiera forjarse de manera autónoma e independiente, negando de esa manera elementales axiomas del derecho internacional tales como el principio de autodeterminación de los pueblos, en aras de una globalización tecnocrática que impide el ejercicio autonómico.

Sinópsis

A título de colofón, podemos señalar que el Plan Colombia tras su fachada de asistencia internacional para el desarrollo con un fuerte componente social, se develó como una estrategia intervencionista que so pretexto de la erradicación progresiva de cultivos ilícitos, lo que buscaba era obtener un nivel de posicionamiento de EE.UU en la región que le garantizara un mayor control en el eje continental y de contera el afianzamiento de las reformas económicas que persigue el orbe neoliberal.

Frente a lo anterior, se hace necesario propender por una salida negociada al conflicto armado, que trascienda los temas de simple logística y se adentre en el debate estructural que amerita un proceso de ese linaje. Por otro lado, se requiere abocar el tema de la despenalización del tráfico de drogas y propender por la construcción de un bloque andino sólido que sirva como modelo alternativo para el desarrollo económico de la región.

Así como el Plan Colombia representa una avanzada para someter a la insurgencia y proteger intereses foráneos, como experiencia histórica debe ser también el epicentro alrededor del cual converjan fuerzas progresistas que construyan nuevas solidaridades y repotencien los movimientos sociales y su protagonismo como actores del cambio social.

Referencias

- 1.** Banco Mundial, (2000) Documento: Informe sobre el desarrollo mundial. 1999 - 2000. Washington D.C.
- 2.** Coordinadora De Cultivadores De Coca Y Amapola Cocca-Colombia (2001) Ponencia presentada al Foro Económico Alternativo de Davos Suiza, Enero de 2001.
- 3.** Departamento de estado de los estados unidos de america. (2000) Plan colombia. Documento.
- 4.** Departamento Nacional De Planeación Documento [En línea]. Todo sobre el Plan Colombia. ¿Que es el Plan Colombia?, p. 1. Disponible en: http://www.dnp.gov.co/01_CONT/PLACOLOM/Plan.htm [2002, marzo 8].
- 5.** Desde Abajo. (1999) Suplemento Especial, "El Plan Colombia o los silencios de Pastrana" Santa Fe de Bogotá, noviembre de 1999.
- 6.** Estrada Alvarez, Jairo. (2001) Elementos de Economía Política. Documento En: Plan Colombia, Bogotá: Facultad de Derecho U.N.
- 7.** Isacson, Adam. (2001) Intervención: Centro para las Políticas Internacionales, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 16 de junio de 2001.
- 8.** Libreros Caicedo, Daniel. [En línea] Plan Colombia: Nuevo Modelo de Dominación Colonial. 2001. p. 1. Disponible en: <http://www.mamacoca.or/ed-especial1.tcap03.htm> [12, julio de 2011].
- 9.** Matta Aldana, Luis Alberto. (2001) El Plan Colombia: Desafío Neoliberal contra América Latina. Ponencia presentada al Foro Alternativo contra la Globalización y el Neoliberalismo, Zurich: "El Otro Davos".
- 10.** Moreno, María Mercedes. [En línea] El Plan Colombia, ¿El fin de la historia o la reconfiguración cultural.? p. 3. Disponible en www.mamacoaca.org/art_mmmoreno_plan_colombia.
- 11.** Petras , James. (2001) Las relaciones USA - Latinoamérica: Quién obtiene qué, donde y cómo. Documento: En: www.mamacoca.org
- 12.** Romero, Marco Alberto. (2001) La nueva internacionalización del conflicto y los procesos de paz. Documento En: Plan Colombia, Ensayos Críticos, Bogotá: Facultad de Derecho U.N.
- 13.** Vargas Mesa, Ricardo, (2002) "Plan Colombia" ¿Construcción de paz o sobredosis de guerra?, En Desde Abajo, Suplemento Especial, No. 2 Santafé de Bogotá, marzo de 2000.
- 14.** Vargas Velazques. Alejo. (2000) El Plan Colombia. Sus efectos sobre la guerra y la paz. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.



**Has the Deliberative Model of
Democracy an epistemic value?**

Has the deliberative model of democracy an epistemic value?

¿Tiene el modelo de democracia deliberativa un valor epistémico?

O modelo de democracia deliberativa tem valor epistêmico?

Roberto García Alonso (España)

Pontificia Universidad Javeriana
garcia.roberto@javeriana.edu.co

Roberto García Alonso es doctor en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Es miembro y webmaster del Centro de Teoría Política de la UAM (CTP) y miembro del Grupo de Investigación de Teoría Política de la UAM. Actualmente se desempeña como profesor Asistente en el Departamento de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia).

Resumen

La democracia deliberativa es un ideal normativo de democracia. Este modelo no solo constituye una propuesta para la regeneración de la legitimidad de nuestras instituciones, sino también un mecanismo para la toma de decisiones. Se basa en dos dimensiones: una dimensión procesal de acuerdo con la cual el modelo exige la inclusión y una capacidad igual de influir en la decisión final de todos los afectados (Cohen, 1989; Bohman, 1996; Habermas, 1992...) y una dimensión sustantiva donde las decisiones políticas se toman a través de un procedimiento colectivo a través de la argumentación y el debate público. Si estas condiciones se respetan, las decisiones serán más racionales y mejores. Este artículo tiene dos objetivos. En primer lugar presentaré los elementos clave de esta concepción epistémica de la legitimidad política. En segundo lugar voy a mostrar los retos a los que se enfrenta. Por un lado, el carácter contrafáctico de muchos de sus propuestas y por el otro, los problemas obvios del evidente sesgo consensual de este modelo.

Abstract

Deliberative democracy is a normative ideal of democracy. This model is a proposal for the regeneration of the legitimacy of our institutions, but also a mechanism for decision making. It is based on two different dimensions: a procedural dimension, where the model demands the inclusion and an equal capacity to influence the final decision of all those affected (Cohen, 1989; Bohman, 1996; Habermas, 1992 ...) and a substantive dimension where the political decisions are made through a collective procedure of argumentation and public discussion. If these conditions are recognized, the decisions will be more rational and better. This paper has two aims. First, I will present the key elements of this epistemic conception of political legitimacy. Secondly, I will show the challenges it faces. On the one hand,

Resumo

A democracia deliberativa é um ideal normativo de democracia. Este modelo não só constitui uma proposta para a regeneração da legitimidade das nossas instituições, mas também um mecanismo para a tomada de decisões. Baseia-se em duas dimensões: uma dimensão processual de acordo com a qual o modelo exige a inclusão e uma capacidade igual de influir na decisão final de todos os afetados (Cohen, 1989; Bohman, 1996; Habermas, 1992...) e uma dimensão substantiva onde as decisões políticas tomam-se através de um procedimento coletivo através da argumentação e o debate público. Se estas condições se respeitam, as decisões serão mais racionais e melhores. Este artigo tem dos objetivos. Em primeiro lugar apresentarei os elementos chave de esta concepção epistémica da legitimidade política. Em segundo lugar vou mostrar os retos

the counterfactual of many of its postulates and on the other, the obvious problems of consensualist bias of this model

aos que se enfrenta. Por um lado, o caráter contrafático de muitas das suas propostas e pelo outro, os problemas óbvios do evidente sesgo com consensualidade deste modelo.

Palabras clave: Democracia deliberativa, el valor epistémico, el consenso, la racionalidad, la rectitud moral.

Keywords: Deliberative democracy, epistemic value, consensus, rationality, moral rightness.

Palavras chave: Democracia deliberativa, o valor epistémico, o consenso, a racionalidade, a retidão moral.

Para citar este artículo / to cite this article / para citar este artigo:

García, Roberto (2012). Has the Deliberative Model of Democracy an epistemic value?. *Panorama*, VII (12), 23 - 37.

Introduction

Most authors have defended that the deliberative democracy has an epistemic value. According to them, deliberation is a mechanism for the search of truth (Bohman, 1996: 6; Richardson, 2002: 76; Cfr. Habermas, 1992). However, this justification is plagued with problems.

Liberals defend a presumption in favor of individual liberty and limited liberty only to protect the equal rights of others. In this sense, they underline a priority of “just” above the considerations of “good life”. This is essentially the liberal way of thinking about a just society. It denies the existence of anything that transcends individual preferences. Liberalism understands democracy as a formal and neutral procedure. According to it the legitimacy of the rules derives from the endorsement by the representatives in the Parliament following the established procedure. The justification of decisions can only be derived from adopting a procedure that ensures fairness and equity. From this perspective, the main objective of the policy will be the best compromise between private, opposite and irreconcilable interests, and explicitly refuses anything that transcends private preferences.

On the contrary, Jürgen Habermas claims that the moral agreement is possible. It is derived from a particular process of communication. A communication oriented to mutual understanding and this is subjected to several criteria for measuring the quality of dialogue (“*Real Speech Situation*”). The result of this process is a rational agreement, a rational consensus (Cfr. Habermas, 2000: 21). When we attribute epistemic value to this consensus, we assume that if this unanimous decision is the result of a deliberative process, it will be a sufficient condition to assert its moral rightness. If these conditions of measuring deliberation quality were recognized, the decisions would be correct from a moral point of view and they would be more rational and better.

This work has two relevant dimensions. First, the plural character of our societies raises doubts about the real possibility of moral substantive agreement. Second, despite the resonance of Habermas’s studies, the theoretical arguments have been presented without empirical evidence or a robust explanation. Both aspects will be addressed in this paper.

In this paper I will expose the weaknesses of the justification of deliberative democracy. First, I will describe the Habermasian deliberative model. Then, I will present the essential elements of this epistemic conception of democracy. This characterization is necessary in order to recognize the elements of this epistemic conception of democracy. Secondly, I will contrast their assumptions with the reality. In this sense, I will present some empirical evidences. These evidences will resolve doubts about the benefits and the epistemic value of the deliberative model.

The habermasian deliberative model

Habermas’s proposal is original in the following sense: the moral universalism of Habermas depends on a dialogical procedure of communication. This procedure is oriented to mutual understanding and this is subjected to several criteria for measuring the quality of dialogue (“*Real Speech Situation*”). According to this, this model is

different from John Rawls's monological model and the contemporary republican model - where the deliberation depends on virtuous participation of citizens, who are committed to the common good. This ideal deliberation allows us to reach a rational agreement.

Habermas resorted to an analysis of our communicative practices. In *Theory of Communicative Action*, Habermas supposes there is a close relation between rationality and knowledge, "who have knowledge, can be more or less rational". According to this, there are two types of actions, in accordance with the status of the rules that govern the behavior: we can find goal-directed actions we meet the rational action and teleological actions within. Communicative action is distinguished by Habermas from other forms of action. Communicative action is action based upon this deliberative process, where two or more individuals interact and coordinate their action agreed upon interpretations of the situation (Habermas, 1984: 86).

Habermas identifies and reconstructs a series of universal conditions or "universal validity claims" in the structures of argumentative speech. Within communicative action an agent must necessarily engage these claims and believe that such claims can be made.

The argument relies on the following assumptions:

(1) communication can proceed between two individuals only on the basis of a consensus regarding the validity claims raised by the speech acts they exchange;

(2) these validity claims concern at least three dimensions of validity: a) truthfulness, b) rightness, and c) truth.

(3) this mutual understanding is maintained on the basis of the shared presupposition that any validity claim agreed upon could be justified, if necessary, by having recourse to good reasons.

In other words, a speaker claims not only that what they say is true (c), but also that it is normatively right (b) and honest (a). Moreover, the speaker implicitly offers to justify these claims if they are challenged with reasons. The actions of the actors are not coordinated via egocentric calculations of interest, but they do lead to mutual understanding (Cfr. Habermas, 2001: 385).

This approach involves a "procedural view of rationality". Habermas situates rationality as an inherent capacity within language, especially in the form of argumentation. The validity of any norm may be subjected to this rational checkout, that is, this discursive procedure. In other words, rationality is a characteristic of the process by which the decision is made. "The intrinsic characteristics of the process allow for attributing a rational value to the decisions. The rationality inherent in this practice is seen in the fact that a communicatively achieved agreement must be ultimately based on reasons. And the rationality of those who participate in this communicative practice is determined by whether, if necessary, they could, under suitable circumstances, provide reasons for their expressions" (Habermas, 1984:17).

He equated empirical truth with ideal justifiability—a consensus theory of truth-. According to that theory, the “truth condition of propositions is the potential assent of all others”; thus “the universal-pragmatic meaning of truth... is determined by the demand of reaching a rational consensus” (Habermas, 1971/2001: 86, 89). Such formulations suggest that Habermas equated the meaning of truth with the outcome of a universal, rational consensus, which he understood in reference to the ideal speech situation (Habermas, 1971/2001: 97–98).

In a moral dimension, Habermas translates this consensus theory of truth, thus, he summarizes his idealized conception of practical discourse in the “discourse principle”: A rule of action or choice is justified, and thus valid, only if all those affected by the rule or choice could accept it in a reasonable discourse (Habermas, 1990: 66, 93). The Discourse principle thus applies moral rightness and ethical authenticity.

In other words, “ideal speech situation” acts as a regulative ideal. Habermas providing one set of criteria for measuring the quality of discourse refers to structural features: inclusiveness, equal communicative rights, the absence of repression or manipulation. Other criteria concern required dispositions of participants: reflexive attitudes towards one’s own claims, willingness to take the demands and the counterarguments of the other seriously, and sincerity or the absence of manipulation and self deception (Habermas, 2005: 39–40). In this vein, for Habermas, the legitimacy of an authority only comes from a democratic process that allows a reasonable assumption for rational acceptance of their results (Habermas, 1992, 2005). The result of this procedure is the consensus, however, this does not mean the possibility of the persistence of deep ethical disagreement, like Rawls. For Habermas, the participants in a deliberation have to make a decision rationally motivated and it becomes from the same reasons” (Habermas, 1998: 161). In conclusion, the idea of legitimacy depends on the fulfillment of two essential conditions: 1) satisfying the procedural requirements for a correct procedure (formal legitimacy) and 2) the rational acceptability of the results of this procedure (substantive acceptability).

An epistemic conception of democracy

When we attribute epistemic value to this consensus, we assume that this unanimous decision is the result of a deliberative process. This means that: First, the existence of a correctness standard. This standard allows us to know when a decision is correct. In our case, this standard is the “ideal speech situation”. According to Habermas this ideal situation operates like a criterion of decision correctness. This “ideal situation” imposes regulatory conditions to the deliberative process (regulative ideal), the conditions of the process allow to attribute a rational value to the decisions. The legitimacy of decisions exclusively derived from these procedural conditions (Cfr. Perez Zafilla, 2009, p. 158).

Secondly, there is a procedure: deliberation, that allows making those right decisions. According to the first point, this procedure should be subjected to these normative conditions that operate as a standard for assessing the quality of the dialogue.

Thirdly and finally, the goal of these deliberative processes is the agreement among all participants. This agreement represents the right or the best decisions from the formal or procedural point of view but also it is the best from a substantive point of view.

In other words, Habermasian deliberative model is understood as a process that produces consensus. 1) The Habermasian deliberative model conceives the deliberation as a mechanism to discern the “rightness” of the rules of action, 2) It maintains a concept of consensus, particularly rigid because it requires a minimum agreement from the basis of the same substantive reasons resulting from the deliberative process itself; reasons are independent of the particular interpretations of good too. 3) It is possible because the process is subjected to strict procedural criteria, but also participants are subjected to the strict requirements of the communicative rationality (a reflexive attitude towards one’s own beliefs and background assumptions, willingness to take the demands and the counterarguments of the other seriously, and sincerity or the absence of manipulation and self-deception).

The assumptions of deliberation

Liberal democracy involves a minimal sense of autonomy and equality. The main value in democracy is the basic political equality among all citizens, understood as a “prima facie” equal right to influence or determinate political decisions. The citizens are considered autonomous, they make their own choices and they have a basic and equal right to participation. All this constitutes democracy. This presupposes that none of us possesses an infallible epistemology. On the contrary, deliberative democracy represents an alternative point of view to this “pure proceduralist” conception of democracy and the “substantive” conceptions of democracy.

Deliberative democracy is an alternative ideal of political legitimacy. Ideally speaking, political decisions are considered legitimate if they are the product of a deliberative procedure of decision-making. The decisions, that are the result of a deliberation, are more legitimate because they have been adopted by procedural conditions that allow fair decisions. But, these decisions would not only be legitimate, but also they would be correct because they have been adopted on the basis of the best argument—of the rational argument. In this sense, the idea of epistemic value is the main source of moral validity of the deliberative model and the main argument in its defense.

In the deliberative democracy, political decisions are to be made through a collective procedure of argumentation where arguing consists in exchanging reasons, oriented to the goal of rationally convincing others, instead of strategic participation oriented to impose personal political preferences or desires on others (Manin, 1987, 352 and 353; Cohen, 1989, 17-21; Estlund, 1993; Gutmann and Thompson, 1996; Christiano, 1996, 53-55; Fishkin and Laslett 2003, 2); and it is supposed to lead us, at least ideally, to rational consensus. Deliberation assumes, as we have seen, both the existence of rightness (or impartiality, or some other equivalent) in political decisions, and the possibility to know which is the right (or impartial) decision (Cohen, 1986, Estlund, 1997: 174; Christiano, 1997).

In other words, when we attribute epistemic value to this procedure, this means that:

First, it is the existence of a correctness standard. This standard allows us to know when a decision is correct. In our case, this standard is the “Real speech situation”. According to Habermas, this ideal situation operates like a criterion of decision correctness. This “ideal situation” imposes regulatory conditions to the deliberative process (regulative ideal), the conditions of the process allow to attribute a rational value to the decisions.

Second, there is a procedure:deliberation, which allows getting those right decisions. According to the first point, this procedure should be subject to these normative conditions that operate as standard for assessing the quality of the dialogue.

The goal of these deliberative processes is the agreement among all participants. This agreement represents the right or the best decisions from the formal or procedural point of view but also it is the best from a substantive point of view. In other words, the legitimacy of decisions does not only derive exclusively from these procedural conditions. The idea of legitimacy depends on the fulfillment of two essential conditions: 1) satisfying the procedural requirements for a correct procedure (formal legitimacy) and 2) the rational acceptability of the results of this procedure (substantive acceptability).

In this sense, the deliberation could primarily be defined as a qualified form of communication whose conditions under which it operates allows the beliefs, values and preferences of citizens to change and be more rational, thus allowing to find points in common.

It is possible because in all cases:

1) We assume “deliberative capacities” of the individuals. A successful deliberation depends on cognitive and moral capacities. Citizens who are able to have or create their own beliefs and preferences, with ability to consider alternatives and an attitude to receive favorable and serious demands and counter-arguments of others, etc., are required for deliberation. In other words, individuals are rational, ethical and moral agents. Individuals are explicitly assumed to have a basic cognitive capacity to argue with reasons, to recognize criteria of justification, to be logical and to reflect on their own presuppositions.

However, the research suggests that individual’s capacities are less than assumed by deliberative democracy. Second, the use of the information and the formation of the individual judgments depend on contextual factors and important cognitive factors.

The empirical studies suggest that the individuals are not particularly rational and logical in their judgments. They show the important influence of cognitive factors in the formation of their judgments: the use of heuristic (Cfr. Downs 1957; Popkin, 1991; Sniderman, 1992), prejudices and stereotypes (Cfr. Miller, 1992) cognitive dissonance (Festinger, 1957) or pre-existing strong emotional commitments and preferences. Many studies have drawn attention to the powerful influence of cognitive factors: “cognitive victories”, this invites us to consider important factors like the memory, the attention or remembering the arguments (CfrLupia 2002).

Moreover, the information comes from our political environment (mass media, political parties...), but the final use depends on a complex interaction of factors like our "conscience", our values, knowledge, etc ... People do not have a full catalogue of opinions, people possess a number of considerations that may compete with each other, and their salience depends on the contextual framework (Cfr. Converse, 1964, Zaller, 1992).

2. It assumes a problematic presupposition regarding the nature of communication and group dynamics. The deliberation is presented as a communication normatively constrained, communication that aims to change the content of, intensity of, or reasons for the preferences, beliefs, actions or interpretations of one's interlocutors with respect to matters of public concern (Neblo, 2005: 174).

These conditions should ensure to reach agreement, a consensus among all participants. A consensus that, in the deliberative theory, appears as an expression of the rationality and the moral rightness.

In this light, deliberative democracy theory understands the communication as an essentially non-problematic phenomenon. Communication would not be more than a neutral vehicle for the transport of subjectively constructed views, a mere epiphenomenon resulting from the dynamic or cognitive structures of individuals and social structure. A minimal analysis of the latest research shows that communicative exchanges determine the quality of cognition. While the quality of the structures of communication are clearly affected by the cognitive abilities of the individuals involved, these cognitive abilities are themselves, at least in part a product of communicative exchanges in which individuals are regularly involved (Rosenberg 2002).

Moreover, the desirability of the deliberative process is derived from the real possibility of reaching a consensus. But obviously, any convergence of views cannot be regarded as relevant. Deliberative theory requires a qualified consensus, a rational agreement. This view has important implications, and suggests one question: how can we evaluate the consensus really reached?

The evaluation of consensus is a factual matter. We will only know the rational character of the real consensus if we examine the conditions under which consensus has been made. In this vein, then, the important thing is not the effective consensus, but the criteria of rationality introduced to qualify it.

Secondly, it is not sure that the consensus will be a necessary result of this communication process. The empirical studies about group processes challenge this idea. It is argued that we do not behave in the same way when we act individually than when we represent a group or we are part of one. There would be an important phenomenon as "discontinuity" or "groupthink". First, the concept of discontinuity refers to the idea that the existence of the group itself has a crucial impact on the behavior of individuals (Cfr. Ash, 1951, 1956). In this light the pressure on individuals and groups can induce that the individuals in a minority position would tend to accommodate their opinion to the opinion of the majority. Secondly, the tendency to unanimity among group members may be due to the groupthink phenomenon. This concept describes the tendency of individuals engaged in group process to change their preferences in the sense of the majority (Cfr. Janis 1972). Moreover, deliberation might transform preferences; democratic

deliberation might help to accomplish this by allowing relevant constituencies to sort out and hopefully reduce the dimensions over which they disagree. But it is a real possibility that, it might even exacerbate conflict. This might occur in at least two ways. First, disagreement and conflict are not only the starting point of deliberation but a primary creative resource. As a creative process, however, deliberation might well proliferate rather than diminish understandings of what is at stake in a given political contest. Secondly, even if deliberation does induce a shared understanding of the dimensions of conflict, this may serve simply to focus attention on the depth of disagreement. A participant may conclude that “if this is what is at stake, then I really disagree (Knight y Johnson, 1994: 286; Cfr. Sunstein, 2002)¹”.

The real problem is that deliberative democracy presupposes that consensus is possible and preferable to conflict. The consensus represents a more rational and better decision and the real possibility of moral agreement. The use of public and rational discussion as a mechanism of deactivation of the conflict and differences in the field of ethical and political reflections. However, conflict and consensus are two sides of the same coin, are two dimensions of political phenomena. In deliberative theory the relationship between conflict and consensus means that there is a sequence where the conflict is the starting point and the consensus is the point of arrival. However, the interrelationship between conflict and consensus is much more complex. The possibility of consensus does not eliminate the possibility of conflict in general, because this is an intrinsic dimension of the concept of politics. Moreover, the consensus is not necessarily desirable, because it might be oppressive, “nullify the symbolic dimension of the game between authority and opposition” (Maldonado, 2007: 46, Cfr. Shapiro, 2002: 199; Mouffe, 1993).

The consensus is not a necessary result of the deliberative process. It is possible that the individual or group of individuals, exercising their personal autonomy, refuse to accept the consensus and thus become dissident. This dissent should constitute the basis of legitimacy. According to Muguerza, it would be a lower limit to the consensus, when according to our consciousness we determine that the collective decision violates my human condition” (1990: 682) “imperative of dissent” or “alternative of dissent”.

This tension between the universality of consensus and individual autonomy and the possibility that the deliberative process does not necessarily culminate in an agreement are powerful reasons. We need to consider the possibility of reasonable disagreement and dissent as possible results of the deliberative process and we need to think of alternatives to consensus as the key to the legitimacy of political decisions.

Conclusions

In this paper, I have attempted to offer an understanding of the epistemic value of the democratic deliberation. First we saw that deliberative democracy is not only a model of legitimacy of political decisions but also a decision-making mechanism. In this vein, the attribution of epistemic value to the deliberation means that decisions reached under this model were better and more rational. According to Habermas the legitimacy of an authority only comes from a democratic process that allows a reasonable assumption for rational acceptance of their results

¹ Here the crucial point is the “force of the better argument”. Other forms of influence are explicitly excluded, so that interlocutors are free to be convinced with reasons.

(Habermas, 1992, 2005). The result of this procedure is the consensus; this does mean the possibility of the solution of deep ethical disagreement. For Habermas, the participants in a deliberation have to get a decision rationally motivated and it becomes from the same reasons” (Habermas, 1998: 161). In other words, he defends a rigid concept of consensus which has an epistemic value and represents the best and more rational decision.

Secondly, we provided an overview of the constituent elements of the epistemic justification of deliberative democracy. In this light, we have seen as the success of deliberation depends on the important assumptions about the deliberative capacities of citizens, the nature of communication processes and group dynamics. Finally, I have examined some empirical studies which suggest that the deliberative assumptions regarding the cognitive capacities of individuals are incorrect and that communication is more than just a neutral medium or vehicle. Moreover, I have shown that the consensus is not a necessary result of the deliberation procedure, and it is possible that the deliberation exacerbated conflict or created a false consensus. This suggests that we need to think of alternatives to consensus as the key to the legitimacy of political decisions.

It is true that that deliberative democracy is a counterfactual model and a regulative ideal. But the real problem is that deliberation is usually treated as a decision-making procedure with important cognitive and political benefits. However, this approach falls short to appreciate the consequences of the deliberative process. The role of empirical evidences in theories of deliberation should not be counted as evidence for or against deliberation, but it can show the various dimensions of success and the means of achieving them. A satisfactory answer to this question should entail measures to enhance the democratic capacity of citizens and the group dynamics in different participatory practices within the public sphere.

Unless the capacity gained within these practices is visibly and comprehensibly linked to actual decision-making processes, this model will only be a vain aspiration.

References

1. Ash, S. E. (1951) "Effects of Group Pressure on the Modification and Distorsion of Judgments" En Steere, H (ed.) *Groups, Leadership and Men*. Pittsburgh: Carnegie.
2. Bohman, J. (1996). *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge: MIT Press.
3. Cohen, J. (1986) An Epistemic Conception of Democracy, *Ethics*, 97 (1), 26-38.
4. Cohen, J. (1989) The Economic Basis of Deliberative Democracy, *Social Philosophy and Policy*, 6, (2): 25-50.
5. Converse, P. (1964): "The Nature of the Beliefs Systems in Mass Publics:" En Apter D. *Ideology and Discontent*, New York: Free Press
6. Christiano, T. (1996) *The Rule of the Many*. Colorado: Westview Press.
7. Christiano, T. (1997) "The Significance of Public Deliberation:" En Bohman, J. & Regh, W. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.
8. Downs, A. (1957) *An economic theory of democracy*. Nueva York: Harper and Row.
9. Estlund, D (1993) "Who's Afraid of Deliberative Democracy? The Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence," *Texas Law Review*: 1437-1477.
10. Estlund, D (1997) "Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority," En Bohman, J y Regh, W (1997) *Deliberative Democracy*, MIT Press,
11. Fishkin, J. & Laslett, R. (2003) *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell.
12. Gutmann, A. & Thompson, D. (1996) *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.
13. Habermas, J (1984) *Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. Boston, Beacon Press.
14. — (1992) "Tres modelos de democracia sobre el concepto de una política deliberativa," *Debats*, 39: 18-21.
15. — (1998). *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
16. — (2000) *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Madrid: Trotta

18. — (2001) *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*. Madrid: Cátedra.
19. — (2005) "Concluding Comments on Empirical Approaches to Deliberative Politics", *ActaPolítica*, 40: 384-392.
20. Janis, I. (1972) *Victims of Groupthink*. Boston: Houghton Mifflin.
21. Knight, J. y Johnson, J. (1994). «Aggregation and deliberation: On the possibility
22. of democratic legitimacy», *Political Theory*, 22, 2: 277-296.
23. Lupia, A. (2002) Deliberation disconnected: What it takes to improve civic competence. En *Law and Contemporary Problems*. 65, 3: 133-150.
24. Manin, B. (1987). "On legitimacy and political deliberation", *Political Theory*, 15(3): 338-368.
25. Maldonado, M.A. (2007) "La política en la teoría deliberativa. Notas sobre deliberación, decisión y conflicto". *Revista Española de Ciencia Política*, 16: 37-59.
26. Miller, D. (1992) "Deliberative Democracy and Social Choice", *Political Studies*, XL, Special Issue: 54-67.
27. Mouffe, Ch. (1993). *The return of the political*. Londres: Verso.
28. Muguerza, J. (1989) "La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos) En Muguerza, J. et al. *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por Gregorio Peces Barba Martínez. Madrid: Debate.
29. — (1990). *Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*. Madrid: Fondo de Cultura Económica
30. Neblo, M.A. (2005) "Thinking through Democracy: Between the Theory and Practice of Deliberative Politics", *ActaPolítica*, 40: 169-181.
31. Perez Zafrilla, P.J. (2009) "Democracia deliberativa: una apuesta por el valor epistémico de la deliberación pública". *Revista de Filosofía*, 34, 1: 155-173
32. Popkin, S. L. (1991). *The Reasoning Voter: Communication and Persuasion in Presidential Campaigns*. Chicago: University of Chicago Press.
33. Richardson, H. (2002). *Democratic autonomy, Public reasoning about the ends of policy*, Oxford, Oxford University Press.
34. Rosenberg, S.W. (2002). *The Not So Common Sense: Differences in the Way People Judge Social and Political Life*. New Haven: Yale University Press.

35. - (2005). "The Empirical Study of Deliberative Democracy: Setting a Research Agenda", *ActaPolítica*40: 212-224.
36. Shapiro, I. (2002). «Optimal Deliberation?», en J. Fishkin y P. Laslett, eds., Debating deliberative democracy, *Journal of Political Philosophy, special number 10,2*: 196-211.
37. Sniderman, P. M., Brody, R.A. y Tetlock P. et al. (1991). *Reasoning and choice.Explorations in political psychology*. Cambridge: Cambridge University Press,
38. Sunstein, C (2002). «The law of group polarization». En *The Journal of Political Philosophy, special number, 10, 2*: 175-195
39. Vallespin, F (2001) "Teoría del discurso y acción comunicativa en JürgenHabermas" En Máiz, R (ed.) *Teorías Políticas Contemporáneas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
40. Wilson, R.W. (1992). *Compliance Ideologies: Rethinking Political Culture*. New York: Cambridge University Press.
41. Zaller, J. R. (1992). *The Nature and Origins of Mass Opinion*.Cambridge: Cambridge UniversityPress.



**Globalização e Democracia:
Imigrações Internacionais e os
Limites da Cidadania Nacional.**

Globalização e democracia: imigrações internacionais e os limites da cidadania nacional.

Globalización y democracia: inmigraciones internacionales y los límites de la ciudadanía nacional.

Globalization and democracy: international immigration and limits of national citizenship.

Hélcio Ribeiro (Brasil)

helcioribeiro@uol.com

Doutor em direito pela Universidade de São Paulo, professor de Sociologia Jurídica nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo.

Resumen

Aunque la democracia se haya transformado en una idea difundida hasta el cansancio por el mundo en las últimas décadas, también se verifica en la literatura especializada y en las investigaciones de opinión que el régimen democrático está en crisis. Este proceso aparentemente paradójico se deriva del hecho de que las nuevas democracias surgidas al final del siglo XX son desafiadas por dos factores importantes: la globalización económica y la creciente complejidad social. Con el declinar del Estado-Nación traído por el proceso de reestructuración del capitalismo a escala mundial, los mecanismos políticos y jurídicos de intervención económica, distribución de la renta, desarrollo nacional y protección de los derechos del ciudadano, sufren un radical debilitamiento. Por otro lado la globalización intensifica y facilita el desplazamiento poblacional y la migración internacional.

Resumo

Embora a democracia tenha se transformado em uma idéia difundida à exaustão pelo mundo nas últimas décadas, também se verifica na literatura especializada e nas pesquisas de opinião que o regime democrático está em crise. Este processo aparentemente paradoxal decorre do fato de que as novas democracias surgidas no final do século XX são desafiadas por dois fatores importantes: a globalização econômica e a crescente complexidade social. Com o declínio do Estado-Nação trazido pelo processo de reestruturação do capitalismo em escala mundial, os mecanismos políticos e jurídicos de intervenção econômica, distribuição da renda, desenvolvimento nacional e proteção dos direitos do cidadão, sofrem um radical enfraquecimento. Por outro lado a globalização intensifica e facilita o deslocamento populacional e a migração internacional.

Abstract

Although democracy has become an endlessly widespread idea around the world in recent decades, is also verified in specialized literature and opinion research that the democratic regime is in crisis. This apparently paradoxical process stems from the fact that the new democracies that emerged at the end of the twentieth century are challenged by two important factors: economic globalization and increasing social complexity. With the decline of the nation-state brought by the restructuring of capitalism at a global scale, political and legal mechanisms of economic intervention, income distribution, national development and protection of the citizens' rights, undergo a radical weakening. On the other hand, globalization intensifies and facilitates population displacement and international migration.

Palabras clave: Globalización, democracia, inmigraciones, ciudadanía

Keywords: Globalization, democracy, immigration, citizenship

Palabras chave: Globalização, Democracia, imigração, cidadania

Para citar este artículo / to cite this article / para citar este artigo:

Ribeiro, Helcio (2012). Globalização e democracia: Imigrações internacionais e os limites da cidadania nacional. *Panorama*, VII (12), 39 - 51.

Introducción

Processos migratórios em escala mundial são antigos e também marcam o advento da sociedade moderna. O fenômeno da globalização, porém, estimula novas formas de deslocamento populacional, trazendo consigo reações que vão desde a tentativa de fortalecer os controles estatais nas fronteiras e aeroportos, como também o ressurgimento de nacionalismos, xenofobia e racismo no interior dos Estados nacionais. Se, por um lado, tendências integristas de alguns Estados evocam muitas vezes a soberania popular como forma de defesa das fronteiras nacionais, por outro lado, evocam a ideia de direitos humanos e intervenções humanitárias para ocupação militar de Estados ditatoriais, com apoio da ONU. Este fenômeno traz à tona problemas políticos e jurídicos relacionados à própria ideia de democracia e direitos humanos. A conciliação entre estas duas dimensões não é pacífica. Ela aponta para o paradoxo da democracia moderna, assentada simultaneamente nas ideias de direitos humanos e soberania popular, ideias muitas vezes contraditórias.

A partir de sua teoria da ação comunicativa, o pensador alemão Jürgen Habermas, busca superar o paradoxo sustentando a ideia de cooriginariedade dos direitos humanos e da soberania popular, entendendo-os como duas dimensões de um mesmo acordo no qual os parceiros do direito atribuem-se mutuamente direitos voltados para a proteção da autonomia privada (direitos humanos) e da autonomia pública (soberania popular e os decorrentes direitos de participação). Nesta perspectiva, Habermas avança uma possível solução teórica para o paradoxo com base numa teoria do direito assentada na ideia de discurso. O presente artigo apresenta alguns aspectos importantes da formulação habermasiana e algumas críticas feitas ao seu posicionamento.

1) Teoria elitista da democracia e democracia deliberativa

A ampla difusão dos valores democráticos no século XX e mais ainda após o fim do socialismo soviético e da queda do muro de Berlim em 1989, foi acompanhada de uma antiga polêmica, sempre renovada, a respeito do alcance e do sentido dos regimes democráticos. A hegemonia liberal tem sido alvo de constantes críticas e novas teorias vêm procurando apontar alternativas a este modelo no plano normativo. As teorias deliberativas da democracia buscam superar os limites do modelo agregativo que se desenvolve a partir da obra de Schumpeter cuja pretensão descritiva abandona idéias como bem comum, vontade geral e povo, em favor da idéia de agregação de preferências dos indivíduos via partidos políticos que competem em um processo eleitoral visto como um instrumento de escolha da elite governante, desencorajando a participação popular mais ampla e distanciando-se da dimensão normativa da política democrática.¹

O regime democrático, entendido de forma geral como a participação dos cidadãos nas decisões políticas, define os limites desta participação, estabelecendo legalmente quem pode e quem não pode participar da formação da vontade política. O desenvolvimento da democracia moderna se dá concomitantemente ao advento do Estado-Nação, levando à idéia de cidadania nacional. Ao longo da evolução do Estado moderno, este definiu não somente

¹ Chantal Mouffe, *The Democratic Paradox*, Verso, London and New York, ,pag, 82,

fronteiras territoriais como também os limites simbólicos de pertencimento e exclusão. Frequentemente o regime democrático conviveu, deste modo, com diversas formas de exclusão como: mulheres, negros, índios, etc. A exclusão do imigrante sempre foi inerente à própria noção de cidadania dentro desse contexto, pois o Estado moderno se consolida atribuindo direitos e deveres aos *seus* cidadãos, protegendo a nação das ameaças externas. Isso não quer dizer que o imigrante não tenha participado desse processo. De modo geral as políticas de imigração variaram muito entre períodos de abertura e fechamento ao estrangeiro conforme necessidades econômicas dos Estados.

O processo de globalização vem alterando essa relação entre o nacional e o imigrante na medida em que desigualdades sociais, guerras e catástrofes ambientais forçam cada vez mais os fluxos migratórios internacionais. Por outro lado a globalização também facilita a circulação internacional de trabalhadores e pessoas em geral em virtude da compressão do espaço² causada pelo barateamento dos transportes e da formação de redes de proteção do imigrante, colocando em cheque a capacidade de controle desses fluxos a partir do Estado nacional que vê sua soberania questionada.

A globalização vem afetando também a capacidade do Estado de garantir direitos aos seus próprios cidadãos na medida em que os fluxos financeiros internacionais e políticas de privatização, associadas à reestruturação produtiva do capitalismo, aumentam as desigualdades entre classes e países³, estimulando o ressurgimento de tendências nacionalistas, xenófobas e fundamentalistas.

Faria aponta cinco conseqüências da reestruturação produtiva do capitalismo, responsáveis pelo enfraquecimento do Estado-nação. A primeira é a velocidade do desenvolvimento científico e tecnológico, convertido em força produtiva pela sociedade da informação, cada vez mais voltados para a busca do lucro no curto prazo e trazendo como conseqüência o aumento dos riscos ambientais e financeiros, não mais passíveis de controle pelos meios técnicos e jurídicos que caracterizaram a sociedade moderna. Como são produzidos por forças políticas e econômicas de dimensão transnacional é difícil identificar os responsáveis pelos danos, colocando em cheque a própria idéia de cidadania. A segunda é a redução da margem de manobra dos governos na formulação das políticas econômicas diante da financeirização da economia global e da ação de empresas transnacionais e agências de análise de risco que desafiam a soberania e a democracia dos países em desenvolvimento.⁴

A terceira conseqüência da reestruturação capitalista é a diferenciação sócio-econômica responsável pela formação de sistemas autoregulados que ultrapassam as fronteiras nacionais e dissolvem as formas centralizadas e hierárquicas de poder tradicionais. A quarta está relacionada à reorganização industrial estimulada pelo advento do pós-fordismo e fragmentação da produção cuja flexibilidade nos sistemas de automação e gestão empresarial tem forte impacto na divisão internacional do trabalho, propiciando o surgimento de fenômenos como a realocação industrial a partir de estratégias que favorecem a busca de mão de obra mais barata, incentivos fiscais, neutralização

2 David Harvey, *Condição Pós-moderna*. São Paulo, Edições Loyola, 1992.

3 José Eduardo Faria, *Direito e Conjuntura*, São Paulo, Saraiva, 2008.

4 José Eduardo Faria. *Direito e Conjuntura*, São Paulo, Saraiva, 2008, pags. 14-23.

de pressões trabalhistas e das leis de proteção ambiental.⁵ A quinta e última consequência da reestruturação do capitalismo se refere à própria crise do Estado-nação do ponto de vista cultural e étnico com o advento de processos migratórios e surgimento de novas e complexas formas de identidade multicultural.⁶

O desenvolvimento deste processo coloca em risco a sobrevivência da própria democracia liberal⁷, desafiando as propostas de reformulação das bases normativas do regime democrático que, grosso modo, ainda estão assentadas no modelo liberal que relaciona democracia e Estado nacional. As teorias deliberativas embora apontem a necessidade de ampliação da participação e busquem uma nova compreensão das relações entre sociedade civil e instituições políticas, esbarram na ambivalência do Estado-nação e da democracia moderna responsáveis por uma concepção restrita de cidadania. Esta é incapaz de dar conta dos conflitos que surgem por conta do próprio processo de globalização que estimula a circulação internacional de pessoas, trazendo à tona manifestações de xenofobia e racismo. As teorias deliberativas, por exemplo, não incluem o tema do imigrante e do *direito de imigração*⁸, *a despeito do desenvolvimento de uma ampla legislação internacional de direitos humanos e de proteção de imigrantes, legais ou não, refugiados e turistas. Este processo não afeta apenas a situação do imigrante, legal ou ilegal, ela coloca em cheque própria democracia liberal na medida em que esta desenvolveu-se, modernamente, a partir da constituição do Estado nacional e de uma clara distinção entre o cidadão nacional e o outro*, entre aquele que está dentro e aquele que está fora. Com o advento da sociedade global imperial estas distinções entram em declínio, bem como as dicotomias natural/social, público/privado: “Em contraste com o imperialismo, o Império não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É um aparelho de descentralização e desterritorialização do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão”⁹.

Diante da crise da democracia assentada no Estado-Nação, vem se desenvolvendo, no entanto, um ampla literatura a respeito da formação de uma sociedade civil transnacional e de uma cidadania mundial que esbarram no ceticismo de muitos analistas que ainda vêem no Estado nacional a solução dos problemas da sociedade global¹⁰.

Na teoria discursiva da democracia desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas encontra-se a mais importante e influente tentativa de elaboração da teoria deliberativa da democracia que, embora leve a sério o problema da inclusão, apresenta solução parcial para a questão do imigrante e dos choques culturais pelos quais passa a Europa e o mundo globalizado.

5 José Eduardo Faria, *Direito e Conjuntura*, São Paulo, Saraiva, 2008, pag. 26.

6 José Eduardo Faria, *Direito e Conjuntura*, São Paulo, Saraiva, 2008, pag.28.

7 Jean-Marie Guéhenno, *O fim da democracia*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1994; Luciano Canfora, *A democracia: História de uma Ideologia*, Coimbra, Edições 70, 2007; Giorgio Agamben, *O Estado de Exceção*.

8 Reis, Rosana Rocha. *Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais*.

9 Antonio Negri e Michael Hardt. *Império*, Rio de Janeiro, Record, 2001, pag. 12.

10 Fernando de Souza. *A Democracia: face política da globalização?*, *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n.1, Brasília, jan-jun. 2006; Rafael Duarte Villa; Ana Paula Baltasar Tostes, *Democracia Cosmopolita versus Política Internacional*, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 66, São Paulo, 2006.

A congruência entre autonomia pública e privada na teoria do discurso: republicanismo, liberalismo e procedimentalismo

Na teoria do discurso habermasiana a coesão entre Estado de direito e democracia decorre da idéia da *equiprimordialidade* de ambas idéias, de modo que uma não se sobreponha à outra. Nem o princípio da soberania popular deve ter primazia sobre os direitos humanos, nem este deve ter primazia sobre aquele. A concepção republicana, presente na história da filosofia de Aristóteles até a Renascença, dá primazia à autonomia pública dos cidadãos ao passo que a tradição liberal valoriza os direitos humanos como forma de evitar os riscos de uma tirania da maioria.¹¹ Segundo Habermas, embora Kant e Rousseau tenham tentado desenvolver uma teoria em que soberania e direitos humanos se interpretem mutuamente, nenhum dos dois levou até o fim esta perspectiva:

Eles ignoram a intuição que haviam pretendido trazer para junto do conceito: a idéia dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador.¹²

Para superar o dilema Habermas propõe encarar o processo democrático como mecanismo de legitimação do direito a partir da teoria do discurso. A vontade política racional, embasada em arranjos comunicativos, depende, deste modo, das condições jurídicas em que se institucionaliza o processo comunicativo capaz de criar direito legítimo.

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.¹³

Isto implica estabelecer uma relação entre direito e política que leva a uma revisão do conceito de soberania. No Estado de Direito a soberania não se encarna mais em um sujeito identificado, nem na reunião dos cidadãos, mas na formação da vontade política na esfera pública onde circula o poder comunicativo, intersubjetivamente. O poder político assume dupla dimensão: no poder comunicativo da esfera pública e no poder administrativo que toma decisões.¹⁴

Ao mesmo tempo, os direitos humanos garantem a autodeterminação dos cidadãos no plano privado, uma vez que, como autores do direito, eles são também seus destinatários. Visto deste ângulo, a teoria do discurso

11 A inclusão do outro, pag. 299.

12 A inclusão do outro, pag. 299.

13 A inclusão do outro, pag. 300.

14 Direito e Democracia, vol. I, pag. 173.

dissolve a contradição aparente entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos. Os direitos humanos não são vistos, nesta perspectiva, como fatos morais que o legislador é levado a positivar pois os cidadãos só podem garantir sua autonomia a partir da linguagem do direito, como sujeitos do direito.

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõe-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.¹⁵

Segundo Habermas essa coesão interna entre Estado de direito e democracia foi ofuscado pelo predomínio ora do paradigma jurídico liberal, ora pelo paradigma jurídico do Estado social, ambos voltados para o desenvolvimento de uma sociedade econômica e produtivista. A concepção procedimentalista, por sua vez, busca dissolver a contradição partindo da equiprimordialidade dos direitos humanos e do princípio da soberania popular, tornando coerente a coexistência da autonomia pública e da autonomia privada a partir da autolegislação surgida da comunicação intersubjetiva da esfera pública, cristalizada em normas de direito positivo pelo poder administrativo do Estado.

Estado-nação: direitos humanos contra a cidadania?

Apesar da dificuldade em definir com exatidão o que é uma Nação¹⁶ é certo que esta idéia teve um papel fundamental nos processos modernos de integração social, ao garantir a coesão entre indivíduos e grupos que já não tinham mais qualquer ligação com os laços estamentais tradicionais e, simultaneamente, garantir novas bases de legitimação para o Estado secularizado, cuja autoridade não podia mais fazer apelo à sua antiga base religiosa. Segundo Habermas o Estado moderno precisou mobilizar politicamente a população apelando não apenas à soberania popular e aos direitos humanos, mas a uma idéia com força suficiente para mobilizar as consciências do ponto de vista moral: a idéia de nação. Deste modo a nação não é histórica e culturalmente anterior à constituição política dos cidadãos autônomos mas o resultado de um compromisso cosmopolita que implica garantir a segurança e a liberdade interna em face às ameaças externas, ou seja, ela assume uma dupla face: “Ao passo que a nação dos cidadãos ligados ao Estado, fruto da vontade, é fonte de legitimação democrática, a nação de compatriotas, gerada de maneira espontânea, provê a integração social”.¹⁷

Habermas aponta, assim, uma ambivalência no Estado nacional moderno, resultado da tensão entre o universalismo da comunidade jurídica igualitária e o particularismo da comunidade histórica com propensão para um estado de guerra quase permanente, que só pode ser resolvida quando se dá primazia à autocompreensão cosmopolita da nação, cristalizada no Estado de direito democrático, em relação à concepção etnocêntrica e naturalista de nação:

¹⁵ A inclusão do outro, pag. 301.

¹⁶ Eric Hobsbawm. Nações e nacionalismo.

¹⁷ A inclusão do outro, pags. 134 e segs.

O Estado nacional deve seu êxito histórico à circunstância de ter substituído as débeis alianças corporativas da sociedade pré-moderna pela coesão solidária dos cidadãos. Mas essa conquista republicana passa a correr perigo se, ao invés, a força integrativa da nação de cidadãos for atribuída a um dado que se pretenda anterior à política, ou seja, a existência de um povo constituído por via natural e, portanto, a algo independente da formação política da opinião e da vontade dos próprios cidadãos.¹⁸

A dimensão bifronte da nacionalidade leva Habermas a sustentar que políticas de imigração devem combinar a dimensão política com a dimensão cultural da cidadania. O reconhecimento dos direitos do imigrante, interpretados politicamente numa perspectiva universalista, não deve levar à exigência de abandono da sua cultura, ao mesmo tempo que o imigrante deve respeitar a cultura política de sua nova pátria, pois “a aculturação política exigida não se estende à totalidade de sua socialização”.¹⁹

A interpretação universalista dos direitos da cidadania é um requisito primordial para impedir que a comunidade se feche em si mesma e se sinta ameaçada pelo imigrante. Só desta forma é possível, segundo o filósofo alemão, o caminho para uma cidadania mundial que, embora esteja longe de ser atingida, já pode ser vislumbrada nas diversas redes e movimentos de natureza global que vêm colocando em cheque a soberania do Estado-Nação desde inícios dos anos noventa do século passado. O autor sugere, em um texto escrito num momento em que o fim da União Soviética e a reunificação da Alemanha estimularam intensos fluxos migratórios e a reorganização territorial do velho continente, que os Estados europeus se unam em torno de uma política liberal de imigração²⁰, desenvolvendo um diálogo não imperialista com as demais culturas. Fica claro, porém, que o autor sugere um papel importante para a Europa do século XXI no processo de criação de uma nova ordem mundial após a decadência dos impérios²¹, deixando entrever um viés etnocêntrico em sua perspectiva.

No plano interno das nações, a teoria do discurso contribui para repensar o problema da inclusão do imigrante ao salientar a dimensão política da constituição da idéia de nação.

Mas ela também apresenta alguns limites importantes. Em primeiro lugar não é clara no que diz respeito à articulação e eventuais contradições entre a dimensão política e a cultural da cidadania pois a inclusão do imigrante requer uma ampliação do acordo político em detrimento da perspectiva cultural. Algo necessário mas difícil de se conseguir em face da força das tradições. O desenvolvimento de uma cidadania multicultural exige uma disposição política de elaborar novas formas de regulação voltadas para uma política de reconhecimento:

“...a organização de uma “cidadania multicultural” exige políticas e regulamentações que abalam a fundamentação nacional da solidariedade dos cidadãos transformada em uma segunda natureza. Nas sociedades multiculturais, torna-se necessária uma “política de reconhecimento”, porque a identidade de cada cidadão singular

18 A inclusão do outro, pag. 138

19 Direito e Democracia, vol II, pag.304.

20 Direito e Democracia, vol. II, pags. 304 e305.

21 Direito e Democracia, vol. II, pag. 297

está entretecida com as identidades coletivas e não pode prescindir da estabilização em uma rede de reconhecimentos recíprocos.²²

A concepção política liberal em que está assentada aposta muitas fichas na racionalidade dos acordos. Desta forma um requisito fundamental para o desenvolvimento de sociedades multiétnicas e democráticas é o reconhecimento, em cada uma delas, dos limites de suas próprias tradições culturais. Seja no plano das relações internacionais seja no plano interno do Estado-nação, o reconhecimento e a inclusão do outro depende de uma política de direitos humanos que seja capaz de superar os limites da concepção hegemônica liberal que vêm servindo de pretexto para impor os interesses do mercado global com o argumento de levar a democracia a países que vivem sob a opressão de regimes ditatoriais e pré-modernos, ou seja, que não compartilham as tradições ocidentais e, principalmente, européias de democracia e direitos humanos.²³ Seguindo os passos da hermenêutica diatópica proposta por Boaventura de Souza Santos, cada cultura precisa reconhecer sua incompletude.

Um projeto de transformação cosmopolita e contra-hegemônico depende das seguintes premissas. Em primeiro lugar superar o debate entre universalismo e relativismo cultural. Em segundo reconhecer que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, ainda que não a desenvolvam a partir de alguma teoria de direitos humanos. Em terceiro lugar reconhecer que todas as culturas são incompletas e problemáticas em suas concepções de dignidade humana. Em quarto lugar nenhuma cultura é monolítica uma vez que comportam diferentes concepções de dignidade humana em seu interior. Em quinto lugar todas as culturas dividem pessoas e grupos entre dois princípios diferentes de pertencimento hierárquico: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. O primeiro funciona a partir de unidades homogêneas como os estratos econômicos e o segundo opera a partir de diferenças étnicas, sexuais, religiosas, etc. Uma concepção transformadora e contra-hegemônica deve tentar distinguir as duas formas de luta.²⁴

Considerações finais

O advento da globalização estimula a circulação de pessoas e enfraquece o papel dos Estados no controle dos fluxos migratórios. Este processo, aliado ao crescimento das desigualdades entre classes e países, não favorece, no entanto, uma inclusão democrática do imigrante em seus novos contextos. Ao contrário, a crise da democracia se aprofunda na medida em que as concepções deliberativas não parecem ser suficientes para dar conta da escalada de novos nacionalismos e formas de exclusão acentuadamente xenófobas. Embora as teorias deliberativas busquem a ampliação da participação e o estímulo à cidadania ativa no plano nacional, a questão do imigrante não é tratada. O tema do imigrante é importante porque mostra os limites da concepção tradicional de democracia e cidadania centrada no Estado-Nação. As teorias deliberativas da democracia reproduzem esta limitação mesmo quando apontam para a necessidade de repensar o problema da inclusão a partir da idéia de cidadania mundial.

22 Jürgen Habermas, *A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos*, São Paulo, Littera Mundi, 2001, pag.94.

23 Eric Hobsbawm, *Globalização, Democracia e Terrorismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

24 Boaventura de Souza Santos, *Para uma concepção intercultural de direitos humanos*, in *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006, pags. 445 a 447.

A teoria do discurso habermasiana avança quando propõe a equiprimordialidade dos conceitos de soberania popular e direitos humanos na autocompreensão do Estado democrático de direito, mas é insuficiente e contraditória ao sugerir a necessidade de ampliar a cidadania para um espaço mundial, pois não leva em consideração o fato de que este último pressupõe uma redução do próprio conceito de soberania popular. Ou seja, se no plano interno a existência de uma dimensão política da nação convive com a dimensão cultural, o desenvolvimento da cidadania mundial implicaria a necessidade de redução da dimensão cultural para que um acordo político mais amplo abra espaço para a sociedade civil internacional. Em outras palavras, a idéia de cidadania mundial prescinde de uma conceituação melhor da idéia de autolegislação na perspectiva da esfera pública mundial, ainda incipiente. Habermas percebeu o problema e em seus últimos escritos vêm desenvolvendo uma concepção de cidadania a partir da idéia de uma sociedade civil mundial.²⁵

A superação do dilema tem, na idéia de hermenêutica diatópica, um complemento imprescindível para pensar uma ordem global contra-hegemônica e evitar que a concepção naturalista e etnocêntrica da nação se sobreponha à dimensão política e acabe servindo a interesses falsamente universais e imperiais.

²⁵ Jürgen Habermas, *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

Referências

1. Canfora, 2007 Luciano. A democracia: História de uma Ideologia, Coimbra, Edições 70.
2. Faria, 1999 José Eduardo. O direito na economia globalizada, São Paulo, Malheiros.
3. _____. 2008 Direito e Conjuntura, São Paulo, Saraiva.
4. Géhenno, 1994 Jean-Marie. O fim da democracia, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
5. Habermas, 1997 Jurgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade, vol. I e II, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
6. _____. 2002 A inclusão do outro. São Paulo, Edições Loyola.
7. _____. 2001 A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos, São Paulo, Littera Mundi.
8. Harvey, 1992 David. Condição Pós-moderna. São Paulo, Edições Loyola.
9. Hobsbawm, 1990 Eric. Nações e nacionalismo desde 1780, Rio de Janeiro, Paz e Terra.
10. _____. 2007 Globalização, Democracia e Terrorismo, São Paulo, Companhia das Letras.
11. Mouffe, 2009 Chantal. The Democratic Paradox, Verso, London and New York.
12. Negri, 2001 Antonio Ehardt, Michael. Império, Rio de Janeiro, Record.
13. Reis, 2004 Rosana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais, Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 19, no. 55.
14. Santos, 2006 Boaventura de Souza *Para uma concepção intercultural de direitos humanos*, in A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política, São Paulo, Cortez.
15. Souza, 2006 Fernando de. A Democracia: face política da globalização?, Revista Brasileira de Política Internacional, v. 49, n. 1, Brasília, jan-jun.
16. Villa, 2006 Rafael Duarte; TOSTES, Ana Paula Baltasar, Democracia Cosmopolita *versus* Política Internacional, Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 66, São Paulo.



**Os avanços tecnológicos no
âmbito da ciência do Direito e
as parcerias da Universidade de
Fortaleza junto ao Poder Público**

Os avanços tecnológicos no âmbito da ciência do direito e as parcerias da universidade de fortaleza junto ao poder público

Los avances tecnológicos en el ámbito de la ciencia del Derecho y las alianzas de la Universidad de Fortaleza junto al Poder Público.

Technological advances in the field of law science and partnership at the University of Fortaleza with the Public Power.

Marcelo Dias Ponte (Brasil)

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

marceloponte@unifor.br

Mestrado em Direito Constitucional

Resumen

Los avances tecnológicos del mundo contemporáneo proporcionaron cambios en el ámbito del conocimiento científico. Tratándose de la ciencia jurídica, se puede pensar en un primer momento que las innovaciones en el ámbito tecnológico no afectan o no pueden ser utilizadas en el ámbito jurídico. Sin embargo, el trabajo de responsabilidad social en el área del Derecho desarrollado por la Universidad de Fortaleza - UNIFOR conlleva a un convenio de Alianza con la Defensoría Pública del Estado de Ceará o sea, la entidad responsable por la atención jurídica a los que no disponen de condiciones para pagar un abogado particular, y también, con el Poder Judicial Federal, donde fuere instalada una jurisdicción federal virtual. Así, alumnos del curso de Derecho pueden, con el acompañamiento de profesores de la materia de pasantía (o práctica forense), realizar atendimiento a la población carente por medio del ingreso de las acciones judiciales así como la oportunidad de participación de los estudiantes en el trámite de un proceso dentro de las dependencias físicas de la Universidad, que desarrolló tecnología para tener una "justicia virtual". Son ejemplos de métodos innovadores de desarrollo tecnológico que contribuyen significativamente para la práctica de las Ciencias Jurídicas, conllevando a mayor y más eficiente atendimiento a la sociedad.

Abstract

The technological development in the contemporary world had skyrocket changes in the scientific scenario. In the case of legal science, you can think in first instance that innovations in technologies does not reach or can not be used in the legal framework. However, the social responsibility work at the legal area developed at the University of Fortaleza - UNIFOR had led us to a partnership with the Defensoria Pública at the State of Ceará, which is a entity responsible for providing legal assistance to those who can not afford a private lawyer and also with the federal judiciary, where it had installed a virtual district court.

Moreover, the law student's at the university of Fortaleza - UNIFOR are able, to have training classes with the professor's assistance (forensic practice) to instruct the population that can not afford for such services through the admission of juridical

Resumo

Os avanços tecnológicos do mundo contemporâneo proporcionaram mudanças no âmbito do conhecimento científico.

Tratando-se da ciência jurídica, pode-se pensar num primeiro momento que as inovações no âmbito tecnológico não atinja ou não possam ser utilizadas no âmbito jurídico.

Contudo, o trabalho de responsabilidade social na área do Direito desenvolvido pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR acarretou um convênio de parceria com a Defensoria Pública do Estado do Ceará ou seja, a entidade responsável pelo atendimento jurídico aos que não dispõem de condições para pagar um advogado particular, e também, com o Poder Judiciário Federal, onde fora instalada uma vara federal virtual.

actions, and also as an opportunity of participation within the University's facilities which developed technology to have a "virtual justice" as an example of innovative methods of technological development, contributing with certain signification to the Legal Science and providing a more efficient and wider social support.

Assim, alunos do curso de Direito podem, com o acompanhamento de professores da disciplina de estágio (ou prática forense), fazer atendimento à população carente por meio do ingresso das ações judiciais bem como a oportunidade de participação dos estudantes no trâmite de um processo dentro das dependências físicas da Universidade, que desenvolveu tecnologia para ter uma "justiça virtual". São exemplos de métodos inovadores de desenvolvimento tecnológico que contribuem significativamente para a prática das Ciências Jurídicas, acarretando num maior e mais eficiente atendimento à sociedade.

Palavras chave: Processo Virtual, Justiça, Parceria, Tecnologia

Keywords: Virtual Process, Justice, Partnership, Technology

Palabras clave: Proceso Virtual, Justicia, Alianza, Tecnologia

Para citar este artículo / to cite this article / para citar este artigo:

Dias, Marcelo (2012). Direito e as parcerias da Universidade de Fortaleza. *Panorama*, VII (12), 53-67.

Introdução

No decorrer dos séculos, o homem pôde vivenciar os avanços tecnológicos fruto de suas próprias descobertas. A utilização do fogo, a descoberta da roda, desde os tempos primórdios, a bússola e o astrolábio já no início da idade moderna, o tear mecânico na chamada Revolução Industrial, foram exemplos de instrumentos que permitiram o desenvolvimento das sociedades em inúmeros aspectos, eis que estes, deram ensejo ao aprimoramento e descoberta de mais objetos num verdadeiro desencadeamento de ideias que nos permitem dizer e assegurar que a capacidade de criação e invenção do ser humano é infinita.

Contudo, no final do século passado a informática e, em especial a rede mundial de computadores, mais conhecida como internet, revolucionou a ciência permitindo que a tecnologia por meio dos computadores, chegasse em praticamente todas as ciências.

Há de se reconhecer, que esses avanços tecnológicos aparecem de forma mais visível em determinadas áreas, como nas ciências exatas, mormente na área experimental. Em outras como na esfera jurídica, sua presença surgiu num primeiro momento de forma tímida, veio nesta virada de século causar uma verdadeira revolução no âmbito jurídico permitindo que a tecnologia se instalasse por definitivo dentro do mundo jurídico.

Iniciamos nosso estudo com a inquietante indagação feita por Bobbio (1992): “Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção?” (p. 31).

Baseado na indagação do saudoso jurista italiano, é que a Universidade de Fortaleza, como agente colaborador na proteção desses direitos do homem, age por meio do curso de Direito, que é uma das ciências mais tradicionais, curvou-se aos avanços tecnológicos por meio dos seus operadores que, apesar da resistência de alguns poucos, veio e vem permitir uma prestação mais eficaz no âmbito social.

Dentre as mais inovadoras e modernas técnicas de práticas tecnológicas existentes no Direito, destacam-se a virtualização dos processos, com a existência de varas da justiça onde se tem a condução do processo inteiramente virtual, assim como outras, fruto de parcerias que proporcionam uma melhor aplicabilidade e efetivação da justiça no meio social. Além dessas, podemos citar o sistema Bacen Jud, os Juizados Especiais Móveis, dentre outros.

No presente trabalho, daremos destaque para as tecnologias que são aplicadas no direito dentro do ambiente da Universidade de Fortaleza ou seja, a dos Juizados Especiais virtuais e da parceria da Universidade de Fortaleza com a Defensoria Pública do Estado do Ceará, que culmina num trabalho de responsabilidade social, posto que presta um relevante serviço à comunidade. Nos demais casos que destacamos acima, faremos comentários por considerarmos técnicas inovadoras da tecnologia no âmbito jurídico, muito embora estas não sejam aplicadas, pelo menos ainda, no ambiente universitário.

Do curso de direito da universidade de fortaleza - UNIFOR

Fundada no ano de 1973, a Universidade de Fortaleza - UNIFOR, é atualmente uma das maiores instituições privadas do Brasil, atuando nas áreas de ensino, pesquisa e extensão. De um total de 23.257 alunos atualmente matriculados nos mais diversos cursos de graduação e pós graduação, 7801 são alunos no curso de Direito.

O curso de bacharelado em direito, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, possui sua estrutura baseada em disciplinas teóricas em sua grande maioria, e disciplinas de prática jurídica (estágio), que são prestadas pelos alunos quando estão no último ano de conclusão. Este período de aprendizagem é realizado nas dependências do Escritório de Prática Jurídica - EPJ da própria Universidade, onde se tem a prática dos estágios de duas formas: e simulada e a real.

O estágio simulado ocorre com a propositura de casos criados pelos professores das disciplinas, onde o aluno deverá elaborar a peça processual adequada para a situação apresentada. Ainda nessa modalidade de estágio, os professores também, por meio de situações de simulação, distribui a turma em equipes onde, cada componente atua ora como juiz, ora como advogado e parte, ora como serventuário da justiça e assim por diante, fazendo com que os alunos conduzam um processo até seu desfecho. Assim, há a oportunidade dos alunos atuarem e serem avaliados por sua conduta e seus conhecimentos nas áreas que a ciência do direito oferece.

No que diz respeito ao estágio real, objeto mais específico de nosso trabalho, existe nas dependências da Universidade de Fortaleza o atendimento à população que não possui condições financeiras de pagar um advogado particular, garantindo a esses cidadãos o chamado acesso à justiça. Entretanto, o atendimento feito pelos estudantes da UNIFOR não se restringe à mera consultoria e elaboração de pareceres feita com o auxílio de professores. Na verdade o Escritório de Prática Jurídica iniciou um trabalho pioneiro, fruto de uma parceria feita entre a Unifor e a Defensoria Pública do Estado do Ceará.

Da parceria com a defensoria pública do estado do ceará

A Defensoria Pública do Estado do Ceará é a entidade do governo composta de advogados selecionados por meio de concurso público, que vão atuar na defesa daqueles que não dispõem de condições de contratar advogado particular. Há na cidade de Fortaleza, um prédio exclusivo para o atendimento ao público em geral, composto por defensores e estudantes de direito (estagiários) que realizam este tipo de prestação de serviço à população. Assim, uma vez pronta a peça processual a mesma é encaminhada para o Fórum Clóvis Beviláqua, sede do Poder Judiciário para o recebimento em geral das ações judiciais que são ingressadas.

Nossa Constituição Federal estabelece que:

Constituição Federal do Brasil (1988) "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV.

Por conseguinte, o art. 5º, LXXIV do mesmo diploma legal estabelece que:

Constituição Federal do Brasil (1988) “art. 5º LXXIV o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Dessa maneira, a Defensoria Pública do Estado desenvolve um importante papel de pacificador social e de colaborador na efetivação de parte dos direitos e garantias dos indivíduos.

Desde sua criação, o convênio entre a Unifor e a Defensoria Pública do Estado do Ceará, permitiu com que a Universidade desempenhasse mais um relevante trabalho na área de responsabilidade social que, paralelamente aos serviços na área de saúde, educação arte e cultura, passou a dar assistência jurídica à centenas de pessoas carentes, ampliando assim o âmbito de atuação da Defensoria Pública do Estado por meio dos estudantes e professores do curso de direito que passaram a atender à população.

Essa prestação de serviço é de extrema necessidade, uma vez que além da carência de assistência médica em geral e odontológica, nossa população sofre também com a carência de assistência jurídica para o exercício de seus direitos fundamentais básicos, onde, muitos deles convergem para o acesso à justiça.

Pompeu (2011) afirma que:

Considerando o nosso Estado, o Ceará, pertencente à Região NE (sic) Nordeste, temos um dos piores indicadores econômicos do país. Contamos com 48% da população na linha de pobreza, vivendo com 68 euros por mês. Com relação a Capital, Fortaleza, o laboratório de estudos da Pobreza (LEP, 2010) da Universidade Federal do Ceará, afirma que levaríamos quase um século para sairmos da linha de pobreza (p. 55).

Considerando que atualmente o Brasil vivencia o maior período contínuo de democracia em sua história, a Universidade de Fortaleza, com o trabalho de responsabilidade social, vem prestando, desde sua fundação, à sociedade, uma maior colaboração com o processo de consolidação democrática .

Para Pompeu (2011):

A UNIFOR ciente de que a educação assume importância contemporânea fundamental para o desenvolvimento sócio-econômico, político e cultural da sociedade, alça à Extensão Universitária a missão de transmitir valores que possam favorecer a liberdade pessoal, as responsabilidades social e ambiental e compromissos éticos de forma a fortalecer a cidadania, pelo exercício da solidariedade, da tolerância, da igualdade de condições e pelo respeito às diferenças (p. 59).

Assim, a assistência promovida no âmbito jurídico veio a somar-se aos demais serviços por ela prestados. Ressalte-se por ser importante, que essa parceria entre a Universidade e o Poder Público (Defensoria Pública do Estado), ao que nos consta, é um trabalho pioneiro realizado no Brasil o que acarretou a visita de inúmeros representantes das defensorias públicas de outros estados, bem como, de outras universidades para seguirem o exemplo da Unifor e criarem em seus cursos de direito, tecnologias para o desempenho dessa prática de assistência jurídica.

O escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza possui dezenas de cabines de atendimento onde os alunos da disciplina de estágio fazem o atendimento à população de baixa renda.

O procedimento na assistência à população ocorre basicamente da seguinte forma: a pessoa procura o Escritório de Prática Jurídica da Unifor. Lá há o cadastramento e recepção pelos alunos que fazem uma triagem e encaminham para o atendimento. Dependendo do caso relatado, é sugerida a mediação ou conciliação onde o caso é encaminhado ao SESED, Serviço Extrajudicial de Soluções de Disputas. Havendo êxito é preparado um termo de compromisso. Caso a pretensão buscada pela pessoa não comporte mediação ou conciliação, haverá o atendimento em uma das cabines do escritório com a participação de alunos, advogados auxiliares, professores e defensor público.

Após o atendimento, os alunos cadastram os dados, escaneiam os documentos e preparam a peça processual referente ao caso relatado e encaminham ao professor para correções ou observações para depois serem enviadas ao Defensor Público. Este fará a correção final. Caso haja necessidade de alguma alteração, a peça retorna também virtualmente ao aluno para a correção devida. Caso não haja a objeção alguma por parte do Defensor Público, este coloca sua assinatura digital e encaminha virtualmente ao poder judiciário. Está assim protocolada uma ação judicial.

Cumpre-nos salientar, por oportuno, que para que haja esse procedimento, há necessidade de toda uma infraestrutura de laboratórios computadores, central de ar condicionado, funcionários de apoio, recepção, limpeza, segurança, além de profissionais de outras áreas como psicólogos e assistentes sociais.

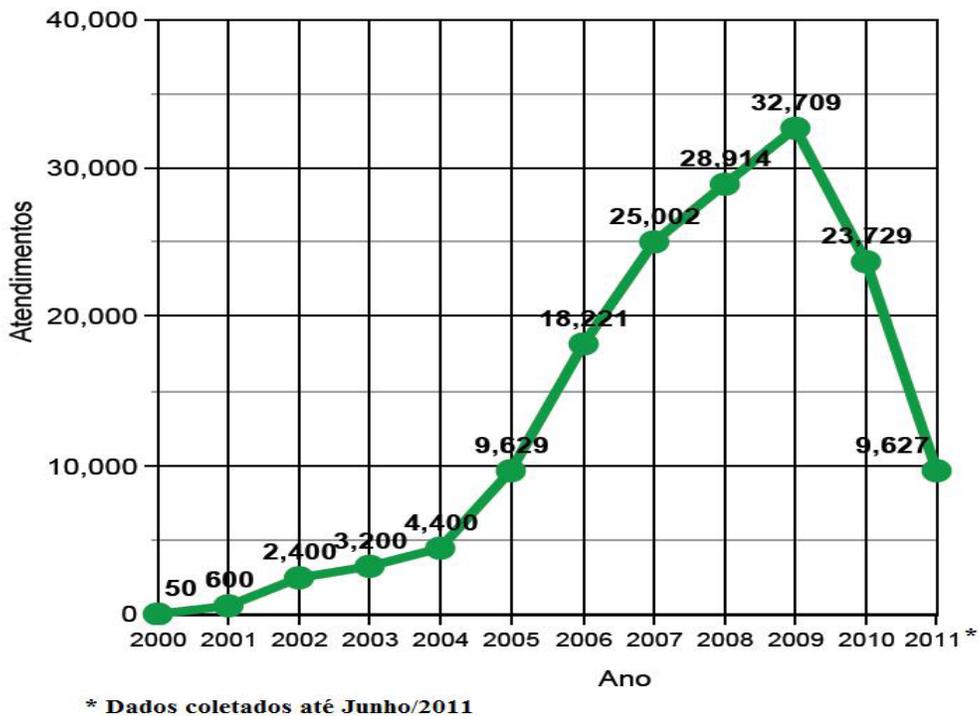
Análise do gráfico

Desde o surgimento do Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza, houve um crescimento na demanda de pessoas que procuram o atendimento para prestação dos serviços ofertados por nossa instituição.

Inicialmente com apenas 50 atendimentos no ano 2000, o escritório se notabilizou ganhando reconhecimento e credibilidade da sociedade que busca os serviços jurídicos prestados pelos alunos, professores e advogados auxiliares no convênio firmado com a Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará.

No ano de 2009, o EPJ alcançou seu ápice, contando com 32.709 atendimentos, tendo essa quantidade sido reduzida para 23.729 no ano de 2010.

A análise dessa redução, de certo modo considerável, pode decorrer de diversos motivos que não influenciam na qualidade do serviço prestado. Fatores como a existência de faculdades de direito que adotaram o modelo da Unifor e também firmaram parceria com a Defensoria Pública, acarretando uma migração de parcela da população para os escritórios de outras faculdades; o aumento do número de defensores públicos e um melhor aparelhamento da própria Defensoria Pública, que pode prestar serviço a uma quantidade maior de pessoas e mais eficaz.



Um terceiro exemplo que podemos citar, decorre das alterações processuais onde alguns procedimentos que, anteriormente somente podiam ser feitos pelas vias judiciais, passaram também a serem feitos pelas vias administrativas, como o divórcio direto, a antiga separação judicial consensual e alguns tipos de inventário, que poderão ser feitos por meio dos cartórios.

Cumpra-nos também dizer que, conforme dito anteriormente, estamos vivenciando o maior período de democracia de nossa história, os cidadãos estão mais conscientes de seus direitos e de suas obrigações. A redução dos níveis de analfabetismo e a elevação do nível de escolaridade e das pessoas fazem com que haja um maior esclarecimento e maior consciência dos cidadãos para buscarem por si só uma solução para seus conflitos, antes de buscar uma solução por intermédio das vias judiciais. Quanto ao ano de 2011, os dados informativos referem-se apenas até o primeiro semestre.

Diante dessa breve análise gráfica é perceptível que, inobstante a perspectiva sob a qual o mesmo é analisado, é indiscutível, em termos numéricos a quantidade de pessoas da população beneficiada com essa prestação de serviço.

Outro importante tópico a ser abordado aqui neste trabalho, diz respeito aos Juizados Especiais Virtuais.

Do juizado especial federal virtual (21ª vara federal)

Agapito Machado, juiz federal e professor de direito da Universidade de Fortaleza, em sua obra Juizados Federais Virtuais Cíveis, ao narrar a parte histórica do surgimento dos juizados no Brasil assim comentou:

Segundo Machado (2009) “O processo no Juizado Federal Virtual tramita na forma de um *software* especialmente produzido para este fim. Nas janelas do *software*, figuram as prateleiras virtuais, em cujos escaninhos são colocados os processos virtuais, segundo a fase de seu andamento” (p. 49).

Desse modo percebe-se que, para que ocorra o correto e eficaz funcionamento dos juizados virtuais, é de fundamental importância que haja um mecanismo capaz de oferecer um suporte eletrônico, em que, as petições e documentos que até então constituíam um processo físico, ou seja, formado por um conjunto de papéis, passassem a ser digitalizados e as partes interessadas, por meio de senhas próprias possam ter acesso aos seus processos em qualquer dia ou lugar que se encontrem.

O Poder Judiciário não mediu esforços para cada vez mais, cuidar da segurança dos processos virtuais e garantir o acesso ilimitado das informações às partes interessadas.

De acordo com Machado (2009):

Os interessados são atendidos pelos estagiários do Curso de Direito da Universidade, que ouvem o pedido do(a) interessado(a) e o transforma numa petição inicial, que será encaminhada no setor de recebimento do Juizado. Embora seja rara a conciliação, por serem os réus, em regra, pessoas jurídicas de direito público (União, suas autarquias e fundações), se o estagiário verificar que existe possibilidade de acordo, por meio dos coordenadores do EPJ, encaminha-se o (a) requerente para a conciliação extrajudicial, que é realizada com os mediadores do próprio EPJ.

Ocorrendo o acordo, o respectivo termo é encaminhado ao Juizado Federal (21ª Vara) para exame e possível homologação. Não ocorrendo acordo, a petição seguirá o trâmite normal do ajuizamento da ação.

Essa peculiaridade é que difere a 21ª Vara dos demais juizados virtuais no Estado do Ceará e na própria 5ª Região (nordeste), ou seja, a interação entre o EPJ da UNIFOR e o Juizado, até porque essa atividade corresponde a duas disciplinas obrigatórias de prática forense no curriculum do aluno (p. 50).

Como se pode observar, a inserção de uma vara federal dentro das dependências da Universidade de Fortaleza, representa um exemplo de parceria público privada em que, num processo de cooperação há uma prestação de serviço eficaz para que ambas as instituições, (Poder Judiciário e Unifor), possam tirar proveito.

Dos juizados especiais móveis

Outra forma bastante inovadora em que presenciamos a tecnologia no direito diz respeito aos Juizados Especiais Móveis.

Segundo informações, a primeira experiência desse tipo de juizado ocorreu no estado do Mato Grosso, tendo o Ceará como sendo um dos primeiros estados da federação brasileira a adotar também esse modelo. Trata-se de uma parceria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/CE, entidade administrativa do governo, responsável pela área de trânsito de veículos em nosso Estado.

A parceria ocorre com a aquisição, pelo Tribunal de Justiça de automóveis do tipo van, onde a mesma é totalmente equipada com sistema de computador, impressora, mesa e assentos dispostos na parte de trás, um de frente ao outro, de forma como se tivéssemos uma pequena sala.

Ocorrendo alguma colisão de veículo, caso não haja acordo voluntário por iniciativa das partes ou, caso as partes queiram ter uma segurança jurídica do compromisso que estão firmando, podem chamar uma das vans do Juizado Especial Móvel.

Ao receber o atendimento da ligação em seu aparelho de telefone celular, dois funcionários do fórum, um deles dirigindo a van e o outro fazendo às vezes de conciliador, deslocam-se até o local da colisão dos veículos no intuito de tentar uma composição entre as partes.

As partes são cadastradas e estudadas as possibilidades de acordo. Na oportunidade, o Departamento de Trânsito poderá impor as sanções administrativas do tipo multas pelas infrações cometidas, geralmente aos culpados pelo acidente. Em caso de acordo, o mesmo é homologado e as partes saem com uma via do termo que assinaram. Outra via fica cadastrada no computador da van que é repassado imediatamente para o juizado Especial da 10ª Unidade, responsável pelo Juizado Móvel, onde o juiz assina o termo de homologação judicial do mesmo.

Em caso de não haver conciliação entre as partes, o funcionário responsável, também qualificará as partes e deixará registrado que a tentativa de conciliação fora frustrada, designando portanto a audiência de instrução e julgamento para data próxima. As partes já saem devidamente intimadas e informadas da data, hora e local onde será realizada a audiência de instrução, que no caso em questão é à sede da 10ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal, que atualmente tem o Juiz titular o Dr. Mário Parente Teófilo Neto.

Comparecendo as partes, o magistrado dará seguimento a condução normal do processo até o seu julgamento, e devido cumprimento da decisão objetivando assim a satisfação do credor pelos danos causado pelo atos ilícitos do réu, devedor.

Percebe-se, com essa forma inovadora do cidadão em ter o acesso ao judiciário, percebe-se mais uma vez a inserção dos meios tecnológicos totalmente inseridos no âmbito jurídico. Registre-se por oportuno, que atualmente o estado do Ceará, nesse tipo de procedimento é ainda um dos poucos estados que presta esse tipo de serviço.

Segundo Dallari (2001):

Um fato característico de nossa época é a presença do Estado em todos os setores da vida social. Ainda que se admita a prática de atos à margem do Estado, sem a sua interferência necessária, ele tem sempre a possibilidade de intervir, sendo bastante restrita a esfera de autonomia da vontade individual (p. 57/58).

Nesse caso, não tratamos aqui do estado intervencionista que oprime, mas no estado protetor que ampara, ajuda e permite a efetivação dos direitos.

Enquanto normalmente as pessoas, diante de um conflito dirigem-se ao Poder Judiciário, nesse tipo de prestação, ocorre o contrário: O Poder Judiciário desloca-se ao local do conflito para dirimi-lo de forma rápida e eficaz, exercendo assim o Estado, seu papel de pacificador social.

Do sistema bacen jud

O sistema denominado bacen jud compreende um meio de comunicação, por intermédio dos meios eletrônicos entre o Poder Judiciário e o sistema financeiro nacional, onde por meio deste, os magistrados praticam atos judiciais necessários, como bloqueio e indisponibilidade de bens, transferem valores, requisitam informações necessárias para aprimoramento e eficiência de alguns processos judiciais. O Banco Central do Brasil, como entidade do sistema financeiro que fiscaliza os demais bancos é participante desse sistema, e tem que atuar de forma extremamente responsável, uma vez que é atribuído ao Poder Judiciário, por meio dos juízes, a permissão para intervir em contas bancárias de pessoas físicas e jurídicas, sempre quando haja comprovadamente a necessidade de prática de tais atos.

Entretanto, por se tratar de valores, a atenção e cuidado devem ser redobrados para que não haja, por parte da justiça, erro no bloqueio, desbloqueio ou transferência de valores.

Muito comum a utilização do sistema bacen jud quando, após a sentença judicial transitada em julgado e, não havendo o pagamento espontâneo ou por meio de intimação judicial, haja a penhora de bens para o recebimento do credor da quantia devida pelo réu no processo. Como, no ordenamento jurídico brasileiro, a penhora de bens diante de uma dívida deverá, antes de qualquer outro bem, recair em dinheiro em espécie, esse sistema permite o bloqueio imediato, evitando assim que os eventuais devedores retirem as quantias em suas contas.

Os magistrados se cadastram e recebem uma senha pessoal e intransferível para ter acesso e assim possam praticar atos no sistema.

Conclusão

Apesar da perceptível presença dos avanços tecnológicos em algumas áreas científicas, como por exemplo, a medicina e a engenharia, a mesma encontra-se presente de modo contundente desde o final do século passado nas ciências humanas.

Tocqueville (2001) afirma que:

Se não se chegar a introduzir pouco a pouco e a fundar enfim entre nós instituições democráticas e se se renunciar a dar a todos os cidadãos ideias e sentimentos que primeiro os preparem para a liberdade e, em seguida, permita-lhes fazer uso desta, não haverá independência para ninguém, nem para o burguês, nem para o aristocrata, nem para o pobre, nem para o rico, mas uma tirania igual para todos (p. 371).

O então tradicional ensino do Direito fora obrigado a curvar-se aos avanços tecnológicos do mundo contemporâneo, fazendo com que metodologias inovadoras e parcerias fossem criadas para inserir o aluno cidadão no contexto social, assim como permitir que novas metodologias de aprendizagem fossem adaptadas nas universidades em virtude da nova realidade que a prática jurídica hodiernamente vivencia: a virtualização dos processos judiciais.

Duas das principais ações prestadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR no que se refere ao ensino jurídico são, primeiramente: a parceria entre a Universidade e o Poder Judiciário Federal, onde fora instalada uma unidade da Justiça (21ª vara Federal) nas dependências da Universidade, permitindo ao aluno, não apenas a tradicional prática forense peculiar aos últimos semestres de conclusão do bacharelado em direito, mas a possibilidade de vivenciar a propositura desenvolvimento e julgamento de processos judiciais totalmente virtualizados.

Por conseguinte, possibilitou a parceria da mesma instituição com a Defensoria Pública do Estado do Ceará, que é uma entidade que goza de extremo prestígio pela sociedade e que presta um serviço de extrema relevância no que diz respeito à assistência judiciária aos necessitados. Esta parceria, permite que os estudantes do chamado “estágio real” possam cuidar do atendimento, utilizar-se de técnicas de mediação e conciliação, ou mesmo do ingresso de ações judiciais, estas últimas por meio dos meios virtuais, fruto também dos avanços tecnológicos.

A parceria por si só, já é uma experiência pioneira e valiosa para os acadêmicos do curso de Direito, que poderão fazer um atendimento real, elaborar peças processuais e encaminhá-las ao Defensor Público para ingresso ao Poder Judiciário. Contudo, a experiência inovadora não para por aí. Atualmente, na Universidade de Fortaleza, as petições e requerimentos são agora, elaborados e feitos pelos sofisticados laboratórios do Escritório de Prática Jurídica – EPJ, que permite que as peças elaboradas pelos alunos sejam encaminhadas ao Defensor para correção e posterior ajuizamento junto ao Poder Judiciário, mediante assinatura eletrônica, também pelo sistema virtual. Desse modo, os avanços tecnológicos inovadores chegam para aqui permanecer na ciência jurídica, num caminho que não tem mais volta.

Para Saviani (2008):

A Constituição de 1988 e as leis subsequentes consagraram o princípio da gestão democrática; estabeleceram a exigência de elaboração, com o concurso do corpo docente, do projeto político-pedagógico de cada escola; e determinaram a forte vinculação da escola com a respectiva comunidade (p. 450).

Essas são as duas técnicas mais inovadoras diante de outras existentes no curso de direito da Unifor, que paralelamente a outras políticas de responsabilidade social, engaja o aluno no seu papel de agente transformador da sociedade, deixa-o atualizado e preparado para enfrentar o mercado de trabalho, permitindo que essas práticas sirvam de exemplo para outras instituições de ensino da América Latina, e que sigam seu exemplo, garantindo assim uma melhoria no ensino jurídico e multiplicando o papel da universidade como agente responsável e transformador.

Fora do âmbito universitário, mas ainda na esfera do direito, as inovações provocadas pelas facilidades que a tecnologia nos proporciona, o sistema bacen jud permite que os juízes possam adotar medidas judiciais que a função lhes permite para praticar atos judiciais no processo, acarretando além de uma maior celeridade, maior efetividade na aplicação da lei.

Por derradeiro, a existência de um sistema de “justiça” móvel em decorrência de uma parceria com o órgão responsável pelo trânsito no estado permite que a qualquer hora do dia ou da noite, aqueles que porventura se envolvam em algum acidente de veículo que acarrete apenas danos materiais, possa se utilizar das vans que irão o local do fato, com os equipamentos necessários para realizar uma conciliação entre as partes, com a homologação de um acordo. E, em caso deste não lograr êxito, dar continuidade à demanda levando a unidade do juizado especial, que hoje já adota o sistema virtual na condução dos atos processuais.

Não restam dúvidas portanto, que o direito, por mais formal que seja essa ciência, teve que se render ao avanços tecnológicos e que as universidades possuem papel de fundamental importância para inserir seus alunos, ainda na condição de acadêmicos, prepará-los para seu futuro profissional.

Referências

1. Bobbio, N. (1992). A Era dos Direitos (pp. 31). Rio de Janeiro, RJ: Editora Campus.BRASIL, Constituição Federal. (1988).
2. Dallari, D. A. (2001). O Futuro do Estado (pp. 57-58). São Paulo, SP: Editora Saraiva.
3. Dermeval, S. (2008). História das ideias Pedagógicas no Brasil (2ª. ed.). (pp. 450). Campinas, SP: Editora Autores Associados.
4. Machado, A. (2009). Juizados Federais Virtuais Cíveis (pp. 49-51). Florianópolis, SC: Conceitual Editora.
5. Pompeu, R. M. (2011). Relações Franco-Brasileiras: parceria necessária (pp.55-59). São Paulo, SP: Conceitual Editora.
6. Tocqueville, A. (2001). A Democracia na América (pp. 371). São Paulo, SP: Editora Martins Fontes..



**Responsabilidad penal
del empleador por delitos
cometidos en la empresa por sus
subordinados**

Responsabilidad penal del empleador por delitos cometidos en la empresa por sus subordinados

Criminal liability of the employer for crimes committed by their subordinates.

Responsabilidade penal do empregador por delitos cometidos na empresa por seus subordinados.

Walter Jose Saavedra Troncoso (Colombia)

waltersaavedra84@hotmail.com

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano

Resumen

En este trabajo se realiza un estudio sobre la responsabilidad penal del empresario por los actos al margen de la ley que cometen sus subordinados. Se busca aclarar si el empresario debe responder penalmente cuando el delito es cometido por un subordinado en ejercicio de sus funciones o cuando este actúa a nombre de la empresa ya sea valiéndose de la información que manejan, del grado de responsabilidad o de la confianza.

Por esta razón concentraremos nuestra atención en analizar la responsabilidad penal por la omisión de controles del empresario hacia el subordinado, exponiendo la problemática que se deriva de la posición de garante del primero en las operaciones empresariales.

Abstract

The paper analyzes the criminal liability of employers for the acts, regardless of the law committed by their subordinate employees. Investigates whether the employer should respond when the criminal offense is committed by a subordinate in the exercise of his duties or when acting on behalf of the company, either using the information it handles, the degree of responsibility or trust.

For this reason, our attention investigates criminal liability for failure to control by the employer to the subordinate, exposing the problems arising from the position of guarantor of the first business operations.

Resumo

Em este trabalho realiza-se um estudo sobre a responsabilidade penal do empresário pelos atos à margem da lei que cometem os seus subordinados. Procura-se aclarar se o empresário deve responder penalmente quando o delito é cometido por um subordinado em exercício de suas funções ou quando este age no nome da empresa já seja valendo-se da informação que manejam, do grau de responsabilidade ou da confiança.

Por esta razão concentraremos nossa atenção em analisar a responsabilidade penal pela omissão de controles do empresário para com o subordinado, expondo a problemática que se deriva da posição de garante do primeiro nas operações empresariais.

Palabras claves: Responsabilidad penal, empresa, subordinados.

Palavras chave: Responsabilidade penal, empresa, subordinados.

Keywords: Criminal liability, company, employees subordinate.

Para citar este artículo/ To cite this article/ Para citar este artigo

Saveedra, Walter (2012). Responsabilidad penal del empleador por delitos cometidos en la empresa por sus subordinados. Panorama, VII (12), 69 - 96.

Introducción

Es importante desarrollar un estudio sobre la responsabilidad penal empresarial por el impacto y auge de esta nueva modalidad delincencial que afecta el patrimonio de muchas personas, entre las cuales se encuentran los socios, los empleados, los consumidores y los acreedores.

Toda empresa implica riesgos y oportunidades, al igual que la condición de empresario, dentro de los riesgos existen los considerados normales, propios del giro normal de los negocios, como son las fluctuaciones del mercado, el impacto de políticas económicas, también se encuentran los hechos o acontecimientos que escapan de todo control o previsión de toda persona, como son los casos que se clasifican dentro de las figuras de caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, la falta de los controles en los procesos empresariales o corporativos permiten, en muchas ocasiones, acciones delictivas por parte de los subordinados, en este aspecto es importante determinar el grado de responsabilidad del empresario cuando el subordinado, que como un delincuente interno, se aprovecha de sus conocimientos sobre el funcionamiento de la empresa, para realizar su ilícito burlando todos los controles¹.

Al penalizar a los miembros de los órganos de dirección de la empresa, se debe considerar cada caso en particular, siendo necesario demostrar que se han realizado acuerdos antijurídicos o que no aplicaron los mecanismos de control, esta situación vislumbra si la omisión de controles favorece la comisión del delito y causa un daño, siendo importante determinar si el ataque al patrimonio se pudo evitar con la aplicación de mecanismos de control en forma acertada y eficaz, lo que permite concluir si existe o no, una responsabilidad del empresario en la comisión del delito.

La responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por los subordinados, ya sea por acción directa o valiéndose del giro normal de los negocios, es una modalidad de delincuencia presente en las empresas donde algunos empleados abusan de; la confianza recibida; la información que obtienen y manejan, o de la autoridad que les confiere el cargo, facultades que usan para cometer actos delictivos, planificados y ejecutados a la sombra de la buena imagen de la empresa, comprometiendo el nombre de la organización y del empresario, quien puede llegar a ser declarado culpable y obligado a responder penalmente en casos muy particulares.

Por lo anterior se hace necesario establecer una diferencia entre los delitos cometidos a través de una organización delincencial encubierta por un manto corporativo, el cual enfrenta acciones que van desde la investigación de los hechos, implicando el acceso a información reservada, hasta la intervención que puede generar el levantamiento del velo corporativo, encontrando que la teoría del velo corporativo ha generado interesantes debates académicos y jurisprudenciales en Colombia (Vanegas Franco, Alejandro, 2010)

¹ La Corte Constitucional en Sentencia C- 299 de 1998 establece en desarrollo del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo que: "El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella".

Otro aspecto que busca esclarecer la jurisprudencia, relacionado con el tema de estudio, es la autoría, la participación y el grado de responsabilidad en los delitos cometidos por algunos subordinados, valiéndose de su posición dentro de la organización corporativa, la cual funciona en forma adecuada a los parámetros legales en cuanto a su estructura, organización y mecanismos de control. Esta situación exige una claridad sobre la autoría y la participación del empresario y los subordinados en la ejecución del acto delictivo. Sobre el particular, las altas corporaciones se han pronunciado en reiteradas jurisprudencias buscando dar claridad sobre la autoría, la coautoría y la participación.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha reiterado este concepto en los fallos de casación pronunciados el 11 de julio de 2002, el 24 de abril de 2005 y el 18 de febrero de 2004, al dejar en claro que el actual desarrollo dogmático y jurisprudencial ha sido orientado a reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan en forma integral y material la conducta típica, pero facilitan su realización al contribuir en forma objetiva a la consecución del resultado común en la que los participantes en el ilícito pueden dominar los hechos de acuerdo a una división del trabajo, acordado previamente, ya sea mediante acuerdo expreso o tácitos².

Los delitos que cometen los empresarios o los subordinados pueden alcanzar grandes dimensiones, generan graves consecuencias en la economía nacional, como ocurrió en el año 2008 con el tema de las pirámides y de la organización DMG (Tiempo, 2008) que produjo multitudinarias protestas en diferentes ciudades del país durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de ese año, causando una grave crisis social, controlada por las autoridades públicas en forma rápida, evitando mayores consecuencias sociales y económicas.

Estos delitos requieren precisar si es procedente imputar responsabilidad penal al empresario y a sus subordinados, el principio de responsabilidad individual, que rige en el Derecho Penal colombiano, ha sido establecido con el fin de evitar incurrir en formas de responsabilidad penal objetiva.

Reyna Alfaro, L.M. (2009) manifiesta que se debe revisar este aspecto desde su *conveniencia* político criminal, buscando imputar dentro de las estructuras empresariales no solo al sujeto individualmente responsable del hecho punible, *además de* analizar la posibilidad de procesar a los directivos de la empresa que coadyuvan o participan en la comisión del ilícito, encontrando casos donde la responsabilidad recae en cabeza del directivo debido a la deficiente organización empresarial que facilita la consumación del ilícito. El concepto de la responsabilidad objetiva lo desarrolla Günter Jakobs (Jakobs, 1997) quien estudia esta responsabilidad desde la óptica de los roles, al igual que Feijoo, quien amplía el concepto, al aplicarlo en los delitos económicos sociales (Feijoo Sánchez, 2009).

2 El acuerdo puede ser previo o concurrente con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la Ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido; como también aludió a la teoría del dominio del hecho para resolver problemas de autoría mediata. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 18 de febrero de 2004, radicación 17252.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en Colombia la Corte Constitucional en la Sentencia C-843-99, explicó que la Constitución y la ley no se oponen a la posibilidad de encontrar responsabilidad penal en una persona jurídica. Posteriormente mediante la Sentencia C - 558 de 2004, declara exequible el artículo 65 de la Ley 600 de 2000, (Demanda de Inconstitucionalidad, 2004) al igual que la Sentencia C-843 de 1999, todas son decisiones orientadas a precisar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acorde a lo establecido en el artículo 91 del C.P.P.

El delito cometido al interior de una empresa hace que el juicio de responsabilidad penal debe recaer sobre las personas naturales, una vez hallados responsables se impone una pena accesoria, la cual puede ser la cancelación o suspensión de la personería jurídica del ente que ha sido utilizado total o parcialmente para la comisión de los delitos para aquellos eventos donde existe alguna clase de responsabilidad corporativa, tal como lo establece el artículo 91 del C.P.P.

En Colombia es importante estudiar los criterios dogmáticos necesarios para establecer si un empresario es o no, responsable por delitos que se comentan en desarrollo del objeto social de la empresa, especialmente cuando son realizados por sus subordinados. Estos criterios constituyen las figuras jurídicas de la autoría, la participación, la comisión, ya sea por omisión o por acción, la imputación objetiva, además que permite individualizar la responsabilidad penal en cada caso particular (Nieto Marin, 2008) o tal vez será (Nieto Marín Martín, 2008).

El presente estudio aborda el tema desde lo general a lo particular, señala la importancia de establecer una clara regulación de la responsabilidad penal del empresario por delitos cometidos por los subordinados, ya sea por su mala cultura corporativa o sus defectos administrativos, dentro de las que se puede incluir la omisión de controles y la posición de garante del empresario (Bacigalupo, 2005).

La importancia del tema radica en el impacto y auge de una nueva modalidad de delito, deteriorando la buena imagen de la empresa, esto genera pérdidas o crisis, que afectan, no solo a la víctima del ilícito, ya que los perjuicios se extienden a personas inocentes que se encuentran vinculadas, de una u otra forma, con la organización empresarial, siendo éste el caso de los subordinados que actúan de buena fe exenta de culpa.

El avance en la tecnología de la información, al igual que su influencia en casi todas las áreas de la vida social, hace surgir una serie de comportamientos que antes eran impensables, en algunos casos su tipificación es difícil, no se puede recurrir a la analogía, la cual es prohibida por el principio de legalidad (Acurio del Pino, 2010).

Los miembros de los órganos de dirección de la empresa corren el riesgo de ser penalizados, ya sea por su omisión o su acción, sea por realizar acuerdos antijurídicos o por no aplicar los mecanismos de control, favoreciendo en esta forma la comisión del delito, para el caso de la omisión, es indispensable determinar si el ataque al patrimonio pudo ser evitado al aplicar mecanismos de control en forma acertada y eficaz, en el caso de la acción del empresario es necesario determinar el grado de participación y autoría en el delito.

La acción criminal de los subordinados puede ser el resultado de

- Una empresa criminal.
- La acción del empresario que utiliza al empleado (acción mediática) sin que el subordinado tenga conocimiento de la comisión del ilícito.
- La acción del empresario utilizando al empleado (acción mediática) con el conocimiento que el subordinado tiene de la comisión del delito.
- La omisión de controles, que deriva en la responsabilidad del empresario como *posición de garante*.

En el caso de la empresa criminal encontramos tres variantes: la *básica*, la *sistemática* y la *extendida*, la participación en la comisión del delito es el resultado de un propósito criminal común, se trata de una coautoría material impropia, en la que media la división de trabajo, las acciones de algunos participantes en el acto criminal son aparentemente intrascendentes o atípicos, pero son actos que garantizan el fin criminal.

Otro sector de la doctrina entiende que tanto el sujeto que desde la cima de la maquinaria organizada de poder imparte la orden delictiva, cuanto el individuo que la ejecuta materialmente, con dolo y plena responsabilidad, encuadran ambos en la categoría de la coautoría (Jescheck, 1995, p.611).

En el caso del empresario que utiliza los empleados para lograr el fin ilícito, incurre en una acción mediática, pues aunque el subordinado desconoce las consecuencias de su actuación, se aprecia cómo su participación en la ejecución del acto lo convierte en parte esencial en la comisión del ilícito, y aunque haya actuado de buena fe, las consecuencias jurídicas derivadas del delito lo pueden convertir en cómplice del mismo.

La anterior situación es diferente cuando el empresario se asocia con sus subordinados para cometer un delito, se trata de una conducta típica, calificada como *concierto para delinquir*, modalidad delictiva compleja, pues en algunos casos los delincuentes logran la impunidad de sus actos debido a la complejidad de la acción ilícita³.

El empresario puede verse comprometido en la comisión del delito como resultado de la omisión en los controles que debe realizar al interior la empresa; esta omisión se debe establecer si obedece a una política corporativa deficiente, a una ineficaz cultura empresarial o procesos sin control ni aseguramiento de la calidad que facilitan la consumación del delito.

³ El artículo 186 del C. P. colombiano establece: Concierto para delinquir. Modificado. Ley 365 de 1997, art. 8. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años. La pena se aumentará del doble al triple para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

El presente estudio también profundiza la *posición de garante* que tienen los directivos de la empresa, al no vigilar ni alisar el perfil personal o profesional de sus empleados en cargos de manejo de información contable o de propiedad intelectual e industrial; lo que demuestra...la importancia de determinar el grado de responsabilidad que tiene el empresario sobre las consecuencias derivadas del delito.

Antecedentes de la responsabilidad penal del empresario por delitos cometidos por sus subordinados

La responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados, se encuentra incluida en la legislación de algunos países de Europa, como una modalidad de delito (**Sánchez Sánchez, 2005**). En Colombia la tipificación de las conductas punibles de los empresarios tienen un tratamiento similar al europeo, de acuerdo a la norma, la jurisprudencia y la doctrina que existen sobre el particular. La legislación colombiana busca establecer la responsabilidad del empresario dentro de una nueva concepción de la responsabilidad penal del empleador.

El modelo de imputación penal a los empresarios, que existente en la actualidad, es propio de las estructuras sociales del siglo XX, totalmente diferente a la división del trabajo del siglo XXI; hoy asistimos a una verdadera revolución en las comunicaciones y las tecnologías, situación que genera una modificación en las relaciones empresariales, originando nuevas formas de establecer relaciones laborales, porque el panorama de la acción y la ejecución no dependen de la capacidad de decisión del superior, el dependiente o subordinado de menor categoría, sino de quien goza del poder par aplicar el control en todos los procesos, gracias a las tecnologías que hábilmente manejan, permitiendo la comisión de fraudes.

En este aspecto, es necesario tipificar en forma clara toda conducta de los subordinados que se oriente a burlar u omitir los controles, con el fin de obtener un provecho ilícito.

El fenómeno presente en el sector financiero, al igual que las defraudaciones cometidas con la complicidad de algunos empleados, no constituye una conducta empresarial, situación que hace complejo el tema de la responsabilidad del empresario por su acción o su omisión en los controles y su *posición de garante* .

En este aspecto son varios que ya se han presentado al suplantarse la identidad de una persona y lograr la apertura de una cuenta bancaria, la aprobación de una tarjeta de crédito y o créditos de libre inversión, defraudando al banco y mancillando el nombre de una persona inocente que sufre la suplantación de identidad; estos delitos no son posibles sin la complicidad interna, debido a los estrictos controles que existen en las entidades financieras, en las cuales no solo dejan registro de la huellas dactilares, además de las fotografías que toman a la persona que hace la apertura de la cuenta⁴.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31324 del 21 de octubre de 2009, no casa el recurso extraordinario interpuestos por los implicados en delitos financieros y de suplantación de identidad.

En las legislaciones europeas e el primer modelo clásico penal para legislar este tipo de delitos, se encuentra en Francia, Portugal y Alemania, reforma de 1994 introdujo como criterio suficiente una función dirigente en el seno de la persona moral. El alcance de ese concepto, a primera vista restringido, se encuentra en lo establecido en el derecho alemán, muy diferente al derecho español ya que en Alemania se considera una clase de responsabilidad más amplia: la ley sobre las *Ordnungswidrigkeiten* (art. 130) donde se establece la omisión de control, de organización y de vigilancia como infracción específica, permitiendo que un órgano de dirección o el representante legal puedan resultar culpables de la infracción cometida por un empleado de rango inferior, en ese caso se analiza si el órgano de dirección, el empresario o representante legal, podían haber impedido o disminuido el riesgo de la comisión de la infracción al haber actuado en forma diligente (Reyes) .

La forma como se compromete la responsabilidad del empleador por los actos de los subordinados que actúan en ejercicio de sus funciones, está claramente definida para algunos casos concretos en el Código Civil colombiano, en el cual este concepto establece que *también tiene esta responsabilidad la persona jurídica que tiene que indemnizar los daños que causen los funcionarios o agentes en el ejercicio de sus funciones* (Tamayo Jaramillo, 1999).

Aun existiendo el sustento constitucional de la responsabilidad penal del empresario y de la empresa (Nieto Martín, 2008) no existe claridad sobre la norma aplicable en los eventos de la responsabilidad penal de los empresarios debido a los actos de los subordinados; este aspecto implica definir en cada caso concreto la autoría y la participación en la comisión del ilícito por parte del empresario, al igual que el grado de responsabilidad por la acción o la omisión de las funciones.

El artículo 29 del Código Penal colombiano establece que el autor es la persona que realiza la conducta punible, por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, y la diferencia de los coautores, que según el Código, son: “en quienes media un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte, al respecto se establece:

Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible” (Colombia, 2011).

El concepto unitario de autor ha sido revaluado casi en su totalidad por su íntimo nexo con el concepto peligrosista, dentro de este concepto unitario se desarrollan dos corrientes: a) la posición de carácter formal, donde se considera que toda persona partícipe del hecho delictivo es autor de la misma, y b) la posición de carácter

material, en la que se acepta la igualdad en el aporte causal de todos los intervinientes y establece su marco punitivo (Navas Corona, 2002).

Esta segunda postura admite la clasificación de la autoría, encontrando el autor por incitación, el autor por determinación, el autor inmediato, el autor mediato, el autor por apoyo, el autor por colaboración, siendo este último el que prima en el Código Penal colombiano (Díaz y García Conlledo, 2009).

La Corte Suprema de Justicia sostiene que en la autoría mediata *el ejecutor material no responde penalmente porque solo es un instrumento que es utilizado por el verdadero y único autor* (Sentencia Única Instancia, 2000). La ausencia de responsabilidad en este caso se fundamenta en que el ejecutor material (instrumento) actúa atípica, justificada o inculpablemente, lo cual puede ocurrir por coacción insuperable, error invencible o por haber sido utilizado como inimputable.

La autoría material, intelectual, individual, consorciada, la complicidad y el encubrimiento, constituyen fuentes clásicas de responsabilidad penal, pero son insuficientes para castigar a los responsables de dirigir empresas criminales, por el hecho de no participar directamente en la ejecución del acto; por su parte, en la legislación penal colombiana se incluye como responsables de los delitos a los autores mediatos en su condición de líderes de actividades organizadas, con un amplio margen de responsabilidad en cabeza del empresario quien con su conducta pasiva o activa, facilita la consumación del delito (Sentencia Única Instancia, 2000).

Responsabilidad penal del empresario en Colombia, derivada de las acciones ilícitas de sus subordinados

El desarrollo de las tecnologías y la evolución acelerada de las comunicaciones, modifica las tradicionales formas de división del trabajo; por esta razón se debe considerar que la actual empresa moderna es amplia y de compleja organización, lo que permite generar acciones con fines delictivos, sin que las mismas sean fácilmente detectables, o castigables. Por ello la impunidad está a la orden del día.

El actual panorama presenta tres características específicas en las nuevas formas de integración o división del trabajo, las cuales por su carácter ejecutivo, el manejo y control de información al igual que el poder, permiten tomar decisiones en forma rápida.

El modelo de imputación basado en la teoría del delito, la antijuridicidad y la tipicidad, puede convertirse en un reto que no permite establecer el grado de responsabilidad del empresario debido a las acciones delictivas de algunos subordinados. Esta situación impone el desafío de responder al nuevo esquema de producción, organización y desarrollo de las empresas en un nuevo panorama empresarial, donde se producen rápidas modificaciones por la velocidad de la información y las comunicaciones, al igual que la evolución de los mercados, las relaciones laborales y comerciales, las tecnologías de punta, llevando consigo cambios sustanciales en la sociedad, derivadas de nuevas formas de relación que dificultan la imputación.

En este panorama, las nuevas modalidades delictivas le obligan a las organizaciones desarrollar una implementación eficaz de los tradicionales modelos de imputación, para que ofrezcan soluciones dentro de un marco de respeto de las garantías constitucionales y legales.

En la legislación penal colombiana, la noción de autoría relaciona categorías como la *autoría mediata y la coautoría* (Márquez Cárdenas, 2009), ya que en esta se afirma que la autoría y la participación son las dos formas de intervenir una conducta calificada como punible. La autoría se concreta a partir de la ejecución del verbo rector descrito en el tipo penal, con sus diferentes formas o modalidades como son: la mediata, la inmediata, la coautoría y por representación, para el caso de la participación, se consideran dos formas específicas: la *complicidad* y la *determinación*. (Corona, 2002). A continuación se explican brevemente estas nociones para centrar el tema en el caso de la omisión de controles y la responsabilidad penal del empresario derivada de su *posición de garante*.

La empresa criminal y la responsabilidad penal del empresario

Encontramos que en los eventos donde la empresa criminal es producto de la acción del empresario —quien con el propósito de cometer el delito desarrolla en forma individual o asociada, una empresa con fines ilícitos— constituye la sociedad comercial con el lleno de todas las formalidades legales (registra la razón social ante la Cámara de Comercio, obtiene el Registro Único Tributario (RUT) ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (Dian), cumple con las exigencias legales que debe cumplir la empresa para su funcionamiento), con el fin de que estos actos le permitan convencer a sus víctimas sobre la legalidad de su empresa, y motivándolo a negociar con una empresa “seria”, que le traerá beneficios. No obstante esta aparente “legalidad” permite burlar la acción de la justicia penal al actuar bajo el amparo de una persona jurídica.

La modalidad delictiva desarrollada mediante una empresa constituida legalmente, facilita que se confunda la defraudación con el incumplimiento del contrato, porque en muchos casos garantiza la impunidad del empresario. Un ejemplo de esta afirmación se encuentra en la mayoría de empresas criminales creadas para fines ilícitos, dedicadas a la compraventa de vehículos. En estas organizaciones comerciales, los empresarios brindan la posibilidad de adquirir un taxi con amplias facilidades de pago, pero el único propósito es estafar a los incautos⁵.

La modalidad de delito implica celebrar un contrato de compraventa, amparado con la existencia de un establecimiento de comercio, el cual funciona con el lleno de los requisitos legales, lo cual motiva que los casos sean considerados no como un delito, sino como un incumplimiento del contrato; por esta razón se registra un incremento en esta clase de fraudes. La prensa registra varias notas como la del 31 de julio de 2009 (Periódico El Tiempo, 2009), donde se relacionan capturas efectuadas por los agentes del CII en Cúcuta al poner a órdenes de la justicia penal a la señora Luz Alexandra Atehortúa Higuaita (elmundo.com, 2009) responsable de la estafa de 277 taxistas por una cuantía de \$3.779 millones de pesos. En este caso un juez de control de garantías ordenó poner en la cárcel del

5 El presidente de Asociación Colombiana de Comerciantes de Autopartes, Asopartes, Tulio Zuloaga reveló un informe donde se informa que en lo corrido del 2012 existen más de 1100 denuncias por estafas, efectuadas en concesionarios de garaje. El informe revela que cerca del 70% de estas denuncias se registran en Bogotá (Dávila, 2012).

buen pastor a la “empresaria”, quien fue condenada por los cargos de estafa agravada, concierto para delinquir, enriquecimiento ilícito, falsedad y abuso de confianza.

La empresa criminal es desarrollada por un empresario o un grupo de personas, los cuales se dedican a realizar acciones coordinadas para obtener un fin ilícito mediante un acuerdo de voluntades o concierto para delinquir, tal como lo establece el artículo 340 de la parte especial del Código Penal colombiano. Dicha situación faculta determinar si existe, por esta vía, una coautoría impropia, como mecanismo presente al lado de la coautoría, y para poder penar a todo interviniente en la ejecución del delito, así realice actos atípicos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009).

La Corte Suprema de Justicia desarrolla la tesis de la *autoría mediata mediante aparatos organizados de poder*, a partir de la teoría de Roxin⁶, quien considera al *hombre de atrás*, el que *mueve los hilos*, quien da la orden de ejecutar el delito con la seguridad de que algún miembro de esa estructura la cumpla, éste último actúa como autor inmediato *fungible* (Sentencia, 2007) la cual indica cómo el autor inmediato es reemplazable, sustituible y responde como autor material del hecho punible (Sentencia, 2008).

Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta, sin que se pueda tomar como una renuncia al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por Roxin no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo⁷.

El artículo 36 del Código Penal colombiano establece *la conducta dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible* (Consejo Superior de la Judicatura, 2011). En este aspecto, el profesor Tamayo Jaramillo considera que *el dolo penal y el dolo civil son exactos, con la salvedad que en algunas oportunidades el dolo civil constituye un ilícito civil al causar un daño a terceros, mientras que esa conducta no constituya un delito penal, así no lo tenga contemplado el legislador* (Tamayo Jaramillo, 1999).

No obstante, la Fiscalía General de la Nación, por medio de sus delegados, en esta clase de delitos, no puede garantizar que se haga justicia, esto obedece a diferentes factores entre los que sobresale: a) la presión que sufre de los órganos de control que le exigen cumplir con las estadísticas, haciendo que sus actuaciones sean contrarias a la jurisprudencia; y b) la legislación, que presiona la realización de acuerdos o conciliaciones, los cuales en muchas oportunidades no son favorables para la víctima, pues se trata de casos donde lejos de quebrantarse el poder del estado, éste permanece incólume (Gómez Velásquez, 2009).

6 Claus Roxin analiza el tema de la delimitación y el contenido de las categorías del delito, encontrando que hoy no se puede dividir en forma clara el injusto y la culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos subjetivos y objetivos, como se hacía en el sistema clásico de Beling, en el cual la culpabilidad no es una categoría descriptiva.

7 Arias Eibe, M.J. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico valorativo versus funcionalismo normativo radical, Santiago de Compostela: Universidad de la Coruña, p. 441.

La Acción del empresario que utiliza al empleado (acción mediática) sin que el subordinado tenga conocimiento de la comisión del ilícito

El empresario puede instrumentalizar a los subordinados, convirtiendolo en la persona que ejecuta directamente el acto delictivo, y haciendo que esta acción le reporte un beneficio directo y se constituya en la causa determinante del delito⁸. De esta forma el empresario o director de la organización empresarial al conocer las bondades del nuevo sistema penal, -puede llegar a celebrar acuerdos que le son favorables a quien delinque, o por ser beneficiario de una reducción de la pena a un mínimo- hace que se registren casos como el llamado *escándalo del carrusel de la contratación*, donde el ex director del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) es condenado a 96 meses de prisión y una multa de 14.2 salarios mínimos, los cuales no equivalen ni siquiera a 77 millones de pesos frente a un fraude que superó los 280.000 millones de pesos (www.eltiempo.com, 2011).

Casos de esta índole que ilustran el afán de despachar las investigaciones sin administrar justicia, se encuentran en grandes cantidades; por ejemplo el caso de Saludcoop donde la apropiación se hace en provecho de los directivos de la EPS, burlando toda acción penal gracias a las bondades que brinda el sistema penal colombiano. Los subordinados realizan sus labores de buena fe, entregan los informes en la forma que requiere el empresario, sin tener claridad del ilícito que se comete.

La responsabilidad penal del empresario puede presentar dificultades relativas a la individualización de la imputación. Por esto, una posible solución es orientar la investigación hacia niveles más altos, con el fin de diagnosticar y determinar la responsabilidad penal de las personas que dan origen a la acción delictiva. Estos responsables pueden ser directivos de la empresa o miembros de los órganos de dirección, señalando a los subordinados como las personas que delinquen, con el fin de lograr la impunidad del ilícito.

El hecho de valerse de los subordinados para lograr los fines ilícitos, y aprovechar que los empleados desarrollen sus labores desconociendo los fines ilícitos que persigue el empresario, como sucede en el caso de Saludcoop (Portafolio, 2011) donde ilustra la forma como los empleados cumplen de buena fe con las funciones de su cargo, sin percatarse que son parte de un engranaje criminal por desconocer que realizan acciones encaminadas a la consumación de un delito e ignorando el verdadero manejo que hace el empresario del patrimonio de la empresa. En este caso es evidente la manipulación que hace el empresario de sus subordinados. Este caso se parece al de

...las organizaciones al margen de la ley, cuando el ejecutor -sin adherir al propósito delictivo de quien imparte la orden- la cumple porque no se atreve a desobedecer a su jefe, en cuyo caso se presenta un estado fáctico aproximado al de quien obra coaccionado (Lascano, 2001, p.349).

Acción del empresario que utiliza al empleado (acción mediática) con conocimiento del subordinado sobre la comisión del delito

⁸ La exigencia de una conducta, acción u omisión, es una condición ineludible para todas las formulaciones delictivas. En el caso de la acción, la polémica se centra en la solución de dos asuntos principales: la determinación de la naturaleza de la acción y la omisión; y la formulación de un concepto general de acción que logre comprender ambas formas de la conducta humana (Suñez Tejera, 2012).

En este caso encontramos una modalidad donde el empresario y el subordinado actúan en forma dolosa, la razón por la cual deben responder por su delito, es porque constituyen una acción ilícita que resulta de una serie de actos coordinados entre el empresario y el subordinado. El único propósito es perfeccionar el delito y por ello, cada uno desarrolla una parte de la acción, a sabiendas del acto criminal. El subordinado no es utilizado para lograr el fin delictivo pues hace parte del delito, participando en forma voluntaria⁹ y con pleno conocimiento del acto ilícito (Díaz y García Conlledo, 2009).

Esta modalidad delictiva le facilita al empresario actuar con la seguridad de burlar la acción penal en el evento de ser capturado, ya que se acoge a los beneficios que ofrece el nuevo procedimiento penal, como es el caso del principio de oportunidad o mediante la conciliación con su víctima, en todo caso, se vale de las garantías constitucionales que le favorecen¹⁰.

En la comisión del ilícito es clara la responsabilidad del empresario debido a los actos de sus subordinados con los que ha realizado un acuerdo de voluntad, constituyendo así una acción delictiva llamada *concierto para delinquir*, en el cual siempre se busca realizar una acción que no encaje en el tipo penal, pues al no ser típica la acción, no se equipara con el delito cometido. De esta forma el empresario burla la acción de la justicia valiéndose de figuras como la conciliación, con la cual termina la investigación sin que sea acusado formalmente de cometer un delito¹¹. En este aspecto es importante considerar lo expuesto por el profesor Roxin al establecer *que*

...mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato (Cancio Meliá, 1998).

La omisión de controles y la posición de garante

La omisión del empresario en su obligación de ejercer los controles con los cuales se evita causar daños a terceros, abre una oportunidad para que sea aprovechada por los subordinados que persiguen fines ilícitos dentro de la empresa. En este caso, al empresario le asiste la obligación de indemnizar a terceros, por el deber legal que tiene éste de estar atento en la prevención de todo acto ilícito que puedan realizar sus subordinados, y sin la posibilidad de alegar que el delito es producto de la burla de los controles existentes en la organización empresarial.

9 El Dr. Jorge Alberto Hernández Esquivel, deja en claro que: En nuestra jurisprudencia, en tres oportunidades se le ha planteado a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que reconozca esta forma de autoría mediata. En la primera oportunidad lo hizo la Procuraduría en el proceso contra Carlos Castaño por la muerte del senador Cepeda perpetrada por los paramilitares; la segunda oportunidad fue en el caso "Machuca" perpetrado por miembros de la organización guerrillera Ejército de Liberación Nacional (ELN), y en la tercera, en relación con un atentado que pretendían hacerle las FARC a un reconocido periodista; en estos casos, como presupuesto indispensable, se pretendía que se reconociera a los tres grupos al margen de la ley como verdaderas organizaciones con las características señaladas por la doctrina para que operara la autoría mediata por aparatos organizados de poder, que implica plena responsabilidad tanto para el ejecutor material como para quien da la orden o la transmite (Hernández Esquivel, 2008, p.20).

10 La Corte ha admitido que algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad. En todo caso, ha señalado que la función, tanto del legislador como del juez constitucional, es tratar de lograr que todos los principios y derechos que eventualmente puedan entrar en tensión a la hora de regular los términos judiciales sean garantizados en la mayor medida posible (Apelación contra Sentencia, 2011).

11 Un ejemplo es la defraudación en el sector financiero, el cual se repite como se observa desde el caso de a Caja Vocacional hasta el escándalo de las llamadas pirámides (www.semana.com, 1997).

Pero si se encontrara que la omisión en los controles de la empresa son el resultado de un interés del empresario, mediante el cual facilitó la comisión del ilícito por parte de los subordinados, el empresario es responsable penalmente por su conducta dolosa. Diferente es el caso de la omisión derivada de una ineficiente cultura empresarial, donde la responsabilidad puede ser culposa, porque esto exige precisar si el empresario adquiere la calidad de garante, aspecto que remite al concepto jurídico de la diligencia debida, por la ejecución de una acción realizada por el empresario. En cuanto al control y la vigilancia, se debe encaminar a prevenir cualquier fraude y no a facilitar su comisión¹².

En la empresa moderna, el empresario puede ver comprometida su responsabilidad al no ejercer adecuados controles, ya sea por la delegación de funciones, por cargos de manejo y confianza o simplemente por el hecho de no contar con cláusulas y sistemas de seguridad que le impidan a sus empleados acceder a información privilegiada¹³.

La delegación de funciones puede constituir un mandato, facultando al subordinado para realizar algunos actos propios del giro normal de los negocios o de la actividad comercial de la empresa, pero a la vez hace que el subordinado cuente con la posibilidad de manipular los mecanismos de control.

La delegación de funciones exonera de responsabilidad al delegante, porque la responsabilidad recae y en forma exclusiva en el delegatario; siempre que la acción u omisión sean una responsabilidad exclusiva del delegatario, sin la intervención del delegante, el delegatario debe responder por el hecho propio¹⁴. Es por esto que la Corte Suprema de Justicia reitera en relación al principio de confianza que

Una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo.

No siempre el proceso de producción o comercialización es controlado por una sola persona, no pudiendo exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno, esto haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros¹⁵ (Corte Suprema de Justicia, 2006).

12 Ello indica que la responsabilidad penal de los sujetos y agentes económicos – especialmente en el orden jerárquico, estará en correspondencia con el organigrama institucional y empresarial que comúnmente tiene cualquier sistema económico clasificado en tres niveles o escalones básicos: los obreros y empleados, los mandos intermedios y los directivos (Mejía Rodríguez, 2012).

13 Por información privilegiada se entiende aquella información a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas, como los administradores o personal de manejo y confianza, quienes la manejan en razón de su profesión u oficio; esta información debido a su carácter confidencial, se somete a reserva debido al impacto que genera su conocimiento, porque puede ser utilizada con fines ilícitos para obtener un provecho o beneficio.

14 La Corte Constitucional. Sentencia C-233 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis establece: es pertinente recordar que el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 señala que la autoridad judicial cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo, a sus condiciones personales, a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso. Es decir que contrariamente a lo expresado por el demandante no se está en presencia de una forma de responsabilidad objetiva que desconocería de manera evidente el ordenamiento superior. La Corte hace énfasis en que es precisamente la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas el objeto de análisis en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía, pues es la culpa grave o dolo lo que se examina para determinar si se le debe condenar o no, a resarcir a la administración por el pago que ella haya hecho.

15 Corte Suprema de Justicia, 2006.

Lo anterior demuestra la importancia para el empresario y para la empresa en desarrollar un adecuado proceso de selección de personal con el fin de evitar implicaciones penales que serán atribuidas a la persona que lidera el proceso productivo o empresarial; esto es diferente a la situación del acto provocado por el mismo empresario, quien en forma dolosa, por la ausencia o deficiencia en la vigilancia, abre la posibilidad de acciones ilícitas por la deficiente cultura empresarial (Corte Suprema de Justicia, 2002). En este sentido considera la Corte que no es suficiente la simple relación de causalidad material para concluir sobre la responsabilidad penal de un procesado, ya que es necesario que la consecuencia lesiva sea obra suya (Corte Suprema de Justicia, 2002).

La división del trabajo, al igual que la complejidad de la producción o la prestación de servicios, son situaciones propias de la empresa moderna que escapan al control del empresario, quien siendo diligente en sus funciones no puede lograr un estricto control por el surgimiento de nuevos retos; esto lo obliga a desarrollar innovadores controles para minimizar todo vacío, que puede ser aprovechado por el subordinado para alcanzar fines ilícitos amparado en las funciones de su cargo¹⁶. El artículo 2341 del Código Civil, establece la obligación de indemnizar a la persona que por sí o a través de sus agentes, causa un daño a otro, en este caso quien reclama la indemnización debe demostrar el daño, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia del nexo causal entre ambos factores, siendo responsable el empresario, de manera penal o civilmente por quedar probado que confluyen los mencionados factores.¹⁷

La responsabilidad penal se hace más compleja mientras que en la pequeña empresa la responsabilidad del empresario es más fácil de determinar. La organización típica de los modernos procesos productivos, conduce de una imputación jurídico penal individual a una responsabilidad organizada de los miembros de la empresa o persona jurídica (Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch, & Köhler, 2000). Esta última postura busca penalizar la conducta desplegada en la organización empresarial por el empresario, quien debe responder por los hechos cometidos por sus empleados o subordinados, la responsabilidad derivada de la acción o de la omisión del empresario en el cumplimiento de sus deberes es similar al escenario en el que incurre al convertirse en gestor del acto criminal, porque esta forma se configura una autoría mediata *cuando el agente realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta consagrada en la ley penal* (Márquez Cárdenas, 2009).

Un aspecto diferente se puede observar en la responsabilidad derivada de hechos aislados, que son producto del abuso de los empleados o subordinados, quienes aprovechan el grado de control, manejo de información o poder que tienen para ejecutar, decidir o incidir en el resultado de una acción ilegítima, la cual es realizada bajo el amparo de la imagen corporativa. Dicha acción genera una responsabilidad para el empresario, en los ilícitos

16 Hernández Esquivel indica que "Mayor problemática ha tenido entre nosotros el denominado dominio del hecho por dominio de la voluntad; sin embargo, algunas de sus formas han tenido mayor discusión, pues en tratándose de la coacción, la creación o aprovechamiento del error o la utilización de inimputables, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aceptado estas formas de dominio porque las han tenido como clases de autoría mediata, englobándolas dentro de la expresión utilizada en el artículo 29 de nuestro Código Penal cuando habla de quien realice la conducta punible "utilizando a otro como instrumento", y por sobre todo porque se parte de la tradicional concepción de que el ejecutor material nunca será responsable porque ha actuado atípica o justificadamente o con ausencia de culpabilidad (Hernández Esquivel, 2008).

17 La culpa se presenta frente a una actuación marcada por la imprudencia, la negligencia o la impericia, la culpa grave significa que estos calificativos se presentaron en la conducta del agente en su mayor grado, deben estudiarse los hechos sobre los cuales recae la decisión del empleado para tomar una decisión, al igual que las circunstancias en que se produce, con el fin de establecer hasta qué punto es reprochable la conducta del agente que profirió el daño.

cometidos por la deficiente cultura administrativa, al dejar ver la debilidad de los mecanismos o procesos de control interno de la organización empresarial y facilitando así la consumación del delito.

El empresario puede ser culpable de hechos ilícitos cometidos por la deficiente cultura corporativa¹⁸, siendo que basados en el concepto clásico, la culpabilidad del empresario es producto del defecto de la organización, el cual puede consistir en una suerte de responsabilidad imprudente, ya que se le puede reprochar la permisividad o el descuido que propició una lesión a bienes jurídicos (la muerte de un trabajador, la contaminación ambiental, la apropiación del patrimonio ajeno por parte de sus subordinados, etc.) o la falta de liderazgo al no haber organizado correctamente sus procesos de producción o de administración (Martínez Pardo, 2010). En este escenario es importante resaltar *el deber objetivo de cuidado sobre el cual subyace el tipo de lo injusto del delito imprudente, se trata de un concepto normativo que indica lo qué es y lo que tiene que hacer (o no hacer) el sujeto, además de cómo ha de proceder (Meini, 2003)* para evitar que el hecho se califique como delito, cometido en forma dolosa, es decir, con plena conciencia y convencimiento de lo ilegal del acto realizado.

La doctrina fundamenta la responsabilidad en la *posición de garante* para el empresario, en el ámbito de la responsabilidad por el producto, llevando a considerar obligaciones jurídicas del empresario en su actividad comercial. El profesor Roxin considera que la *posición de garante* no puede fundamentar una infracción objetiva del deber, esta postura conlleva un rechazo a la teoría formal del deber jurídico. Es claro que no es posible asumir una infracción objetiva del deber, sin que implique una alusión al deber de cuidado (Roxin, 1997).

La *posición de garante* no se puede derivar de una imputación basada en la mera causalidad, es necesario que se configure un actuar previo, donde el autor debe crear un riesgo no permitido (Demetrio Crespo, 2010). En el caso de la omisión, se debe considerar que puede ser impropia si el autor y el cómplice tienen el deber legal de impedir el resultado, caso en el cual ambos ostentan la *posición de garante*, al respecto la Corte Suprema de Justicia considera que la *posición de garante*, para el cómplice, corresponde a las conductas de omisión impropia, o comisión por omisión, esto implica que no se debe exigir la *posición de garante* para imputar cargos al empresario que omite sus funciones (Sentencia Sala de Casación, 2003).

La *posición de garante* derivada del deber de vigilancia del empresario, se valora de acuerdo al riesgo propio de las funciones del cargo y la actividad empresarial,¹⁹ considerando el riesgo permitido o normal, si el riesgo se incrementa por la indeterminación de la actividad empresarial en una escala continua, sin censura, el incremento del riesgo puede generar consecuencias jurídicas cuando la actividad de la empresa enfrenta situaciones que escapen de todo control, pues genera oportunidades para la comisión de ilícitos, sin configurar una responsabilidad objetiva del empresario, derivada de su calidad de garante (Demetrio Crespo, E., 2010).

¹⁸ La cultura corporativa de control que debe existir en una organización se relaciona con: La integridad y valores éticos de sus empleados, la competencia para la acción, la filosofía administrativa y estilo de dirección, la estructura organizacional, la asignación de autoridad y responsabilidad, la Política de Recursos Humanos y los Comités de Auditoría u otros relacionados con las mermas (Muñoz Díaz, 2011).

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia, en Segunda Instancia dentro del proceso 25.536 de 2006, Sala de Casación Penal, M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 27 de julio de 2006, establece que la posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

El subordinado que aprovecha el grado de control, manejo de información o poder que tienen para ejecutar las funciones de su cargo, al incidir en el resultado de una acción ilegítima, ejecutada bajo el amparo de la imagen corporativa, le impone a la empresa la necesidad de establecer si el empresario cumple o no, en forma estricta, con las funciones propias de su cargo, ya que la omisión constituye un factor importante que facilita la comisión del delito, haciéndolo penalmente responsable del ilícito²⁰.

El grado de responsabilidad del empresario no solo depende del beneficio que recibe por la acción ilícita, la responsabilidad trasciende el simple concepto del lucro derivado del hecho criminal. Cuando la responsabilidad se origina en la omisión de controles, sin existir la intención de causar un daño, conseguir un lucro o un beneficio patrimonial, se debe tomar como una falta de cuidado del empresario, haciendo que sea responsable, tanto civil como penalmente por el daño causado.

La *posición de garante*, frente al deber de vigilancia que tiene el empresario, impone que evite toda fuente de peligro, por ser la persona que tiene el dominio sobre los subordinados y sobre las cosas; en este aspecto el artículo 1903 del Código Civil colombiano establece el deber que tienen los padres de responder por los daños causados por sus hijos, en la misma forma las autoridades deben responder por los daños que causan sus funcionarios y los empleadores respecto de los actos de sus empleados.

La *posición de garante* del empresario que se deriva de los hechos penales cometidos por sus subordinados, debido al poder de dar órdenes, a la parcial independencia de los miembros de la empresa, no implica que se pueda alegar una autoría mediata basada en el dominio del empresario, se hace necesario que la posición de garante se derive de una responsabilidad intensificada, que implica que no se puede justificar la responsabilidad del empresario como garante, si está basada en la dirección que tiene de la empresa, pues aceptar esta teoría es regresar al concepto del deber jurídico con la pérdida de cualquier orientación material, al encontrar que la estructura organizacional de la empresa impone unos límites al poder que tiene sobre los empleados. Esto se hace claro en las grandes empresas donde el dominio personal se orienta cada vez más a un poder despersonalizado, constituyendo una dificultad para establecer el grado de responsabilidad penal del empresario a partir de su posición de garante. (Demetrio Crespo, E., 2010).

El Estatuto Civil colombiano establece la responsabilidad por el hecho ajeno, derivado de los actos realizados por las personas que se encuentran bajo su dependencia, los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil colombiano instituyen que las personas responden por el hecho ajeno de aquellos que están bajo su dependencia o cuidado. En este caso se exonera de responder a quien está llamado a hacerlo si demuestra que aún con la autoridad y el cuidado que le confiere su respectiva calidad, no había podido impedir el hecho, tal como lo establece el artículo 2347 citado **(Tamayo Jaramillo, 1999)**.

20 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia pronunciada en el expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01, establece que la responsabilidad estaría vinculada a las capacidades de prevención del daño, bajo la mayor aptitud para preverlo y evitarlo con la adopción de las medidas idóneas para impedirlo a un costo menor, o sea, "(...) responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es, a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo.

El delito que comete el subordinado gracias a la poca o nula cultura empresarial genera un daño que en principio es de carácter civil, la responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulada por el título XXXIV del Código Civil, tanto la jurisprudencia como lo doctrina identifican tres elementos propios de esta clase de responsabilidad:

Una acción u omisión dolosa (intención de dañar) o culposa (negligencia, impericia o imprudencia).

Un perjuicio patrimonial o extra-patrimonial (el perjuicio debe ser cierto y aparecer probado, se trata de reparar el perjuicio causado y no de enriquecer a la víctima)

Un nexo de causalidad entre las dos primeras (el acreedor tiene la carga de probar la existencia de los tres elementos para que prospere su pretensión indemnizatoria, excepto en los casos en los que se presume la culpa)

La responsabilidad puede ser penal y deriva consecuencias para el empresario, al igual que para la misma empresa, al verse obligada a responder por su omisión si es el factor facilitador del resultado ilícito. En este evento, el empresario responde por el poco o inexistente control, cuando esta omisión facilita la acción ilícita, constituyendo una negligencia que genera responsabilidad penal derivada de los hechos realizados por los subordinados que se aprovechan de la poca previsión o descuido (Bonilla, 2009).

El empresario que omite métodos de control con el propósito de obtener resultados fraudulentos, con un fin predeterminado de cometer un delito, no siempre actúa solo, razón por la cual se debe establecer cuáles actos o hechos son cometidos en forma aislada, cuáles se hicieron en asocio del personal subordinado, los cuales fueron realizados en forma directa por el empresario, y cuáles de estos actos se pueden determinar como dolosos o culposos²¹. La legislación penal colombiana contempla la posibilidad de responder en la calidad de garante, modalidad de responsabilidad propia de los delitos dolosos; mientras que para los culposos, el artículo 25 del C. P. no establece distinción alguna en este sentido, *se entiende que la posición de garante se configura, no por la modalidad de la conducta sino por tener a su cargo la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo (Abello Gual, 2011)*, situación que es aplicable al empresario que no ejecuta su labor con una adecuada cultura corporativa o empresarial, favoreciendo la comisión de ilícitos por parte de subordinados que aprovechan la falta de control para cometer el delito.

La disminución o reducción de los controles obedece a diferentes factores, ya sea por elevar la rentabilidad, pues el empresario busca minimizar costos y maximizar resultados; por sacrificar personal especializado en la vigilancia o control; o también por modificar tecnologías, adquiriendo otra de menor costo, pero que no ofrece una alta seguridad. Toda esta reducción en los costos de seguridad, lo único que propicia es una debilidad permanente

21 Para el Derecho Penal colombiano, la conducta es dolosa cuando se conocen los hechos constitutivos de la infracción y se quiere su realización; es culposa cuando el resultado no se prevé siendo previsible o habiéndose previsto, se confía en poder evitarlo.

ante el fraude, pues estas acciones se originan por el afán de mostrar resultados a bajo costo, causando a largo plazo mayores costos de los que se pretendieron ahorrar. La obtención de rendimiento económico, al igual que la pretensión de mantener bajo control algunos riesgos específicos, genera diferentes resultados en la responsabilidad penal del empresario por delitos cometidos por los subordinados.

Conclusiones

La posición de garante del empresario, derivada de los hechos cometidos en el seno de la empresa, solo se deriva del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro, típicamente empresariales, inherentes al proceso productivo de determinadas empresas; esto constituye un deber para el empresario, en el sentido de estar atento a minimizar los riesgos y ejercer controles. Este aspecto se pueden desarrollar tres posibles hipótesis:

A. La responsabilidad del empresario derivada de su cultura empresarial. En este caso se debe precisar el grado de autoría mediata, la cual critica a la teoría formal objetiva por considerar como autor del delito al agente que ejecuta alguno o todos los elementos del tipo. Esta conceptualización es retomada por la teoría de la autoría mediata, por no ser el sujeto quien realiza de su propia mano la acción típica.

Es necesario establecer si la falta de estrictos controles facilitan el delito o si es el resultado de un plan premeditado para causar el daño y obtener el beneficio ilícito, aprovechando el descuido o negligencia del empresario. Esta hipótesis implica definir si el daño causado por la acción ilícita debe ser indemnizado o reparado, implicando consecuencias de carácter penal o civil, siendo necesario establecer el grado de responsabilidad que tiene el empresario por el daño que causa el delito cometido por sus subordinados,²² al ser el resultado de la inadecuada cultura empresarial, pero no se trata de un elemento que configure, en sentido estricto, una responsabilidad de carácter penal, en forma exclusiva.

B. La segunda hipótesis se basa en el beneficio, incremento o detrimento del patrimonio económico que recibe el empresario al ser consumado el delito. Al convertirse el beneficio en un factor para determinar la responsabilidad que tiene en la ejecución del delito - en el caso de un detrimento o incremento patrimonial originado en el abuso de confianza del subordinado que actúa en contra de los principios empresariales, amparado en el poco o nulo control de los mecanismos de vigilancia de la organización empresarial - es innegable que existe una responsabilidad del empresario por su poco cuidado, esto implica determinar el grado de responsabilidad penal o civil en cada caso particular.

²² Es la obligación de quien tiene personas bajo sus órdenes, de responder por los daños que éstos ocasionen a terceros; es decir que (...) la responsabilidad del principal por el acto ilícito del dependiente reside en la circunstancia de que este último es un instrumento que prolonga su actividad práctica y económica; la obligación de aquél de responder por el propio hecho se hace extensiva al cometido por el subordinado, quien debe haber causado ilícita y culpablemente un daño (LópezMesa & Félix, 2004).

En este sentido encontramos que el artículo 1616 del Código Civil colombiano establece, en materia contractual, que solo se pagan los perjuicios directos y previsibles, si el deudor no actúa dolosamente (Tamayo Jaramillo, 1999). En ocasiones se cometen ilícitos que generan responsabilidad civil, el delito genera perjuicios patrimoniales o extra patrimoniales a un tercero, los cuales deben ser indemnizados, sin que el daño conlleve consecuencias penales (1999).

C. La tercera hipótesis respecto a la responsabilidad del empresario, se precisa a partir del grado de autoría y participación. En este aspecto existe el concepto extensivo del autor, considerado como todo aquel que interviene en el proceso causal que acaba con la producción de un hecho típico (Márquez Cárdenas, 2009), pues la responsabilidad penal del empresario se estructura a partir de la delegación de funciones en los empleados que desempeñan cargos de manejo y confianza, pero el cual al escapar a los estrictos controles, violando los mecanismos de control implementados en la empresa, de los cuales el empresario es su directo responsable, facilita la acción ilícita al no cumplir con las funciones por no estar actualizado en los avances de la tecnología que maneja o por no actuar en forma diligente o por lo menos dejar constancia de las fallas que señala en forma acertada, lo cual le exonera de su responsabilidad penal, si ha realizado lo necesario pero se enfrenta a la dificultad de no poder concretar los controles.

Los casos de negligencia, descuido, afán de presentar cifras favorables en la gestión, aún a costa de sacrificar importantes aspectos de la seguridad empresarial, derivan en una responsabilidad para el empresario que puede ser de índole civil o penal, debido al grado de autoría o participación. La manipulación de la organización empresarial con fines criminales no se puede equiparar a la creación de una organización empresarial con fines ilícitos, ya que una es la organización criminal²³ creada con el claro objetivo de delinquir, mientras que otra es la situación acción generada en la empresa, utilizada con fines ilícitos, ya sea por el empresario o por algunos de sus funcionarios o subordinados, que aprovechan la oportunidad de cometer el delito.

Los resultados delictivos en una organización o empresa constituida con un fin ilícito, frente a la empresa que es manipulada con objetivos delictivos, aunque son parecidos nunca serán iguales, en el segundo caso el empresario puede ser víctima del delincuente quien lo asalta en su buena fe, ya sea por el exceso de confianza, ya sea por no aplicar en forma estricta los controles o por ser burlado en las medidas de seguridad por los subordinados. En estos eventos le corresponde al director de la empresa, en su calidad de garante, por el deber que se deriva del manejo de la empresa, ser analizado en el aspecto del cuidado y la adopción de medidas de seguridad, con el fin de precisar el dominio fáctico para precisar si las decisiones aplicadas fueron acordes al riesgo y lograron prevenir o evitar el daño, siendo claro en este aspecto si los órganos de dirección tenían la posibilidad de delegar la responsabilidad, transmitir los correlativos deberes de garantía, con la seguridad de ser exonerado de toda culpa al estar actuando en

²³ En este aspecto es importante recalcar que se considera como empresa criminal toda organización empresa criminal conformada por un número importante de personas, quienes cumplen diferentes tareas para conseguir un fin ilícito.

forma diligente y responsable o si por el contrario, estas delegaciones o acciones son acciones que constituyen el factor que facilita el ilícito²⁴.

La responsabilidad es más próxima a la dirección de la empresa en tanto sea menos localizable la fuente de peligro y más amplia la toma de decisiones para controlar el suceso, esta situación obedece a la complejidad de las grandes empresas donde los riesgos no se controlan con la simple delegación, control y organización, que en ocasiones facilitan la omisión de los controles por obedecer a la complejidad de los procesos productivos y organizacionales. (Demetrio Crespo, 2010) En este aspecto la posición de garante y el responsable penal del empresario exigen un completo análisis de la cultura empresarial respecto al cumplimiento de las funciones por parte del empresario, siendo necesario determinar si existe omisión en los controles y si esta omisión es la fuente del delito o contribuye a su realización, por parte de algunos subordinados que actúan con fines ilícitos dentro de la organización empresarial.

24 La impunidad la consideramos como el delito que no se castiga, siendo el daño o la acción ilícita el resultado de una conducta delictiva que merece sanción penal, sin que la reciba.

Referencias

- 1.** Abello Gual, J. (2011). La responsabilidad penal por el producto, problemas de la imputación, de autoría y participación. *La Responsabilidad penal por el producto, problemas de la imputación, de autoría y participación* (págs. 1-36). Bogotá: No publicada.
- 2.** Acurio Del Pino, S. (21 de diciembre de 2010). http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf. Obtenido de
- 3.** Apelación contra Sentencia, C- 371 / 11 (Corte Constitucional 11 de mayo de 2011).
- 4.** Bacigalupo, E. (2005). *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dykinson.
- 5.** Bonilla, E. J. (2009). *Introducción a la responsabilidad civil. IV curso de formación judicial para Magistrados y Jueces de la República*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- 6.** Cancio Meliá, M. (1998). Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, pp. 34-35. Bogotá: Universidad Externado de Colombia N° 20.
- 7.** www.caracol.com.co. (17 de noviembre de 2008). <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=712301>. Recuperado el 17 de mayo de 2011, de <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=712301>
- 8.** Colombia, C. d. (16 de diciembre de 2011). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html. Recuperado el 9 de marzo de 2012, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html:
- 9.** Corona, N. A. (septiembre de 2002). <http://www.siceditorial.com/ArchivosObras/obrapdf/TA00892332005.pdf>. Recuperado el 08 de febrero de 2001, de <http://www.siceditorial.com/ArchivosObras/obrapdf/TA00892332005.pdf>:
- 10.** Corte Suprema de Justicia , Radicación 14.124, Sentencia de única instancia (Corte Suprema de Justicia 21 de marzo de 2002).
- 11.** Corte Suprema de Justicia , Radicado 14.124, Sentencia de única instancia (Corte Suprema de Justicia 21 de marzo de 2002).
- 12.** Corte Suprema de Justicia, Casacion 25.696 Magistrado ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Pena 13 de julio de 2006).
- 13.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal , Magistrado ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón., Proceso 22941 (Sentencia 20 de abril de 2006).
- 14.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. M.P. María del Rosario González (C.S.J., Sala de 23 de febrero de 2009).

15. Davila, V. (5 de mayo de 2012). <http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/05-05-12/asopartes-reporta-1100-denunci-11>. Recuperado el 19 de mayo de 2012, de <http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/05-05-12/asopartes-reporta-1100-denunci-11> : <http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/05-05-12/asopartes-reporta-1100-denunci-11>

16. Demanda de inconstitucionalidad, Expediente D- 4930 (Corte Constitucional 1 de junio de 2004).

17. Demetrio Crespo, E. (14 de noviembre de 2010). <http://www.ciidpe.com.ar/area1/posicion%20de%20garante%20empresario.pdf>. Recuperado el 19 de marzo de 2012, de <http://www.ciidpe.com.ar/area1/posicion%20de%20garante%20empresario.pdf>:

18. Diaz y Garcia Conlledo, M. (2009). *La Autoria en el derecho penal Colombiano*. Bogotá: Leyer.

19. www.eltiempo.com. (14 de marzo de 2011). http://www.eltiempo.com/archivo/cronologico?%60pagina%60_+=1&%60a%60_+=1994&%60m%60_+=06&%60d%60_+=03&a=2011&pagina=4&m=09&d=09. Recuperado el 9 de septiembre de 2011, de http://www.eltiempo.com/archivo/cronologico?%60pagina%60_+=1&%60a%60_+=1994&%60m%60_+=06&%60d%60_+=03&a=2011&pagina=4&m=09&d=09:

20. Feijoo Sánchez, B. (2009). *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*. Barcelona: Universidad Autónoma de Madrid.

21. Gómez Velásquez, R. G. (2009). http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf. Recuperado el 07 de febrero de 2011, de http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf:

22. Gómez Velásquez, R. C. (2009). http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf. Recuperado el 7 de febrero de 2011, de http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf:

23. Hernández Esquivel, J. A. (agosto de 2008). foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/.../580. Recuperado el 21 de mayo de 2012, de foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/.../580:

24. <http://www.elmundo.com/portal/resultados/detalles/?idx=123426>. (31 de julio de 2009). Recuperado el 06 de febrero de 2001, de <http://www.elmundo.com/portal/resultados/detalles/?idx=123426>:

25. <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/576274.html>. (23 de octubre de 2006). <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/576274.html>. Recuperado el 13 de agosto de 2011, de <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/576274.html> :

26. Internacional, A. (s.f.). http://www2.amnistiainternacional.org/publica/muj_camp/capitulo3.pdf. Recuperado el 06 de febrero de 2011, de http://www2.amnistiainternacional.org/publica/muj_camp/capitulo3.pdf:

27. Jacobo, P. E. (2003). *Derecho Constitucional colombiano. Sexta Edición*. Bogotá: Temis S.A.

28. Jakobs, G. (1997). *La responsabilidad oiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc S. R. L.
29. Jescheck, H.H. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª edición*. Granada: Comares.
30. Consejo Superior de la Judicatura, C. S. (02 de enero de 2011). <http://alcaldiademoneria.tripod.com/codigos/penal/prmrpnal.htm>. Recuperado el 06 de febrero de 2011, de <http://alcaldiademoneria.tripod.com/codigos/penal/prmrpnal.htm>:
31. Lascano, C. J. (2001). *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. Cordoba Argentina: Lerner.
32. LópezMesa, M. J., & Félix, A. (2004). *Tratado de la responsabilidad Civil, Tomo III*. Buenos Aires: La Ley.
33. Márquez Cárdenas, Á. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización*. Bogotá: Doctrina y ley.
34. Martínez Pardo, V. J. (2010 de noviembre de 2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Valencia, , España.
35. Meini, I. (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia España: Tirant lo Blanch.
36. Muñoz Díaz, N. (2011). *Fenalco Presidencia Nacional*. Recuperado el 21 de mayo de 2012, de Las mermas y su control interno: <http://www.fenalco.com.co/contenido/1935/Las%20mermas%20y%20su%20control%20interno%20%E2%80%93%20COSO>
37. Navas Corona, A. (2002). *Autoria y participación delictiva*. Bucaramanga: Sic, editorial limitada.
38. Nieto Marín, A. (2008). http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf. Recuperado el 1 de junio de 2011, de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf : http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf
39. Petrusanaky, c. C. (15 de febrero de 2009). <http://www.slideshare.net/jcfdezmxmanag/como-ha-cambiado-el-trabajo-del-gerente>. Obtenido de <http://www.slideshare.net/jcfdezmxmanag/como-ha-cambiado-el-trabajo-del-gerente>: <http://www.slideshare.net/jcfdezmxmanag/como-ha-cambiado-el-trabajo-del-gerente>
40. Portafolio. (12 de mayo de 2011). <http://www.portafolio.co/economia/supersalud-intervino-ayer-la-eps-saludcoop>. Recuperado el 12 de junio de 2011, de <http://www.portafolio.co/economia/supersalud-intervino-ayer-la-eps-saludcoop>: <http://www.portafolio.co/economia/supersalud-intervino-ayer-la-eps-saludcoop>
41. Reyes, r. M. (s.f.). http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pd. Recuperado el 24 de agosto de 2011, de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pd:

42. Reyna Alfaro, L. (02 de octubre de 2007). <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>. Recuperado el 11 de junio de 2011, de <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>: <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>
43. Reyna Alfaro, L. M. (20 de agosto de 2009). <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>. Recuperado el 08 de agosto de 2011, de <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf> : <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf> consultado el 08 de agosto de 2011.
44. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.
45. Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch, W., & Köhler, M. (2000). *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
46. Sánchez Sánchez, R. (2005). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
47. Semana.com. (23 de junio de 1997). <http://www.semana.com/especiales/quiebra-caja-vocacional/32672-3.aspx>. Recuperado el 22 de junio de 2011, de
48. Sentencia, 843 / 99 (Corte Constitucional 27 de octubre de 1999).
49. Sentencia, radicado N^o 2006 – 009 M. P. Dr. Julio Alberto Lancho (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, 9 de julio de 2008).
50. Sentencia Casación , 12742 - 2003 (Corte Suprema de Justicia, Colombia, Mp. Dr. Alvaro Orlando Pérez 4 de abril de 2003).
51. Sentencia unica instancia, Proceso 15610. M.P., Dr. Fernando Arboleda Ripoll. (Corte Suprema de Justicia 26 de octubre de 2000).
52. Sentencia., radicado N^o 25974, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 08 de agosto de 2007).
53. Suárez Tejera, Y. (abril de 2012). *Contribuciones a las ciencias sociales*. Recuperado el 22 de mayo de 2012, de VALORACIONES TEÓRICO JURÍDICAS EN TORNO AL DELITO DE ESTAFA POR OMISIÓN : <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/yst.html>
54. Tamayo Jaramillo, J. (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Temis.
55. Teradillos Basoco, J. (1995). *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta.
56. Tiempo, E. (21 de marzo de 2011). <http://m.eltiempo.com/economia/negocios/hay-plata-pero-las-vas-siguen-a-paso-de-tortuga/9046751>. Recuperado el 04 de febrero de 2011, de <http://m.eltiempo.com/economia/negocios/hay-plata-pero-las-vas-siguen-a-paso-de-tortuga/9046751>.

57. Tiempo, E. (23 de noviembre de 2008). <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4683193>. Recuperado el 18 de mayo de 2012, de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4683193>: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4683193>

58. Vanegas Franco, Alejandro. (2010). *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas, el caso colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.



**Contextualización teórica de los
mecanismos de protección en el
mundo de la moda colombiana**

Contextualización teórica de los mecanismos de protección en el mundo de la moda colombiana

Theoretical contextualization of the protection mechanisms in the Colombian fashion world

Contextualização teórica dos mecanismos de proteção no mundo da moda colombiana

Paola Andrea Zuluaga Ortiz (Colombia)

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano
paolazuluagaortiz@gmail.com

Abogada especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Pertenece al grupo de investigación Derecho, Justicia y Globalización del Programa de Derecho del Politécnico Grancolombiano.

Resumen

Este artículo es el resultado de la primera parte de la investigación titulada "Mecanismos de protección en el mundo de la moda colombiana". El documento presenta la importancia actual económica y social de la moda en Colombia, así como las dos posturas existentes frente a la protección de las creaciones de moda, mediante una norma redactada exclusivamente para estos casos. Así mismo, hace una breve explicación de cómo podrían protegerse estas creaciones con la normativa vigente de derechos de autor y propiedad industrial. Para lograr su objetivo, en la primera parte presenta una breve contextualización del mercado de la moda en Colombia; posteriormente hace una referencia de los diferentes argumentos presentados por quienes abogan por una normativa especial que regule estas creaciones, y por quienes rechazan esta postura, y creen en la libre circulación; en la tercera parte realiza una presentación de los posibles mecanismos legislativos vigentes que podrían tutelar este tipo de creaciones; y finalmente concluye que por medio de la normativa de derechos de autor y de propiedad industrial es posible proteger estas creaciones.

Abstract

This article is the result of the first part of a research project entitled "Mechanisms of protection in the Colombian fashion world." The document presents the current economic and social importance of fashion in Colombia, and the two positions about the protection of fashion creations by specific law. Also, a brief explanation of how they could protect these creations with the legislation of copyright and industrial property. In the first part presents a brief contextualization of the fashion market in Colombia; then a reference to the various arguments advanced

Resumo

Este artigo é o resultado da primeira parte da pesquisa titulada "Mecanismos de proteção no mundo da moda colombiana". O documento apresenta a importância atual econômica e social da moda na Colômbia, assim como as duas posturas existentes frente à proteção das criações de moda, mediante uma norma redigida exclusivamente para estes casos. Assim mesmo, faz uma breve explicação de como poderiam proteger-se estas criações com a normativa vigente de direitos de autor e propriedade industrial. Para atingir o seu objetivo, na primeira parte

by advocates of special regulations governing these creations, and those who reject this position, and believe in free circulation; the third part makes a presentation of the possible mechanisms that could protect existing legislative these creations; and finally concludes that by the rules of copyright and industrial property is possible to protect these creations.

apresenta uma breve contextualização do mercado da moda na Colômbia; posteriormente faz uma referência dos diferentes argumentos apresentados por quem abocam por uma normativa especial que regule estas criações, e por quem rejeitam esta postura, e creem na livre circulação; na terceira parte realiza uma apresentação dos possíveis mecanismos legislativos vigentes que poderiam tutelar este tipo de criações; e finalmente conclui que por meio da normativa de direitos de autor e de propriedade industrial é possível proteger estas criações.

Palabras clave: Moda, protección, derechos de autor, propiedad intelectual, propiedad industrial, piratería

Key words: Fashion, protection, copyright, intellectual property, industrial property, piracy

Palavras chave: Moda, proteção, direitos de autor, propriedade intelectual, propriedade industrial, pirataria.

Para citar este artículo / To cite this article / Para citar este artigo

Zuluaga, Paola (2012). Contextualización teórica de los mecanismos de protección en el mundo de la moda colombiana . *Panorama*, VII (12), 97 - 121.

Introducción

Actualmente las personas se preocupan cada vez más por su apariencia y por las prendas de vestir, “lo que nos lleva a pensar, que el siglo XXI es desde ya mismo *ultrafashion*. ¿Exagerado? ¿Hemos borrado demasiado a la ligera las estrategias económicas, las cuestiones geopolíticas, los equilibrios ecológicos, las tensiones, las injusticias, los peligros que acechan al clima del mundo? Sí, es cierto” (Lannelongue, 2008, p.12).

Bañuelos (2011, p.2) sostiene que la moda se considera una de las estructuras más comunes y cotidianas de aculturación, igualmente, constituye un cambio temporal de estilo, es decir, de los componentes estéticos de la vida. Cuando se habla de moda, se debe entender está en un contexto global en el que están incluidas las prendas de vestir, la arquitectura, el diseño de interiores y exteriores, entre otros.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su vigésima tercera edición, moda es uso, modo o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país, con especialidad en los trajes, telas y adornos, principalmente los recién introducidos.

Tal como lo consagra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término moda ha sido asociado desde tiempos remotos a la forma de vestir de las personas, a la parte estética que presenta cada individuo en el momento en que toma la decisión de escoger sus prendas de vestir y usarlas; ello, debido a la identificación que existe entre moda y moda de vestir.

La moda es una disciplina que existe desde tiempos inmemoriales. Es una de esas cosas que parece haber estado siempre presente en las sociedades civilizadas (Anónimo, 2011, p.1), por lo que es impensable haber podido vivir sin usar prendas de vestir. Es por esto, que la moda se considera el espejo en el que se miran las sociedades donde existe; es a la vez un fenómeno cultural y un negocio altamente complejo y, como tal, reflejo de las actitudes sociales, económicas, sexuales y políticas de una época, tal como lo afirma Mackenzie (2010, p.6).

La mayoría de expertos, entre ellos Tungate (2008, p.19), concuerdan en señalar que la moda, tal y como la conocemos en la actualidad, nació en la capital francesa. Remaury, citado por Tungate (2008, p.19), señala que el término *fashion*, propiamente dicho, proviene del francés *facón*, que significa trabajar de una determinada manera, y *travaux à facón* es el término francés que tradicionalmente se designaba a la modistería.

Después de varios movimientos de las artes decorativas tales como: el barroco, rococó, exotismo, naturalismo, neoclasicismo, dandismo, romanticismo, industrialismo y *savile row*, surge en el siglo XIX la alta costura. Mackenzie (2010, p44) sostiene que la alta costura consolidó el papel del diseñador como árbitro de tendencias y elevó el oficio de la confección a la categoría de arte.

Posteriormente, se presentaron otros movimientos entre ellos: ritualismo, bloomerismo, prerrafaelismo, esteticismo, racionalismo, belle époque, neoimperio, orientalismo; y fue allí, tal como lo indica Vásquez (2007, p.4), después de la Primera Guerra Mundial, que surge el *prêt à porter*, también llamada moda industrial.

El cambio de la alta costura al *prêt à porter* generó una democratización de la moda. Mientras que el consumo de la alta costura se limitaba a las clases sociales más ricas, la moda industrial generó acceso a las clases medias. A partir de ese momento surgieron otros movimientos conocidos como modernidad, moda de Hollywood, surrealismo, neovictoriano, utilitario, new look, neoeduardiano, existencialismo, boutique británico, espacial, glam, romanticismo nostálgico, casualismo, vanguardismo japonés, yuppismo, grunge, deconstruccionismo, posmodernismo, minimalismo, celebrities, marcas, vintage y globalism, los cuales forjaron el acceso de las clases bajas al mundo de la moda.

Hoy día, todos los integrantes de la sociedad tienen acceso a la moda. Algunos autores sostienen que la democratización significó una reducción de los signos de diferenciación social. Para tales autores, la moda, no ha eliminado los signos de rango social, sino que los ha reemplazado promoviendo referencias que valoran más otros atributos como la esbeltez, juventud, etc. (Vásquez, 2007, p.5).

Debido al acceso masivo de compradores de moda, actualmente, el mundo de la moda es una industria de miles de millones de dólares que no tiene fronteras nacionales. Revistas y periódicos incluyen la industria como parte de su cobertura en noticias, centrándose en el siempre cambiante mundo de las expresiones de diseño (Mencken, 1997).

Contextualización teórica: mercado de moda en Colombia

Colombia es reconocida por sus pasarelas en Latinoamérica, entre ellas, las más importantes Colombiamoda y Colombiatex, que atraen reconocidas empresas a nivel internacional. La industria ha crecido en 11,8% en los últimos años, participa con un 0,31% y 0,17% en el valor total mundial en la producción de textiles y confecciones respectivamente, y con un 0,25% en el mercado de las pasarelas. En nuestro país la producción del sector de la moda representa el 11% de la producción manufacturera, el 1,7% del Producto Interno Bruto y genera más de 800 mil empleos (Proexport, 2009).

Durante la edición número 22 de Colombiamoda, la feria más importante de moda del país, celebrada entre el 26 y 28 de Julio de 2011, asistieron 9.428 personas, lo que significó un incremento del 6%, frente a 2010. La participación de compradores internacionales llegó a 1.415 personas, provenientes de 51 países, frente a 30 países en 2010 (Alcaldía de Medellín, 2011).

Por su parte, la presencia de compradores nacionales aumentó en un 8%, con 8.013 registrado. El pabellón nuevos modelos de negocios contó con 28 empresas y más de 60 inversionistas nacionales e internacionales. Adicionalmente, se estima la apertura de 90 nuevas tiendas para las marcas presentes en el transcurso de un año, las cuales podrían generar ventas por US\$18 millones en ese mismo período. Por otro lado, se realizó el Segundo

Encuentro Nacional Empresarial y también trajo una delegación de 10 compradores internacionales; estas actividades generaron expectativas de negocios por US\$1.8 millones (Inexmoda, 2010).

En el mundo de la moda Colombiana interactúan grandes empresas nacionales como Fabricato Tejicondor, Vestimundo con dos marcas propias de moda GEF y Baby Fresh, Leonisa y C.I. El Globo (Anónimo, 2011, p.24); y también marcas como Arturo Calle, Armi, Pronto, Tennis, Punto Blanco, Hot Line entre otras; diseñadores de alto reconocimiento como Silvia Tscherassi, Pepa Pombo, Amelia Toro, Ángel Yañez, María Luisa Ortíz, Juan Pablo Martínez, Lina Cantillo, Julieta Suárez, Isabel Henao, Olga Piedrahita y pequeñas industrias, marcas y diseñadores que no tienen mayor recordación.

Independientemente del reconocimiento de los actores dentro del negocio, la Industria de la moda en Colombia ha tenido un desarrollo importante en los últimos años, por este motivo, y teniendo en cuenta las expectativas que se han generado con la posible suscripción de tratados de libre comercio con otros países es muy probable que esta industria siga creciendo, por lo que es importante determinar cómo podrían protegerse las creaciones que se generen en el interior de ella.

Legislación vigente

Colombia en su afán de proteger las obras y/o creaciones intelectuales ha suscrito varios convenios, tratados, leyes comunitarias, e internas, que buscan tutelar los derechos conferidos a este tipo de propiedad; no obstante, frente al tema de moda ha surgido una disputa.

Dentro del debate que surge a partir de la protección de las creaciones generadas en el mundo de la moda de vestuario, algunos tratadistas consideran importante e indispensable generar mecanismos de protección dentro de las leyes de propiedad intelectual; otros por el contrario, consideran que no es necesario y por tanto, no están de acuerdo con proteger las creaciones que se desarrollan dentro de este negocio.

El término propiedad intelectual tal como lo indica la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: *propiedad industrial y derechos de autor* (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 2011, p.2).

La *propiedad industrial* incluye las patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, las marcas, las denominaciones de origen, y los secretos industriales; mientras que los *derechos de autor* están compuestos por obras literarias, tales como novelas, poemas y obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, tales como dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y diseños arquitectónicos; así como los derechos conexos.

Los derechos que surgen a partir de este tipo de propiedad, son similares a los que surgen con otros derechos de propiedad, es decir, permiten al creador o al titular beneficiarse de la protección de los intereses morales y patrimoniales, derivados de su autoría (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2011).

A partir de ello, la propiedad intelectual sería una herramienta para proteger las ideas y los trabajos generados por un diseñador en la industria de la moda (Australian Fashion Council, 2010, p.3). Sin embargo, no es claro el panorama, al leer en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, adherido por la ley nacional 33 de 1987, y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 adherido por la Ley nacional 178 de 1994, no se esclarece el tema de creación de moda y su protección.

Mientras que la Convención de Berna en su artículo segundo consagra que

“obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

El Convenio de París en su artículo primero consagra que

“la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal”.

La ambigüedad que compone la falta de claridad sobre cuáles son las creaciones que pueden protegerse por medio de las Convenciones de propiedad intelectual, permite el abuso de ciertos sectores; mientras que un lienzo pintado de un solo color montado en un marco es calificado como obra por la Convención de Berna, las creaciones generadas en la industria de la moda no son previstas por dicha normativa (Keaton y Goolsby, 2009).

Tanto el Convenio de París como la Convención de Berna consagran un ámbito de aplicación en el que todo país que forme parte se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar su aplicación. Es por esto, que nuestra Constitución Nacional consagra en su artículo 61 que el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Más aún, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, aprobado por la Ley 565 de 2000 consagra en su artículo 2 que la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

Además de esta normativa internacional, Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones, por lo que se aplica el régimen común sobre propiedad intelectual consagrado en la Decisión 351 de 1993, con respecto a los temas de derechos de autor, y la Decisión 486 de 2000 con respecto a los temas de propiedad industrial.

En esta normatividad regional tampoco se aclara el tema de las creaciones generadas en el mundo de la moda, tal como se puede observar en el artículo 4 de la Decisión 351 de 1993, en donde se estipula:

“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;

II) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”.

En la normatividad interna anterior a la Decisión 351 se presenta el mismo vacío con respecto a los mecanismos de protección de las creaciones del mundo de la moda. Tal es así que el artículo segundo de la Ley 23 de 1982 se estipula que

“Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario y artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

Del mismo modo, dentro de las definiciones que trae la Decisión 486 de patentes, modelos de utilidad, esquemas de trazados de circuitos integrados, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, indicaciones geográficas y signos distintivos notoriamente conocidos; aparentemente, tampoco tienen cabida las creaciones de la industria de la moda.

Argumentos en pro y en contra de la legislación de moda

La ausencia de protección en el mundo de la moda viene de tiempo atrás. Algunos actores de la industria han considerado que estas creaciones no pueden protegerse por medio de derechos de autor, pues su finalidad es utilitaria y dicho mecanismo de protección deja por fuera las obras que tengan una finalidad de uso (Barton, 2009); es así, como se estima que al generar mecanismos de protección para estas creaciones podrían surgir monopolios, por ello, fundamentan su negación a la propiedad con la finalidad de promover la igualdad social.

Lo que más preocupa a los doctrinantes es que la protección a este tipo de creaciones aumente los costos de los productos, ello, teniendo en cuenta que de cierto modo se crearía un privilegio en la producción de los bienes protegidos (Clifford, 2011).

Se sostiene por esta corriente que el proceso creativo de hoy es casi totalmente dependiente de las formas de reutilización, y es quizá el mundo de la moda el más cíclico de todos los sectores de diseño (Sinnreich y Gluck, 2005); por tanto, es usual ver en las pasarelas de moda varios diseños similares a los que se usaron tiempo atrás. Evidentemente, los diseñadores reinventan algún elemento, pero en su conjunto son tendencias traídas del pasado.

Dentro de las características del negocio se encuentra la agilidad en la innovación, si se tiene en cuenta que las tendencias van cambiando de temporada a temporada, es necesario que los creativos de la industria vayan a este ritmo, pues de lo contrario sus diseños podrían ser catalogados como obsoletos (Blakley, 2010). Esta velocidad es marcada por la rapidez del mercado y de la economía, la existencia de un sistema capitalista en el que cada vez las personas adquieren bienes y servicios con mayor celeridad, genera la necesidad de agilizar el cambio.

Algunos doctrinantes se han atrevido incluso a afirmar que la copia en el mundo de la moda es positiva, pues las modificaciones que se hacen en el momento de la copia pueden inspirar a los diseñadores originales en direcciones que no fueron exploradas antes (El Harbi y Grolleau, 2008); por ejemplo, en el uso de materiales más económicos que no habían sido utilizados por ellos.

Adicionalmente, la incursión de las tecnologías de la información en la industria ha generado la posibilidad de copiar, de una manera muy ágil. Mientras una colección es presentada en las pasarelas, inmediatamente podrán ser tomadas las imágenes para ser enviadas a replicar. Es decir, podrían presentarse copias en menos de una semana.

Dentro del negocio de la piratería hay varios participantes, entre ellos, los plagiadores directos, y actores secundarios que ayudan y son cómplices de los falsificadores; dentro de ellos, se encuentran personas que pueden desempeñarse en diversos campos, entre ellos los distribuidores y proveedores, que contribuyen a esta práctica con conocimiento o no (Arden, 2009).

En las cadenas de ventas por internet es común la presencia de productos falsificados, ello, debido a la libertad de venta. Un ejemplo es *e-bay*, en dónde se han encontrado productos falsificados de las marcas Louis Vuitton y Tiffany's. Frente a estos casos difundidos por la prensa se tomaron decisiones diferentes; mientras que la justicia de Estados Unidos al estudiar el caso Tiffany's consideró que *e-bay* no estaba infringiendo la marca pues no conocía que el producto era falsificado, la justicia Francesa sostuvo que *e-bay* había sido negligente pues no había prevenido la violación marcaría (Sigler, 2010).

Algunos pensadores indican que la industria de moda florece porque copiando se popularizan los estilos particulares, y entonces, permite el acceso de toda la sociedad a modelos que si no hubiesen sido copiados no habrían podido ser adquiridos (Dreyguss, 2010). Por esta misma línea, algunos se preguntan si con la protección específica de este tipo de creaciones, se privatizaría de cierta forma algún material o alguna creación específica.

Es importante tener en cuenta que el gobierno de China, país conocido por tener uno de los mercados mundiales más grandes de productos falsificados y plagiados, ha implementado nuevas políticas contra la piratería; sin embargo, muchos comerciantes siguen renuentes a renunciar a este negocio lucrativo. Después de varias demandas interpuestas por grandes marcas, la piratería ha tenido un pequeño retroceso, pero no se ha logrado eliminar por completo (Yahong, 2009).

A pesar que varios diseñadores de la talla de Tom Ford, han sostenido en diferentes entrevistas que la piratería y plagio no los afecta directamente a ellos, pues los clientes que adquieren sus productos no son los mismos que adquieren productos falsificados (Ford, 2008); este es un tema de suma importancia social; y, por tanto, debe estar presente en los debates que se generen sobre la protección o no de las creaciones generadas en el mundo de la moda. Sobre este particular, es importante tener en cuenta que la copia no sólo se aprovecha de los grandes diseñadores, sino también de los pequeños, quienes se verían altamente afectados.

Por último, para aquellos que definitivamente niegan la protección de las creaciones generadas en el mundo de la moda, los productos que se originan dentro de esta no son más que la repetición de tendencias anteriores, por tanto, carecen de distintividad. Por añadidura, sostienen que proteger este tipo de creaciones es similar a proteger el estilo de cada persona, una receta, un juego, un mueble o un tatuaje y, por tanto, sería un error hacerlo; por ello pregonan un sí a la libre circulación (Blakley, 2010).

Buscando mecanismos de protección, diseñadores textiles, de moda, y en general los creativos del mercado, sostienen que sus productos son diferentes a los demás elaborados en el interior de este mercado, de ahí que deberían tener un amparo específico.

Es así como encontramos la postura contraria, creadores que se resisten frente al no amparo de la ley. De esta manera, es fundamental definir un mecanismo de protección específico para este tipo de creaciones, pues son obras del intelecto humano que deben ser protegidas. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las legislaciones protegen a los consumidores frente al riesgo de confusión, y la no protección de este tipo de creaciones fomentaría este riesgo (Karr, 2003), pues un bien repetido en igualdad de condiciones por otro productor diferente al autorizado, habría cruzado la línea a la falsificación, y por tanto, generaría confusión en el consumidor sobre la procedencia del producto.

Frente al argumento de los opositores sobre la imposibilidad de protección a los artículos útiles, es importante reconocer que dichos bienes merecen protección tengan o no una incorporación de utilidad. Y aunque sean o no útiles, son creaciones del intelecto humano, y tal como lo consagra el artículo 61 de la Constitución Nacional de Colombia, el estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Mientras que algunos no apoyan la protección por temor a la generación de monopolios, esta corriente afirma que la protección de este tipo de creaciones no generará ningún tipo de distinciones económicas, pues lo que se está forjando es un reconocimiento a los creadores que invierten altas sumas de dinero en el desarrollo de sus creaciones.

Quizá, el gran afectado con la no protección es el diseñador más pequeño, el menos consolidado, el independiente, el que no tiene mayor reconocimiento. A estos diseñadores sería muy sencillo copiarlos, pues no tienen

ningún tipo de registro y por decirlo de alguna forma, no ocupan una posición representativa en el mercado, que limite a otros para copiarlos (Tan, 2010).

A saber, ellos sostienen que la no protección perjudica también a los fabricantes de prendas de vestir, debido a la poca confianza que les genera invertir en diseño, fabricación y distribución de nuevos productos, sin que se garantice su defensa frente a posibles plagios (Cox, 2005). Es decir, los fabricantes se abstienen de invertir en las creaciones de vestuario para evitar futuras copias, y por tanto, pérdidas económicas. Es así como dan respuesta a la preocupación que existe sobre el aumento de costos de los productos, pues se sostiene que si se genera protección, más personas confluirán al negocio, habrá más competencia, y por ende los precios podrán mantenerse o descender.

La cuestión de la protección legal para el diseño de la moda, presenta un balance óptimo entre, por una parte, proveer un incentivo para crear nuevas obras; y, por otra parte, promocionar los dos objetivos a) hacer las creaciones existentes asequibles a los consumidores y b) hacer que el material esté disponible para el uso subsecuente por parte de nuevos innovadores. A partir de este escenario, es indispensable entender que las tendencias de la moda son una manifestación particularmente vívida de la innovación general, en la que siempre tienen referentes comprometidos con la innovación continua, aunque simultáneamente converjan ideas particulares.

Los diseñadores pueden suministrar artículos de tendencia sin que necesariamente esos productos sean copiados de otros. De hecho pueden participar en la interpretación simplemente haciendo una referencia en su trabajo, a un diseño anterior. A diferencia de la copia cercana, en donde la interpretación no pasa de tomar en cuenta el trabajo, sino de copiar de manera directa el objeto; en la interpretación se puede tener una referencia sobre un trabajo previo, que sirvió como medio de inspiración para un nuevo trabajo. De hecho, si una marca se percata del parecido entre dos trabajos, el nuevo trabajo puede haber hecho una reminiscencia inconsciente e indirecta del nuevo trabajo, siendo una propuesta predecesora, sin ser una copia de este (Raustiala y Sprigman, 2009).

La moda no se construye, solamente, con base en la imitación de las élites o de la adaptación de una moda original anterior, porque su quehacer no se reduce a la copia. Elegir una moda significa definir una expresión de la individualidad que se combinan con los gustos colectivos; la moda refleja el deseo por lo nuevo, por un movimiento de la colectividad, por estar en contacto con el espíritu de la época. Esta teoría nos permite separar las tendencias de la moda, de las simples copias; el movimiento de la moda no es necesariamente el resultado de la saturación del mercado con copias, las copias pueden jugar un papel en el cambio de la moda, pero no son la causa de que la innovación en la moda, se quede detenida y estancada (Hemphill y Suk, 2009).

En el desarrollo de un nuevo modelo, diseñadores pequeños y reconocidos, deben invertir altas sumas de dinero en su producción. Para sacar un bien al mercado es necesario diseñarlo, estudiar los materiales que pueden aprovecharse en su desarrollo, producirlo y por último, ponerlo en el mercado. En esta cadena aparentemente sencilla, es necesario invertir altas sumas de dinero, por lo que es necesario reconocer el ingenio y los costos de desarrollo a los creadores innovadores que sacan productos al mercado (Copyright Office of The United States of America, 2006).

Frente a la preocupación de paralización del sector por protecciones absolutas, se ha sostenido que al ser un mercado diferente, las legislaciones deberán tener en cuenta su principal característica, el cambio; y por tanto, los tiempos de protección no deberán ser iguales a los otorgados por otros mecanismos previstos por las leyes de propiedad intelectual.

Según los defensores de esta postura, lo más importante –al momento de determinar si un bien puede protegerse o no– es comprobar su distintividad; pero, demostrar esto no es una tarea fácil; por este motivo, la Corte Suprema de Estados Unidos de América ha considerado importante realizar una evaluación, en la que se verifique la distintividad inherente al diseño cuando este sale al mercado, y posteriormente la adquirida cuando el diseño ya lleva un tiempo en el mercado y los consumidores han hecho asociaciones con la marca; ello, con la finalidad de determinar si en realidad aquellos productos que se consideran “diferentes” en realidad lo son (Munsinger, 2000).

Estos autores, aceptan que cada empresa tiene su mercado, por tanto, exista o no protección, siempre será evidente que las personas más adineradas accederán a los productos más costosos, mientras que las otras, accederán a los productos que estén acordes a sus ingresos.

Hablar de protección no es igual a hablar de uniformidad. Mientras algunos opositores inquietos con la protección sustentan que apadrinar este tipo de creaciones es como tutelar el estilo propio, o una receta de cocina, los defensores de la protección insisten en que no puede asimilarse defensa con unicidad en el estilo. Cada persona tiene el derecho a escoger qué prenda de vestir utiliza y qué prenda no.

Para concluir, esta corriente insiste en que es necesario gozar de una legislación específica para la moda, o por lo menos una interpretación uniforme con respecto a los mecanismos de protección que trae la legislación de propiedad intelectual, para de esta forma impedir inconsistencias e incertidumbres jurídicas (Kevin, 2010).

Es evidente que existen dos corrientes marcadas frente a la protección de las creaciones que se generen dentro del mundo de la moda. Una, que implora por una legislación específica de tutela acerca del tema, y otra, que se opone rotundamente a la expedición de este tipo de normatividad. Independientemente a esto, es primordial determinar cómo podrían protegerse este tipo de creaciones, teniendo en cuenta que no existe una legislación exclusiva que regule el tema en Colombia, y que para algunos creadores es imprescindible obtener amparo.

Mecanismos de protección: legislación aplicable a creaciones de moda

El Convenio de Berna en su artículo 2 estipula cuáles son las obras protegidas por derechos de autor, e incluye en su enumeración ejemplificativa de obras consagrada en el artículo 2.1, a las pinturas o dibujos, esculturas y artes aplicadas, pero tal como lo enseña el artículo 2.7 deja reservada a las leyes nacionales la facultad de regular lo concerniente a las mismas. Igualmente, la Resolución Comunitaria Andina número 351 de 1993, consagra en su artículo 3 la definición de *obra*, *obra de arte aplicado* y *obra plástica* o de bellas artes.

Tal como lo indica la legislación comunitaria, se entiende por *obra* toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. Así mismo, el concepto de *obra de arte aplicado* se aplica también a la creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial; y *obra plástica* o de bellas artes como la creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.

La protección que se concede al autor de estas obras del intelecto humano, se da desde el momento mismo de la creación de la obra sin que para ello requiera formalidad jurídica alguna. De esa manera, de acuerdo a los artículos 1 de la Decisión Andina 351 de 1993, 1y 2 de la Ley 23 de 1982, la finalidad del derecho de autor es reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos sobre las obras, que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino (Dirección Nacional Derechos de Autor, 2010).

Dentro de los derechos reconocidos al autor se encuentran los morales, los cuales están fuera del comercio, de ahí que no son objeto de negociación, al mismo tiempo que se consideran perpetuos, inalienables e irrenunciables (Dirección Nacional Derechos de Autor, 2006).

Nuestra legislación reconoce como derechos morales la facultad de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor; la facultad de conservar la obra inédita o divulgarla; la prerrogativa de modificar la creación, antes o después de su publicación; la facultad de retirar la obra de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

A la par de las facultades morales, el régimen autoral reconoce en favor de los creadores una serie de prerrogativas patrimoniales que se traducen en la facultad exclusiva de realizar, autorizar o prohibir cualquier forma de utilización de su obra.

La Dirección Nacional de Derechos de Autor por medio de Concepto 2005-5951 dispuso que en Colombia se pueda proteger el diseño de artículos de la moda a través de la normativa de derecho de autor. Es así, como indicó que es posible proteger el diseño de un autor y el diseño industrial; y la reproducción tridimensional del diseño bidimensional de un artículo de la moda, pues estos podrán constituir una obra derivada.

Hablar de obra derivada es hablar del resultado de la autorización que concede el autor para transformar o modificar su obra originaria, de tal manera, en la creación de aquella, se tomará como base el aporte intelectual de una obra preexistente (Dirección Nacional Derechos de Autor, 2009). Por ello, en las creaciones de moda podría hablarse de un creador originario que autorizaría a otros para generar nuevas creaciones a partir de la suya.

Si se toma la definición de obra de arte aplicado, se entiende que esta es una producción de forma de expresión (bidimensional o tridimensional) que incorpora un producto; por tanto, es una expresión visual, pues debe ser percible a través del sentido de la vista, esencialmente esta obra debe tener un destino utilitario, es decir, se incorpora a artículos de artesanía o producidos a escala industrial (Antequera, 2009). La importancia radica en el valor artístico y no en su carácter funcional, aunque esto determina que la protección dure la vida del autor más de 25 años.

Los diseños creados en el mundo de la moda podrían protegerse por este mecanismo si se tiene presente que estas creaciones tienen una finalidad de uso, la cual es servir de vestimenta; sin embargo, esto no es suficiente, la creación debe ser de tal nivel, que su valor artístico permita su registro. No sería suficiente la elaboración de una camisa o una falda, pues lo substancial es el valor artístico agregado a la creación, de tal manera que pueda diferenciarse de otra obra de su mismo género, y permita comprender que se trata de una creación artística, sin perjuicio de que la misma tenga funciones utilitarias, o sea incorporada en un artículo útil tal como lo consagra la Resolución 112 de 2008 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

En ningún caso puede entenderse que dicho requerimiento implica que se deba separar la naturaleza o valor artístico de la obra de arte aplicado de su función utilitaria o su incorporación en un artículo útil.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el Glosario de la OMPI, la obra artística u obra de arte “es una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de quien la contempla”, por lo que, dentro de las creaciones de orden artístico se encuentra la pintura, escultura, grabados litografías entre otras (Dirección Nacional Derechos de Autor, 2006).

La Dirección Nacional de Derechos de Autor (2006, p.4) cita a Zapata (1991) quién sostiene que “*las obras de arte, como realizaciones de forma, no pueden existir sin elementos materiales que se usan para expresarla, fijarla y exteriorizarla; pero la obra en sí misma es distinta, y en sentido eminentemente jurídico, independiente de dichos elementos*”. Es indiscutible que para realizar una obra de arte son necesarios varios elementos, pero, el objeto de protección de derechos de autor no puede confundirse con el soporte que la contiene.

Por este motivo si algún diseñador optara por proteger su creación bajo esta modalidad, solamente estará protegiendo la pintura que está soportada en una prenda de vestir, es decir, no se estaría protegiendo el conjunto de la prenda de vestir y su obra impresa, sino solamente la obra que está contenida en la prenda de vestir.

El Convenio de París para la protección de la propiedad industrial en su artículo 1 consagra las creaciones que serán protegidas por medio de propiedad industrial, ellas son: *patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal.*

Así mismo, nuestra legislación comunitaria, Decisión 486 de 2000 consagra que serán protegidas las patentes, modelos de utilidad, esquemas de trazados de circuitos integrados, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, indicaciones geográficas y signos distintivos notoriamente conocidos.

Al hablar de patente la legislación se refiere a la protección que se genera cuando se desarrolla una composición, un aparato, un dispositivo, un procedimiento o un método nuevo que tiene alguna ventaja en comparación con lo ya conocido y soluciona un problema técnico (Superintendencia Industria y Comercio, 2011a).

El título de propiedad, otorgado al titular del derecho de invención, puede clasificarse en la protección que se otorga a todo nuevo producto o procedimiento que ofrece una nueva manera de hacer algo, o una nueva solución técnica a un problema, llamado patente de invención; o en la protección que se otorga a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía, llamado patente de modelo de utilidad.

Dentro de los bienes que no se pueden proteger por medio de una patente encontramos las obras plásticas o aquellas que tienen únicamente carácter estético, por lo que, quedan excluidos inmediatamente los diseños creados en el mundo de la moda. Sin embargo, sí podría pensarse en una patente de modelo de utilidad a una modificación excepcional a los textiles, a los broches, entre otros, de las prendas de vestir, cuando estos incorporen alguna mejoría, provecho o efecto técnico que antes no tenían.

Seguidamente, la normativa consagra la protección a los diseños industriales, los cuales son toda forma externa o apariencia estética de elementos funcionales o decorativos que sirven de patrón para su producción en la industria, manufactura o artesanía; con características especiales de forma que le dan valor agregado al producto y generan diferenciación y variedad en el mercado (Superintendencia de Industria y Comercio, 20011b). El diseño industrial tiene como finalidad darle un aspecto especial al producto, de manera tal que lo haga agradable a la vista y más llamativo al consumidor, lo que muy seguramente hará que aumente tanto su demanda como su valor comercial.

El artículo 113 de la Decisión 486 de 2000 indica que se considera diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto. Por ello, es evidente que podrán existir diseños que sólo tengan ancho y largo, como dibujos; o diseños tridimensionales que ocupan un lugar en el espacio pues tienen largo, ancho y profundidad. Dentro de los diseños tridimensionales se encuentran los recipientes, los relojes, las joyas, los electrodomésticos, los aparatos eléctricos, los vehículos, las estructuras arquitectónicas, entre otros.

Es indispensable tener presente que tal como lo consagra el artículo 115 de la Decisión 486, solamente serán registrables los diseños industriales que sean nuevos. Un diseño industrial no es nuevo si antes de la fecha de

la solicitud o de la fecha de prioridad válidamente invocada, se hubiere hecho accesible al público, en cualquier lugar o momento, mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro medio; adicionalmente, un diseño industrial no es nuevo por el mero hecho que presente diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se refiera a otra clase de productos distintos a dichas realizaciones.

Es decir, para obtener un registro de diseño industrial se requiere que el objeto que se busca proteger sea nuevo universalmente, lo que significa que no se haya hecho accesible al público antes de la fecha de presentación o de la prioridad válidamente reivindicada, en cualquier lugar o momento, mediante una descripción, utilización o por cualquier otro medio (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003a).

Así pues, si un diseño industrial tiene diferencias secundarias con respecto a otro, se considera que no tiene las suficientes características para considerarlo novedoso; entonces, el hecho de que su finalidad sea diferente a un diseño ya existente, tampoco lo eleva a la categoría de novedad.

A partir de estas consideraciones, se podría registrar una prenda de vestir, siempre y cuando esta sea novedosa y no haya sido conocida universalmente. Algunos ejemplos que se contemplan son las posibles modificaciones que se le hicieren a una camisa, una falda, siempre y cuando nunca se hubiere usado. He aquí el gran problema, pues para poder registrar un diseño generado en el mundo de la moda, este debe ser tan único que no se conozca, y teniendo en cuenta una de las características propias de la industrial, la cual es ser cíclica, quedarían por fuera la mayoría de diseños creados en este mercado.

A continuación, la norma comunitaria en su artículo 134 contempla las marcas. Las cuales son cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. *“De conformidad con lo anterior, la marca es una de las especies de los signos distintivos que utiliza el empresario para identificar en el mercado sus productos o servicios con el objeto de distinguirlos de sus competidores”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003b).

Las marcas podrán ser palabras o combinación de palabras; las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; la forma de los productos, sus envases o envolturas; cualquier combinación de los signos o medios indicados.

Es esencial que la marca sea perceptible, es así como todo elemento, signo o indicación que tenga debe ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la aprehende y asimila con facilidad. Por esto se afirma que la marca debe tener representación gráfica. Igualmente, se habla de distintividad como elemento esencial, pues esa es la finalidad marcaria, identificar los productos o servicios de un empresario de los de los demás (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1994).

El artículo 154 de la Decisión 486 consagra que podrán constituir marca entre otros, los siguientes signos:

“a) Las palabras o combinación de palabras; b) Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) Los sonidos y los olores; d) Las letras y los números; e) Un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) La forma de los productos, sus envases o envolturas; y g) Cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores”.

Sobre la anterior definición, se han establecido entonces las siguientes clases de marcas, a saber:

Marcas denominativas: compuesta por varias letras que constituyen un conjunto pronunciable que tenga o no significado. *“En este sentido, estas marcas se constituyen por un signo acústico o fonético formado por varias letras que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no poseer significado conceptual”* (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2005).

Marcas gráficas o figurativas: son las definidas como un *“signo visual porque se dirigen a la vista a fin de evocar un figura que se caracteriza por su configuración o forma externa”* (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2005).

Marcas mixtas: están compuestas por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes) existiendo siempre un elemento predominante entre ellos.

Marca tridimensional: es la forma particular o especial de un determinado producto que lo haga distintivo a los demás. A este respecto ha dicho la doctrina que *“La protección de este tipo de signos depende, en primer lugar de que no estén constituidos por formas usuales o necesarias, y en segundo término, que la forma de que se trate no cumpla, de manera esencial una función técnica (pentagrama)”* (Metke, 2002, p. 68).

Marca sonora o auditiva: *“constituida por un sonido o combinación de sonidos suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica”*; y marca olfativa, *“constituida por un olor suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica (fórmula química)”* (Metke, 2002, p. 68).

Es pertinente señalar que el registro marcario otorga a su titular el derecho de usar el signo en forma exclusiva y excluyente. *“El titular del mismo tiene la posibilidad de impedir que otras personas, no autorizadas, utilicen o pretendan el registro de la misma marca o de una confundible para los mismos productos o servicios o para productos o servicios relacionados”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003c, p.2).

La regla general es que el derecho exclusivo que para el titular de una marca le otorga el registro de la misma debe circunscribirse al ámbito territorial en que se aplica la ley marcaria (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1998). En consecuencia, un registro de marca válidamente adquirido en Colombia podrá ser usado como

fundamento de una oposición en otro país de la Comunidad Andina, siempre y cuando quien pretenda oponerse demuestre el interés real en el mercado y haya presentando el registro de la marca al momento de interponer la oposición (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003d).

Actualmente, es muy usual ver en las prendas de vestir la marca estampada en algún lugar, y es precisamente, como una forma de protección que el creador realiza esta estampación. Si el empresario tiene registrada su marca, los terceros no podrán usarla, y por tanto, si terceros empiezan a vender productos con su marca estampada, estarían infringiendo el régimen marcario, y por tanto, el empresario titular de la marca podría iniciar acciones legales contra los terceros infractores.

Por consiguiente, varios diseñadores del mundo de la moda han empezado a proteger sus creaciones. Inicialmente ingenian una marca, la registran, y posteriormente proceden a estamparla o incluirla en algún lugar visible de sus creaciones. Si bien es cierto, no están protegiendo la creación como tal, si tienen la marca registrada, y al estamparla en una prenda están identificando el origen del producto, y por tanto, evitando que terceros usen esa marca.

En las altas esferas de la moda es reiterado el uso de marca en las creaciones generadas (carteras, camisas, pantalones) tal es el caso de Luis Vuitton, Carolina Herrera, Lowe, Christian Dior, Chanel entre muchos más. Hoy día, este es el mecanismo con que la mayoría de diseñadores están protegiendo del abuso, sus creaciones.

Conclusiones

En síntesis, de acuerdo al repaso que se presentó sobre los posibles mecanismos de protección de las creaciones que se generan en su interior, estas pueden resguardarse por diferentes mecanismos previstos en la normativa de derechos de autor y de propiedad industrial.

Tal es el caso de las obras de arte aplicado y los diseños industriales. Estas dos creaciones irradian elementos en común. Por un lado, son producciones en las que lo que se protege es la forma y no el contenido; son visuales porque deben ser perceptibles por los sentidos; tienen un destino utilitario, es decir, se incorporan a artículos para ser usados; y ambas tienen carácter artístico. Es decir, una obra de arte aplicado puede ser igualmente un modelo de industrial o viceversa (Antequera, 2009).

De otra parte, las obras de arte aplicado podrían registrarse a su vez como modelos de utilidad, siempre y cuando estas obras de arte aplicado cumplieran con los requisitos para adquirir una patente, es decir, ser una nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Por consiguiente, para el registro de una obra como modelo de utilidad se debe verificar su funcionalidad.

Hay que añadir que una marca tridimensional puede registrarse como una obra de arte, o viceversa. Nada impide que una obra tridimensional pueda registrarse a su vez como una marca tridimensional que pretenda diferenciar productos o servicios, o que por el contrario una marca pueda registrarse a su vez, por los derechos de autor.

Teniendo en cuenta esto, incluso sería posible registrar una obra de arte aplicado como marca y como diseño industrial, siempre y cuando se cumpla con los requisitos previstos por la ley para cada uno de estos casos.

Para concluir, las creaciones de moda no tienen una legislación concreta que se limite a la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre ellas; no obstante, puede aplicarse para su tutela la normativa general de derechos de autor y propiedad industrial. El inconveniente de proteger este tipo de obras o creaciones con la normatividad existente es que esta legislación no cumple con una de las características esenciales del negocio, como es la agilidad; podría ocurrir que mientras se cumple con los trámites previstos para el registro, ya se hubiere cambiado de temporada, y por tanto, la prenda fuera considerada dentro del negocio como obsoleta.

Finalmente, y teniendo en cuenta la normativa que se puede aplicar y las características esenciales de la industria de la moda, tales como innovación, rapidez y circulación, resultaría indispensable preguntarse si sería eficiente tutelar estas creaciones por medio de estos mecanismos.

Referencias

1. Alcaldía de Medellín. (s.f.). *Guía de Inversión en el sector textil, confección, diseño y moda*. Recuperado el 10 de 10 de 2011, de <http://es.scribd.com/doc/37519868/Guia-Moda>
2. Anónimo. (s.f.). *Todos sobre la moda*. Recuperado el 21 de 10 de 2011, de <http://www.todosobremoda.com/historia.html>
3. Antequera, R. (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Bogotá: Temis.
4. Arden, A. (Septiembre/ Octubre 2009). Righting the Wrong: Recovering Remedies for Trademark Infringement and Counterfeiting. *IP Litigator* , 1-8.
5. Australian Fashion Council. (2010). *Fashion Rules. A Guide to Intellectual Property for Australian's Clothing and Fashion Design Industry*. Australia.
6. Bañuelos, M. C. (21 de 10 de 2011). La influencia de la moda en el cambio social de los valores estéticos y corporales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
7. Barton, K. (2009). Back to the Beginning: A Revival of a 1913 Argument for Intellectual Property Protection for Fashion Design. *Journal of Corporation Law, Vol 35, Num 2* .
8. Blakely, J. (Abril de 2010). *Lessons from fashion's free culture*. Recuperado el 25 de 07 de 2011, de http://www.ted.com/talks/johanna_blakley_lessons_from_fashion_s_free_culture.html
9. Clifford, S. (3 de 08 de 2011). *Even Marked Up, Luxury Goods Fly Off Shelves*. Falta ciudad: The New York Times .
10. Comunidad Andina de Naciones. (17 de 12 de 1993). Decisión 351. Lima, Perú.
11. Comunidad Andina de Naciones. (14 de 09 de 2000). Decisión 486. Lima, Perú.
12. Constitución Nacional Colombia. (Julio de 1991). Bogotá, Colombia.
13. Copyright Office of the United States . (27 de 07 de 2006). The Internet, and Intellectual Property, Committe on the Judiciary 19th Congress, 2nd Session. *Protection for the Fashion Design* . Estados Unidos.
14. Cox Christine, J. J. (2009). *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. Santa Monica: Ready to Share.
15. Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2005). Concepto 2005 - 5951. Bogotá, Colombia.
16. Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2006). Concepto 2006 - 13257. Bogotá, Colombia.
17. Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2006). Concepto 2006 - 3151. Bogotá, Colombia.

18. Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2009). Concepto 2009 - 7967. Bogotá, Colombia.
19. Dirección Nacional de Derechos de Autor. (03 de 06 de 2010). Obras Derivadas, Radicación No.2-2010-19707. Bogotá, Colombia.
20. Dirección Nacional de Derechos de Autor. (25 de 04 de 2008). Resolución 112. Bogotá, Colombia.
21. Dreyguss, R. (2010). Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm. *Cardozo Law Review*, Vol. 31, No. 5 , pp.10-43.
22. El Harbi Sana, G. G. (2008). Profiting from Being Pirated by “Pirating” the Pirates. *KYLOS*, Vol 61 ,pp. 385 - 390.
23. Ford, T. (13 de 06 de 2008). Ready to Share: The Ecology of Creativity in Fashion .
24. Hemphill Scott, S. J. (2009), . The Law, Culture, and Economics of Fashion, vol.61. *Stanford Law Review* .
25. Instituto para la explotación y la Moda. (s.f.). *Inexmoda*. Recuperado el 10 de 10 de 2011, de <http://www.inexmoda.org.co/prensa/Comunicadosoficiales/Colombiamoda/2011/LasemanadelamodadeColombia/tabid/5941/Default.aspx>
26. Karr, R. (18 de 09 de 2003). Fashion Industry Copes with Designer Knockoffs With Copyright Protection Elusive, Copies are Common. *npr* .
27. Keaton Ashlye, G. J. (Fall de 2009). In the Trenches of Copyright Law: Challenges and Remedies. *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property* .
28. Kevin, T. (2010, Vol 18). Counterfeit Fashion: The Interplay Between, Copyright and Trademark Law in Original Fashion Designs and Designer Knockoffs. *Texas Intellectual Property Law Journal* .
29. Lannelongue, M.-P. (2008). *Los Secretos de la Moda al Descubierto*. España: GG Moda.
30. Mackenzie, M. (2010). *Ismos para entender la moda*. Londres: Turner.
31. Mencken, J. (12 de Diciembre de 1997). *Boston College*. Recuperado el 18 de Julio de 2010, de A Design for the Copyright of Fashion: http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/ip/f/articles/content/1997121201.html
32. Metke, R. (2002). *Lecciones de Propiedad Industrial, Tomo III*. Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda.
33. Munsinger, I. (2000). Trade Dress for ScceSl Fashion Designs as Distinctive Product Configurations. *Texas Review of Entertainment & Sports Law* .

34. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* Recuperado el 08 de 10 de 2011, de http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf
35. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (9 de 09 de 1986). Convenio de Berna. Berna, Suiza.
36. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (20 de 03 de 1883). Convenio de París. París, Francia.
37. Proexport. (s.f.). *Invierta en Colombia*. Recuperado el 20 de 10 de 2011, de <http://www.slideshare.net/inviertaencolombia/sector-textil-y-confecciones-proexport-1187038>
38. Raustiala, S. C. (2009, Vol 61). Response The Piracy Paradox Revisited. *Stanford Law Review* .
39. Real Academia de la Lengua Española. (2009). *Diccionario de la real academia de la lengua española*. Madrid: Espasa.
40. Sigler, A. (2010, Vol 14 núm 1). Online auction House Liability for the Sale of Trademark Infringing Products. *Marquette intellectual property law review* .
41. Sinnreich, G. M. (2009). Music & Fashion: The Balancing Act Between Creativity and Control. *Ready to Share*. Santa Monica: USC Annenberg School of Communication.
42. Superintendencia de Industria y Comercio. (26 de 05 de 2003). Concepto 2116. Bogotá, Colombia.
43. Superintendencia de Industria y Comercio. (16 de 06 de 2003). Concepto 2160. Bogotá, Colombia.
44. Superintendencia de Industria y Comercio. (26 de 10 de 2011). Guía Diseño Industrial. Bogotá, Colombia.
45. Superintendencia de Industria y Comercio. (14 de 04 de 2003). Concepto 2067 No.03007302. Bogotá, Colombia.
46. Superintendencia de Industria y Comercio. (15 de 10 de 2003). Concepto 2202. Bogotá, Colombia.
47. Superintendencia de Industria y Comercio. (26 de 10 de 2011). Guía Patentes y Modelos de Utilidad. Bogotá, Colombia.
48. Tan, I. (2010, Vol 18). Knock it Off, Forever 21! The Fashion Industry's Battle Against Design Piracy. *Journal of Law and Policy* .
49. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. (1994). Proceso 04-IP-94. Quito, Ecuador.

50. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. (21 de Abril de 1998). Proceso 17 - IP - 98. Lima, Perú.

51. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. (09 de 03 de 2005). Proceso 17-IP-2005. Lima, Perú.

52. Tu, K. V. (2010, Vol 18). Counterfeit Fashion: The Interplay Between, Copyright and Trademark Law in Original Fashion Designs and Designer Knockoffs. *Texas Intellectual Property Law Journal* .

53. Tungate, M. (2008). *Marcas de moda marcar estilo desde Armani a Zara*. España: Gustavo Gili.

54. Vásquez, A. (2007). La moda en la postmodernidad deconstrucción del fenómeno fashion. *Revista electrónica DU&P. Diseño Urbano y Paisaje VOLumen IV No. 11* , 1-10.

55. Yahong, L. (s.f.). *China Today*. Recuperado el 10 de 08 de 2011, de http://www.chinatoday.com.cn/ctenglish/se/txt/2009-03/10/content_184191.htm



**Principio de progresividad en
la pensión de invalidez en la
jurisprudencia constitucional
colombiana**

Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana

Principle of progressivity in disability pension in Colombian constitutional jurisprudence

Princípio de progressividade na pensão de invalidez na jurisprudência constitucional colombiana

Isabel Goyes Moreno (Colombia)

Universidad de Nariño
isabelgm99@yahoo.com

Directora Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región, DEJURE. Docente Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño.

Resumen

Este artículo hace referencia a la incidencia del principio de progresividad en la figura jurídica de la pensión de invalidez de origen común, gracias a cuya aplicación, la Corte Constitucional ha garantizado los postulados de igualdad, equidad, vida digna y justicia material consagrados por el constituyente primario. Con fundamento en una revisión jurisprudencial del período comprendido entre el año 2000 y el 2012, se ha establecido el sentido y alcance que la Corporación le ha otorgado a dicho principio. La descripción de las circunstancias fácticas que dieron origen a la acción de amparo constitucional en varios casos, así como las consideraciones jurídicas que sustentaron algunas acciones de inconstitucionalidad, constituyeron las fuentes por excelencia, para corroborar la validez y trascendencia del principio de progresividad en Colombia.

Abstract

This paper refers to the effect of the principle of progressivity in the legal form of the common origin disability pension, through whose application, the Constitutional Court has guaranteed the principles of equality, equity, justice and dignified life, enshrined by the constitution. Based on a review of the case law, from 2000 to 2012, it has established the meaning and scope that Corporation has granted to this principle. The description of the factual circumstances that gave rise to the amparo in several cases, as well as legal considerations that supported some unconstitutionality actions, were the ultimate sources, to verify the validity and the importance of the principle of progressivity in Colombia.

Resumo

Este artigo faz referência à incidência do princípio de progressividade na figura jurídica da pensão de invalidez de origem comum, graças a cuja aplicação, a Corte Constitucional tem garantido os postulados de igualdade, equidade, vida digna e justiça material consagrados pelo constituinte primário. Com fundamento em uma revisão jurisprudencial do período compreendido entre o ano 2000 e 2012, tem-se estabelecido o sentido e alcance que a Corporação tem-lhe outorgado a dito princípio. A descrição das circunstâncias fácticas que deram origem à ação de amparo constitucional em vários casos, assim como as considerações jurídicas que sustentaram algumas ações de inconstitucionalidade, constituíram as fontes por excelência, para corroborar a validez e transcendência do princípio de progressividade na Colômbia.

Key words: Principle of progressivity, disability, constitutional jurisprudence

Palavras chave: Princípio de progressividade, invalidez, jurisprudência constitucional.

Palabras clave: Principio de progresividad, invalidez, jurisprudencia constitucional

Para citar este artículo/ To cite this article/ Para citar este artigo

Goyes, Isabel (2012). Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Panorama*, VII (12), 123 - 141.

Introducción

La seguridad social tiene aceptación universal como derecho humano que genera obligaciones estatales, cuya dimensión es variada dependiendo tanto de la cobertura y los riesgos amparados, como de la capacidad económica de cada nación y de las políticas gubernamentales respectivas; de igual manera, todo ciudadano reclama para sí una seguridad social básica acorde con la dignidad humana. Con fundamento en dicho planteamiento han surgido voces universales que reclaman el reconocimiento de principios de la seguridad social que contribuyan a garantizar dicha aspiración.

La jurisprudencia constitucional colombiana —con fundamento en los principios consagrados en la Carta Política de 1991, así como en aquellos otros derivados de los compromisos internacionales y que se vinculan al ordenamiento jurídico mediante el bloque de constitucionalidad— ha decidido numerosas acciones de tutela y demandas de inconstitucionalidad, orientada por dichos postulados, con el propósito último de procurar la justicia material y la vida digna para todas y todos los colombianos.

La figura de la pensión de invalidez de origen común debido a las incidencias laborales, económicas y sociales que acarrea tanto para quien ha perdido su capacidad laboral como para sus familias, merece un estudio cuidadoso y un trato justo y acorde con la condición humana.

Con fundamento en una revisión de sentencias de la Corte Constitucional colombiana, se puede manifestar que frente a aquellas leyes que incrementan los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, que crean condicionamientos más gravosos o que implican un retroceso normativo, el juez constitucional ha esgrimido el principio de *progresividad* con miras a otorgar el amparo impetrado, absteniéndose en algunos eventos de aplicar tales mandatos e inclusive ordenando su exclusión del ordenamiento jurídico, tal como se observará a lo largo de este escrito.

El principio de progresividad

El término principio, por su carácter polisémico y polimorfo, tiene múltiples significado y puede adoptar distintas formas, ya como norma genérica, como valor superior, como criterio de interpretación, como máxima jurídica. En todo caso,

“La discusión acerca del valor de los principios jurídicos entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo se enmarca en algunos de estos campos de uso de este término, específicamente, se trata a los principios como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico” (Rojas, 2006, p.125).

No obstante, mientras que para los iusnaturalistas los principios son universales, inalienables e inmodificables, para los positivistas se conciben como temporales, modificables y fruto del consenso social; pues unos y otros coinciden en aceptar su importancia para dar coherencia a todo el ordenamiento jurídico, así como para servir de hilo conductor en la hermenéutica de todo el contenido del sistema jurídico que se trate.

En el siglo XX, a partir de los procesos de constitucionalización de la Carta de Derechos Humanos, los principios adquirieron reconocimiento normativo. De ahí que en la actualidad tengan presencia en el sistema de Naciones Unidas, en el regional interamericano, en el de países andinos y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no solo como principios sino también como derechos fundamentales, así como en las constituciones de casi todos los países de América Latina.

El principio de progresividad está referenciado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966) –PIDESC– y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Organización de Estados Americanos, 1988), el Protocolo de San Salvador, mencionar solo los dos más importantes.

En efecto, la Organización de las Naciones Unidas (1966) a través del Preámbulo del PIDESC, reconoce de manera expresa que:

“ [...] con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (ONU 1966-1976), con lo cual les otorga a estos derechos el mismo nivel de los derechos de civiles, superando aquella indebida diferenciación entre derechos de primera y segunda generación”.

Estas y otras consideraciones, llevan a los Estados Partes a consagrar en el artículo 2, numeral 1, obligaciones perentorias y progresivas, al expresar que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Y este es el fundamento del principio de progresividad que debe acompañar a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

En relación con la seguridad social el artículo 9 ordenó: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”(ONU, 1966). Como puede establecerse del texto del Pacto, la seguridad social forma parte de los DESC y estos derechos están amparados y garantizados por la progresividad.

Los principios de Limburgo (1986) sobre la aplicación del PIDESC fueron contundentes en indicar que

“cada uno de los Estados comprometidos con el PIDESC a partir de su entrada en vigencia, 1976, se obligaban de conformidad con el artículo 17, a hacer uso, a nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes en la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir con las obligaciones por ellos aceptadas bajo el Pacto. Cualquier medida regresiva debía estar ampliamente justificada en la conveniencia de la colectividad”.

En el continente americano, el protocolo adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se realizó mediante el Protocolo de San Salvador (1988), el cual se refiere a la relación existente entre los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, afirmando que todos esos derechos “constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. De esta forma, se ratifica por parte de los países de América, la indivisibilidad de los derechos humanos, cualquiera sea su naturaleza.

La responsabilidad de los Estados frente a los DESC se evidencia con el texto del artículo 1 que ordena:

“[...] adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”(OEA, 1988).

Al igual que en el sistema universal a nivel regional también se consagró el principio de progresividad.

Por su parte, el artículo 9 se ocupa del tema de la seguridad social en estos términos:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto” (OEA, 1988).

El Comité para la supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, creado en 1985, tiene la misión de recepcionar los informes presentados por los diversos países dos años después de la respectiva ratificación y cada cinco años en adelante, ha precisado que la obligatoriedad de avanzar en los DESC, obliga a evaluar con el mayor rigor, todas aquellas medidas de índole deliberadamente retroactiva, las que sólo se admitirán cuando puedan justificarse plenamente en el ámbito del mejoramiento colectivo(Observación General núm. 3).

De conformidad con la normatividad internacional transcrita, los Estados están obligados a avanzar en la implementación y desarrollo de los DESC, en virtud del principio de progresividad que les es inherente. Ahora bien, dado que la seguridad social es uno de los derechos económicos, sociales y culturales más importantes, es evidente que la realización de la pensión de invalidez a favor de quienes, por razones diferentes a los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales, han disminuido su capacidad laboral, se convierte en un expresión de justicia social y material.

Regulación normativa de la pensión de invalidez

La invalidez es un riesgo que acecha a cualquier persona económica y socialmente activa, generando una minusvalía en su posibilidad de generar ingresos para mantener su condición de vida digna. Por esta razón, fue una de las primeras contingencias que mereció la atención de los Estados, a ellas se hace referencia cuando se dictan normas especiales a favor de las víctimas de los conflictos internos, cuyas secuelas implicaron para algunos Jefes militares, incapacidades permanentes en su capacidad laboral.

La invalidez puede derivarse de enfermedades generales o de accidentes ajenos a la vida laboral; así mismo hay pérdidas de la capacidad laboral que tienen su origen tanto en la naturaleza de la labor desempeñada como en un accidente ocurrido en el sitio del trabajo o con ocasión del mismo. Este análisis se concreta en la primera circunstancia, denominada *invalidez de origen común*, circunstancia que requiere: i) pérdida de la capacidad laboral del 50% o más, por cualquier causa de origen no profesional ii) calificación de dicha invalidez, y iii) que la misma no hubiese sido provocada intencionalmente. El trámite de calificación se regula por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y al artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

La pérdida de la capacidad laboral (artículo 7 Decreto 917 de 1999), se mide en función de la deficiencia, discapacidad y minusvalía sufrida, conceptos que tienen sus respectivas ponderaciones porcentuales. A continuación se incluye una tabla que sintetiza los principales aspectos normativos de la pensión de invalidez común.

Principales aspectos normativos de invalidez común

	<i>Acuerdo 049</i>	<i>Ley 100 de 1993</i>	<i>Ley 797 de 2003 29 de enero</i>	<i>Ley 860 de 2003 diciembre 26</i>
Requisitos	<p>Art. 6</p> <p>150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, 0 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.</p> <p>Artículo 3 Decreto 917 de 1999. Fecha de estructuración de invalidez.</p>	<p>Art. 39</p> <p>Que la persona esté cotizando y haya cotizado por lo menos 26 semanas.</p> <p>Que habiendo dejado de cotizar tenga cotizadas mínimo 26 semanas en el año inmediatamente anterior al estado de invalidez.</p>	<p>Art. 11</p> <p>(Inexequible C- 1056 del 11 de noviembre de 2003).</p> <p>Invalidez causada por enfermedad y accidente: 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>3 años anteriores al hecho causante de la misma.</p> <p>En la Ley 797 en la invalidez causada por accidente, no se exigía el requisito de la fidelidad.</p>	<p>Art. 39 y art. 1. Ley 860 de 2003.</p> <p>Invalidez causada por enfermedad:</p> <p>Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y una fidelidad de cotización del veinte por ciento 20% entre los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>Menor de 20 años de edad, 26 semanas.</p> <p>Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años.</p>
Monto	<p>Básico 500 semanas = 45%</p> <p>Adicional 1,5% por cada 50 semanas por incapacidad igual o superior al 50% e inferior al 66% 800 semanas= 54%</p> <p>Adicional 2% por cada 50 semanas por incapacidad igual o superior al 66%</p>			
IBL	Promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado ha cotizado durante los 10 años anteriores reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con el IPC o durante todo el tiempo de invalidez.			
Mesadas	14			
Revision	Cada 3 años a solicitud de la entidad que reconoce la pensión o en cualquier tiempo a solicitud del pensionado.			

CUADRO 1. FUENTE: GOYES, I., HIGALDO, M. (2007). PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES. PASTO: UNIVERSIDAD DE NARIÑO.

Tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, los requisitos y exigencias son los mismos, y se gobiernan por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el artículo 40 de la Ley 100 y el artículo 52 de la Ley 952 de 2005 que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado a su vez por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. En el evento de no reunir las condiciones exigidas por la normativa, procede la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, según el régimen que se trate. Aunque en el Régimen de Ahorro Individual (RAI), se puede mantener la cuenta individual para aspirar a la pensión de vejez.

La pensión de invalidez es incompatible con la de vejez, pero no con las prestaciones provenientes del sistema de Riesgos Profesionales.

Revisión jurisprudencial sobre el principio de progresividad

Este escenario constitucional se construyó con aquellos patrones fácticos en los cuales se ve envuelta una persona que ha perdido su capacidad laboral por enfermedad o accidente de origen común; esto es, aquellas contingencias no relacionadas con la actividad laboral. Se pone de presente con este escenario el deber de solidaridad que corresponde accionar ante la pérdida de la posibilidad productiva de un ser humano, razón por la cual, se analizan conflictos que versan sobre la frustración del acceso a esta prestación económica por razones como la regresividad normativa al establecer nuevas o más gravosas condiciones y la aplicación de interpretaciones que lejos de amparar a los discapacitados obstruyen su posibilidad de contar con un sustento vital.

Los *pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional* sobre la pensión de invalidez por riesgo común, recurren a la aplicación de principios, con la finalidad de hacer efectivos los derechos de la seguridad social; esta afirmación se evidencia con lo acontecido en torno al principio de progresividad y favorabilidad que operan de manera conjunta en esta materia, y que resulta ser el que con mayor frecuencia se cita a efectos de resolver problemas jurídicos.

Los *pronunciamientos jurisprudenciales que involucran el principio de la progresividad* en pensión de invalidez comienzan tarde por la ruptura interpretativa frente a otros principios, cobrando autonomía y convirtiéndose en la práctica, en un límite al legislador quien en materia de seguridad social goza de amplia configuración; razón por la cual, la numerosa, dispersa y coyuntural normatividad generaba garantías a los posibles receptores pensionales a través del principio de favorabilidad.

Como se verá a través de diversas sentencias, en la jurisprudencia colombiana, el principio de progresividad es un desarrollo del principio de favorabilidad, de donde la diferencia radica en que el primero impide la expedición de leyes regresivas, mientras que el segundo, morigeró el efecto de leyes existentes, ambiguas y confusas; pero confluyendo los dos principios cuando se está frente a regímenes de transición y leyes derogadas más favorables.

Así, la sentencia T-1133 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, resuelve la situación de un afiliado del ISS, quien solicitó su pensión de invalidez, obteniendo su reconocimiento año y medio más tarde, pero en dicho acto se le informa sobre su desafiliación del sistema de salud por no cotizar durante el tiempo que duró el trámite y que no puede volverse a afiliarse al ISS, procediendo a descontar aportes para salud a favor de COMFENALCO. Tal hecho condujo a que el actor viera frustrada la prestación de servicio de salud, por haber perdido la antigüedad en el sistema.

La Corte con fundamento en el principio de favorabilidad resuelve la duda interpretativa generada frente al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, según el cual *“la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”*. La Corte consideró que la interpretación más favorable era contraria a la acogida por el ISS según la cual, la obligación de cotizar para los pensionados por invalidez cesa cuando queda en firme el acto administrativo que la confiere y no cuando reúne los requisitos para adquirirla. En consecuencia, ordena al ISS que en las 48 horas siguientes restablezca la afiliación del paciente y sus beneficiarios, quienes continuarán gozando de la antigüedad que nunca debieron perder.

En sentencia T-290 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabrá, trata la situación de un pensionado por invalidez, quien accede a tal derecho conforme a las reglas de la convención colectiva vigente en Puertos de Colombia, según la cual el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral debía ser del 66%, prestación que obtuvo antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993. El Ministerio de la Protección Social-Pasivo Social de Puertos de Colombia ordena el examen de revisión de la capacidad laboral, la cual se estableció en un 50%; razón por la cual, se suspende la pensión de invalidez.

La Corte al estudiar el caso, el cual sopesa la norma convencional frente al contenido del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que la pensión de invalidez se adquiere con la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, concluyendo así:

“En otras palabras aunque la invalidez del demandante se originó cuando la Ley 100 de 1993 no había nacido a la vida jurídica, aquella se ha prolongado incluso hasta después de su expedición, por lo que la concesión de la pensión de invalidez causada después de esa fecha debe regirse por las normas de la ley entrante. Esto, entre otras cosas, en aplicación del principio mismo de la favorabilidad, que consagra la Constitución Política en su artículo 53”.

Luego, en la sentencia T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, amparó los derechos fundamentales a la seguridad social de una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, sufrió una incapacidad que ascendía al porcentaje del 69,05% y a quien le había sido negada la pensión de invalidez por no cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003.

En dicha oportunidad, la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustaba formalmente al texto legal, se revelaba contraria a la Constitución y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social; razón por la cual aplicó la excepción de inconstitucionalidad, y dio paso al empleo de la regulación previa a la Ley 860 de 2003.

Por otra parte, ante la ausencia de un régimen de transición en la pensión de invalidez y conforme al principio de favorabilidad, se consideró necesario dar aplicación para el caso concreto, al numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, debido a que los requisitos previstos por esta norma son cumplidos cabalmente por la peticionaria. Por lo tanto, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Por medio de la sentencia T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la estudió tres casos en los cuales se negó la pensión de invalidez, debido a que dos de ellos no cumplían con el requisito de fidelidad al sistema, mientras que el tercero carecía del requisito de las 50 semanas cotizadas durante los últimos 3 años, anteriores a la fecha de estructuración de invalidez. La Corte concluyó al respecto:

"[...] Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas".

Frente al caso concreto, consideró que debe darse preferencia a lo fijado por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en tanto permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión con el cumplimiento de menores requisitos. De igual manera insiste en el carácter regresivo de la Ley 860 de 2003. Dijo sobre el punto:

"[...] Las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797 de 2003 como en la Ley 860 de 2003, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición".

Finalmente en aplicación al principio de progresividad, la Corte decide amparar sus derechos y ordena el reconocimiento de la pensión de invalidez.

La agrupación de las sentencias T- 069, M.P. Manuel Cepeda Espinosa, T-078 y T-104 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se fundamenta en la similitud de los hechos. En ellas, los tutelantes piden reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdidas de la capacidad laboral del 68,7%, 58,68% y 61,30%, en su orden, petición que le fue negada alegando que no cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. La Corte concede el amparo con fundamento en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Frente a la inexistencia de un régimen de transición a favor de las personas que han cotizado durante la vigencia de las sucesivas modificaciones legales la Corte en la sentencia la T-078 de 2008, reiteró que

“[...] el Constituyente le confirió al Congreso una amplio margen de configuración política para regular la seguridad social, aquella no es absoluta, pues se encuentra limitada, de manera general, por requisitos formales de trámite y sustanciales que responden a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y, específicamente por las disposiciones de carácter internacional y el artículo 48 Superior que le impone al momento de reconocer y fijar las condiciones de los derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social, en cumplimiento del principio de progresividad, por un lado, establecer condiciones mínimas que no pueden ser desmejoradas, y por el otro, hacer efectiva la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población”.

Por medio de la sentencia T-103 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte estudia la situación de una persona que considera desconocida la protección especial de las personas inválidas y de la tercera edad. Dicha vulneración surge de un error en la fecha de inicio de sus incapacidades que determinan la estructuración de la invalidez. Según la accionante, estas incapacidades iniciaron el 3 de mayo de 2003 y en esa medida los 180 días continuos de incapacidad se cumplían el 3 de noviembre del mismo año. Por lo anterior, para la patente, el régimen aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y no la Ley 860 de 2003 (como lo alega el ISS) porque para el momento de la estructuración de la invalidez dicha ley no estaba aún vigente.

La autoridad competente certificó que la invalidez se estructuró el 27 de diciembre de 2003 y la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 se dio el 26 de diciembre del mismo año, por lo tanto, se tiene que fue el día inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, por lo que la Corte da por cumplido este requisito.

De igual manera, se señaló que el nuevo régimen resulta *prima facie* contrario al principio de progresividad de los derechos sociales. Sin embargo, la comprobación de la regresividad de la medida adoptada por la Ley 860 de 2003 es propia de un juicio de constitucionalidad abstracto, por lo que el juez de tutela carece de competencia para realizar una declaración en este sentido. En consecuencia, dispuso que no era suficiente constatar las dificultades sobre la regresividad de la medida, sino que era necesario que concurren otras circunstancias de orden fáctico que deben verificarse en los casos concretos.

Para el caso en concreto, la Corte ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la accionante, con base en el régimen consagrado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

En sentencia C-428 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la demanda presentada contra los numerales 1 y 2 del artículo primero de la Ley 860 de 2003, y en dicha ocasión reafirmó la importancia del principio de progresividad y no regresividad de la legislación. Luego de un riguroso examen de constitucionalidad, la Corte distinguió el contenido del numeral 1 del 2 de la Ley 860 de 2003, y concluyó que

De la comparación del artículo 1º de la Ley 860 acusado, frente al artículo 39 inicial de la Ley 100, respecto de los requisitos de semanas mínimas de cotización y el tiempo en que tales semanas se debieron haber cotizado, se concluye que la norma acusada no vulnera el principio de progresividad pues: i) da un mismo tratamiento a todos los afiliados, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y ii) tiene en cuenta la realidad del

mercado laboral a diferencia del artículo 59 inicial de la Ley 100, establece exigencias que resultan inferiores a la densidad de cotización del sistema pensional colombiano.

Respecto del requisito de fidelidad, la Corte señaló:

Lo anterior permite apreciar cómo este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad los afiliados de la tercera edad.

En este punto, se reiteró la línea jurisprudencial (Sentencias T-287, T-145, T-110, T-104, T-103, T-080, T-078, T-077, T-069 y T-018 de 2008; T-1072, T-699A, T-641, T-580 y T-043 de 2007; T-221 de 2006 y T-1291 de 2005) sostenida en numerosos casos de tutela, en los cuales no se ha aplicado la disposición demandada por resultar manifiestamente contraria a la progresividad de los derechos sociales consagrada por el constituyente.

La Corte declaró exequible el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión:

“[...] y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, por considerarla contraria a la Constitución. Y así mismo declaró exequible el numeral 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

De esta forma fue expulsado del ordenamiento el requisito de la fidelidad, dejando como única exigencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez el haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

Mediante sentencia T-710 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se analiza el amparo solicitado por una persona que registra una pérdida de su capacidad laboral del 65,75%, a quien se le negó la pensión de invalidez, por existir un conflicto de multi-afiliación. Resuelto dicho inconveniente, se señaló que el reconocimiento de la prestación le correspondía al banco BBVA- Horizonte, quien con posterioridad negó la pensión de invalidez bajo el argumento de no reunir las 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez, conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993.

La Corte reitera que el concepto de progresividad no puede admitir la existencia de una regresividad en cuanto a las prestaciones concedidas por el Estado, ya que una medida de esa naturaleza, se entendería como no ajustada a la Constitución. Sin embargo, señaló la Corte:

[...] lo anterior no significa que las autoridades encargadas de regular lo concerniente a los derechos sociales no pueden dar marcha atrás frente a un nivel de protección previamente otorgado. En estos casos, la jurisprudencia ha establecido que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social significa

que hay marcha atrás en ese campo, como ocurre cuando se contempla un incremento en las cotizaciones para la seguridad social, pues en este caso el aumento no puede entenderse per se, sino como una necesaria actualización de las contribuciones necesarias para mantener viable el sistema”.

En este fallo, la Corte aclaró que, por regla general, el régimen jurídico aplicable a un caso en concreto, es el que se encuentra vigente al momento de estructurarse la invalidez. Sin embargo, no resulta siempre clara a la hora de ser aplicada, motivo por el cual es oportuno referirse al principio de la favorabilidad, para resolver las dudas que la aplicación de la ley laboral. Conforme a lo anterior se reconoce la pensión de invalidez de acuerdo a lo establecido en el artículo 1, numeral 1 de la Ley 860 de 2003.

Nuevamente, en sentencia T-048 de 2010, M.P. Gabriel Mendoza Martelo, se decide la acción de tutela de una persona con incapacidad correspondiente al 83,80%, a quien la entidad accionada le niega la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que trata sobre la fidelidad al sistema.

En esta oportunidad la Corte distingue dos momentos: 1) antes de proferir la sentencia C-428 de 2009, en que señalaba que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 resultaba contrario al principio de progresividad establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues de un régimen favorable —donde se exigían 26 semanas de cotización en cualquier tiempo— se pasó a uno más gravoso en donde no solo se aumentan las semanas de cotización a 50, sino que, además, se adiciona el nuevo requisito de fidelidad. Desde esta perspectiva, la solución que se debía dar a los casos en donde se evidenciara, que las exigencias establecidas en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, aparecían desproporcionadas e irracionales, era la no aplicación del artículo, recurriendo a la excepción de inconstitucionalidad regulada en el artículo 4 de la Constitución Política de 1991. 2) A partir de la sentencia C-428 de 2009, en donde el requisito de fidelidad exigido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, para obtener la pensión de invalidez por enfermedad común o por accidente, fue declarado inexecutable pues dicho requisito hacía más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, y en consecuencia no logra desvirtuar la presunción de regresividad.

Para el caso concreto, la Corte determina que la actora efectivamente cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 83,80%, por lo que este requisito se encuentra satisfecho, al igual que las 50 semanas de cotización dentro de los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez, ordenando se reconozca y pague la pensión de invalidez respectiva.

Mediante la sentencia T-062 de 2011, M.P. Mauricio González. A una persona de 54 años con pérdida de capacidad laboral del 70,75% estructurada el 27 de enero de 2009, se le negó la pensión aduciendo que no cumplía ni con las 25, ni con las 50 semanas en los tres años anteriores. La Corte consideró que era necesario abstenerse de aplicar las normas vigentes para dar paso a las más favorables en pensión de invalidez, dado que había cotizado 1.126 semanas hasta el 2006, con lo cual se demostraba que cumplía los requisitos del Decreto 758 de 1990, esto es, 300 semanas en cualquier tiempo. Por esta razón ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Mediante la sentencia T-885 de 2011, M.P. María Victoria Calle, estudió el caso de una persona portadora del VIH-Sida, quien reportaba una pérdida de su capacidad laboral del 66,14% estructurada el 27 de noviembre de 1998. Agotado el trámite administrativo, se le negó la pensión aduciendo que no cumplía con los requisitos de la Ley 100 de 1993. La Corte Constitucional, teniendo en cuenta que la evaluación de la pérdida de la capacidad laboral se hizo el 19 de noviembre de 2009, fecha hasta la cual la tutelante, trabajó y cotizó, ordenó tener en cuenta esta última fecha, para la cual si reunía los requisitos de la Ley 797. En esos términos concedió la tutela.

Con ocasión de la sentencia T-934 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, se analizó la situación de una persona de 27 años con pérdida de su capacidad laboral del 68,15% estructurada el 7 de septiembre de 2006 y a quien se le había negado la pensión por no reunir el requisito de las 50 semanas en los 3 años anteriores (Ley 860 de 2003). La Corte consideró que en este caso, la aplicación literal lesionaba principios como el de la progresividad, debido a que tenía las 26 semanas requeridas antes de la declaratoria de pérdida de la capacidad laboral, por lo que concedió la tutela, sin aplicar la Ley 860 de 2003.

En virtud de la sentencia T-032 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, la Corte Constitucional se refirió al caso de una persona de 54 años con pérdida de su capacidad laboral del 73,85% estructurada el 26 de agosto de 1999. Se negó la pensión puesto que no cumplía los requisitos de la Ley 100 de 1993. La Corte consideró que teniendo en cuenta que la actora cotizó al ISS desde que se estructuró la invalidez hasta el 1 de enero de 2011 cuando se dio el dictamen de calificación, esta fecha debía tenerse como referente. Por esta razón concedió la tutela y ordenó reconocer la pensión.

Conclusiones

Frente a una profusión legislativa tan grande como la colombiana y a los cambiantes intereses que subyacen a las modificaciones normativas, son los principios los llamados a otorgar coherencia y unidad de sentido al ordenamiento jurídico nacional. Ese es el rol que han desempeñado los principios en Colombia, dando origen a los precedentes constitucionales, los cuales en materia salarial y pensional son de obligatoria observancia, lo que justifica estudios como el presente.

En la figura jurídica de la pensión de invalidez el principio de favorabilidad tiende a transformarse en principio de progresividad, impactando la autonomía del legislador, al que con base en la prohibición de retroceso en materia de DESC, le adelanta juicios estrictos de constitucionalidad, cuando expide leyes que consagran cambios regresivos.

La Corte, mediante el principio de progresividad, ha materializado la protección constitucional para ciertos grupos sociales de especial protección frente a los cuales ha revisado con cautela, los cambios normativos evitando los retrocesos. Estos grupos son: personas de la tercera edad, personas portadoras de VIH-Sida, personas jóvenes.

Del recorrido jurisprudencial antes realizado, se puede concluir la resistencia de las entidades encargadas del reconocimiento de la prestación de la pensión de invalidez para aplicar el principio de progresividad, y su apego irrestricto a la ley, sin consideración a la densidad de semanas cotizadas, actuando en contravía de claros mandatos internacionales y constitucionales.

La Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez, la obligatoriedad de atender la hermenéutica constitucional de esta Corporación. No obstante estas directrices, dichas entidades recurren a formalismos y argumentos forzados, intentando salidas paralelas a los precedentes constitucionales, lo que incrementa innecesariamente el uso de la acción de tutela, poniendo en tela de juicio la obligatoriedad del precedente.

Referencias

1. Alianza Internacional para la Extensión de la Seguridad Social (2005). Ginebra: OIT.
2. Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
3. Castel, R.(2003). *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial.
4. Goyes, I., Hidalgo, M. (2007). *Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales*. Pasto. Universidad de Nariño. Segunda Edición.
5. Goyes, I., Hidalgo, M. (2012). *Principios de la Seguridad Social en Pensiones*. Pasto. Universidad de Nariño.
6. Organización Internacional del Trabajo (1999). *Trabajo Decente*. Memoria del Director General. Ginebra: O.I.T.
7. Organización Internacional del Trabajo (2002). *Seguridad Social: Un nuevo consenso*. Ginebra: OIT
8. Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (1976). Revista No. 1. Madrid.
9. Organización de Estados Americanos (1988). *Protocolo de San Salvador*. Extraído el 7 de abril de 2011 desde <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
10. Naciones Unidas. (1966) *pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. 1976. Extraído el 15 de enero de 2011 desde <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>
11. Principios de Limburgo. (1986). Sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Extraído el 20 de mayo de 2012 desde
12. <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6->
13. Rojas - Rojas, Augusto. (2006). *Los principios en el derecho*. Revista Pensamiento Jurídico No. 16. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
14. Uprimny, Rodrigo (2000). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Extraído el 18 de abril de 2009 desde <http://www.ilo.org.co>
15. Ramelly, A (2003). *Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público. Bloque de Constitucionalidad*. En Anuario de Derecho Constitucional. 1ª. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia corte constitucional

16. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1133 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz

17. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-290 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

18. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

19. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-103 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

20. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-428 de 2009, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo

21. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-710 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

22. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-710 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

23. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-048 de 2010, M.P. Gabriel Mendoza Martelo

24. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-062 de 2011 M.P. Mauricio González

25. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-885 de 2011 M.P. Maria Victoria Calle

26. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-934 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt

27. Republica de Colombia. Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-032 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt



Aspectos jurídicos sobre el rol
de la fiducia en el mercado de
capitales

Aspectos jurídicos sobre el rol de la fiducia en el mercado de capitales¹

Legal aspects on the role of trust in the capitals market

Aspectos legais do papel da fidúcia no mercado de capitais

David Andrés Aguirre Soriano (Colombia)

Universidad del Rosario.
davico_1972@hotmail.com

Abogado, egresado de la Universidad la Gran Colombia, (Bogotá) investigador en derecho económico, comercial y de las nuevas tecnologías. Autor del artículo científico "El posible impacto de la patentabilidad del software en la economía colombiana" publicado en el No. 6 de la revista "Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías", (2011) de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes.

Resumen

Este artículo tiene por objeto, el análisis del rol del fiduciario en el mercado de capitales, quien se constituye como protagonista al participar como inversionista institucional, emisor de valores y a través de los fideicomisos de inversión y de manejo de procesos de titularización; figuras que serán analizadas jurídicamente en el presente trabajo.

Abstract

This article aims at the analysis of the role of the trustee in the capitals market, who becomes protagonist by participating as institutional investor, issuer of values and through investment trusts and management of securitization processes; these figures will be analyzed in the present paper.

Resumo

Este artigo tem como objetivo a análise do papel do administrador no mercado de capitais, que está estrelando em participar como investidor institucional, emitente de valores mobiliários e através de fundos de investimento e gerenciamento de processo de securitização; figuras vontade legalmente analisados neste trabalho.

Palabras clave: regulación financiera, intermediario, titularización, fideicomiso, mercado de capitales.

Palavras chave: regulação financeira, intermediário securitização do mercado de capitais.

Key words: financial regulation, intermediate, securitization, trust, capitals market.

¹ La presente idea de investigación, surge como una inquietud académica, originada en el "Seminario internacional en materia de fiducia: aspectos relevantes para un debate jurídico y económico", organizado por la Asociación de Fiduciarias de Colombia, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad del Rosario, en el mes de Octubre de 2011.

Para citar este artículo/ To cite this article/ Para citar este artigo

Aguirre, David (2012). Aspectos jurídicos sobre el rol de la fiducia en el mercado de capitales. *Panorama*, VII (12), 143 - 170.

Introducción

La Ley 45 de 1925, originada en la misión Kemmerer y contratada por el gobierno Colombiano de la época,² dio lugar al modelo de sistema financiero de *banca especializada*, en el cual las entidades financieras se debían especializar según los diferentes tipos de negocio; contrario censo lo ocurrido con la Ley 45 de 1990, disposición que marcó un nuevo modelo de sistema financiero de *matriz filiales*, y que a su vez se perfeccionó con la Ley 35 de 1995,³ modelo en el que los *establecimientos de crédito* -como los bancos comerciales e hipotecarios,⁴ corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial y por otro lado las *compañías de seguros* de vida y generales- son las matrices de un grupo financiero que, con algunas restricciones, pueden invertir en filiales especializadas de servicios financieros para de esta manera conformar un respectivo grupo financiero (Serrano, 2007, pp. 32- 33).

Dichas especialidades de las filiales especializadas de servicios financieros, de las que los establecimientos de crédito y las compañías de seguros pueden ser matrices, son: *sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito, sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, sociedades de leasing*, que posteriormente se transformaron en compañías de financiamiento comercial, y otras entidades inversionistas institucionales; como *sociedades de capitalización, fondos mutuos de inversión y fondos de inversión de capital extranjero* entre otros (Serrano, 2007, p. 33).

El precepto constitucional contenido en el artículo 78 de la Carta Magna, consagra el derecho de los usuarios y consumidores de bienes y servicios como un derecho colectivo, denominado dentro de la teoría constitucional como de tercera generación; asimismo en los artículos 334 y 335 se consagra el deber del estado de intervenir en la economía, que a su vez responde al modelo económico del sistema capitalista denominado *intervencionista* o del “*estado gendarme*”, como también es teóricamente conocido. Dicho modelo naturalmente dentro de su espectro abarca los mercados financieros, en los cuales el estado interviene a través de instrumentos conocidos como: regulación, supervisión y autorregulación,

Algunos estudios indican que parece haber un vínculo entre la regulación y la probabilidad de que un país entre en crisis; pues a mejor regulación y supervisión, mejor manejo frente a la misma⁵. Por ende, el presente trabajo, se orienta hacia el análisis de la doble protección del inversionista en el negocio fiduciario de inversión, desde el análisis del instrumento de intervención estatal en los mercados financieros, denominado regulación sobre consumidor financiero e inversionista de los mercados de valores.

2 Misión contratada por el gobierno del entonces presidente Pedro Nel Ospina, llevada a cabo con la colaboración de cinco expertos, bajo la dirección del profesor Edwin Walter kemmerer, para que asesorara al gobierno en la aplicación de cambios legislativos en los ramos de la hacienda, la banca y la emisión monetaria.

3 Dicha disposición fijó responsabilidades en relación con la función de regulación asignada al gobierno y la de supervisión asignada a la entonces superintendencia bancaria.

4 Que a partir de la ley 510 de 1999 asumió las funciones de las corporaciones de ahorro y vivienda.

5 Di Caprio. Banking Crises: Causes and Effects 1980 - 1996, en la pagina web del Banco Mundial, 1996.

Consideraciones jurídicas generales aplicables a las sociedades fiduciarias

La fiducia encuentra su origen en el *common law*, sin embargo en el *civil law*, existen algunos antecedentes que se asemejan a tal figura, tal como es el caso de la figura del executor testamentario desarrollada, entre otros, por el derecho germánico, en el cual —en ausencia de posibilidad para hacer testamento— se le transfería la propiedad a un individuo denominado *salmann*, quien se comprometía a seguir las instrucciones del constituyente, respecto del destino de tales bienes, figura que más adelante evolucionó al concepto de *treuhand*, a través del cual la propiedad era una vez más, transferida a un *treuhander* para que este cumpliera las instrucciones encomendadas, so pena de que el constituyente recobrara la propiedad de los bienes. En este concepto del *treuhand*, el derecho del beneficiario se limita a buscar que la obligación a cargo del *treuhander* sea realizada a su favor, es decir, no tiene ningún derecho sobre la propiedad durante la vigencia del encargo, a diferencia del *trust* en el *common law*. Es el *common law*, con la denominada figura *trust*⁶ anglosajón quien funge como antecedente fundamental de lo que se conoce en Colombia como *fiducia*, dado que el *trust* admite la doble titularidad sobre el patrimonio afectado, en cabeza del fiduciario (*trustee*) y del beneficiario o fideicomisario (*Cestui que trust*), mientras el *civil law* no admite tal esquema.

Lo anterior significa que en el *trust* anglosajón coexisten dos derechos de dominio, lo cual implica que el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario, ostentan un derecho real sobre el bien,⁷ el cual resulta oponible *erga omnes*, protegido por principios de “derecho en equidad” y no de “derecho común”; debido a que en el *trust* se analiza la propiedad no desde el punto de vista del objeto sobre el cual recae el derecho, sino desde el interés o beneficio que ella pueda generar, por ende sobre un mismo objeto pueden coexistir dos intereses económicos, mientras que en el *civil law* —naturalmente de corte *romano - germánico*— la doble titularidad de derechos de propiedad, compartida con el beneficiario del negocio, es inexistente; por tanto el beneficiario tendrá que limitarse a esperar que se cumpla determinada finalidad, para que así se le reporte a este un beneficio (Rengifo, 1998, pp. 32, 36- 37).

El negocio fiduciario es un negocio que se encuentra fundado en la confianza (*Trust*), en el cual la sociedad fiduciaria recibe el encargo de realizar una labor por parte de un constituyente, quien le confía el desarrollo de una tarea específica, esta figura es más conocida como el fideicomiso. El *trust* se integra por tres elementos personales y uno patrimonial: fideicomitente (*Settlor*), quien proporciona los activos con los cuales se constituye un patrimonio autónomo, una sociedad fiduciaria (*Trustee*) que administra los activos fideicometidos con los cuales se constituye el patrimonio autónomo o encargo del fideicomitente y un beneficiario (*Cestui que trust*), quien recibe los beneficios que se puedan generar, que puede ser el mismo constituyente o un tercero diferente. Por otro lado, se encuentra el

6 Valga la aclaración que el *trust* tiene un sentido jurídico y una significación económica, desde una significación económica la palabra *trust*, se utiliza para denominar e individualizar una forma de concentración empresarial de carácter contractual, tendiente a desarrollar prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, mientras desde el punto de vista jurídico el término *trust*, expresa una relación jurídica. (Rengifo: 1998, P. 27)

7 Así como el fiduciario puede ejercitar acciones tendientes a cumplir la finalidad encomendada, el beneficiario puede con sus derechos ejercitar un conjunto de acciones encaminadas a que el fiduciario lleve a cabo una operación o celebre un contrato, o que se abstenga de hacerlo, acciones para invocar la subrogación real, es decir, reclamar como bienes del fideicomiso lo que han sido adquiridos con su dinero, asimismo puede perseguir los bienes del fideicomiso en poder de terceros, mientras la enajenación esté por fuera de las facultades del fiduciario, salvo que aquellos hayan dado una contraprestación y no conociesen la violación de los términos del *trust*. (Rodríguez Azuero: 2005, Pág. 35)

patrimonio autónomo de afectación, el cual no hace parte de los activos de la sociedad fiduciaria, que administra dicho patrimonio, de ahí que dicho patrimonio autónomo se maneja en contabilidad separada (Serrano, 2007, p. 40).

En Colombia el contrato de fiducia se manejó atípicamente hasta la expedición del Código de Comercio de 1971, en el cual se tipificó la figura en su libro IV, (Arrubla, 2005, p.103). Así las cosas, el contrato de fiducia mercantil se encuentra tipificado en el artículo 1226 del Código de Comercio; a su vez las sociedades fiduciarias y sus operaciones autorizadas, se encuentran reguladas en los artículos 29⁸, 53⁹, 80¹⁰, 119¹¹, 148¹², 149¹³ y 151¹⁴, entre otros, del EOSF (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), de igual manera el espectro normativo es ampliado por el Decreto 2555 de 2010, libro 5 y la circular básica jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria que, a su vez, fue modificada en su capítulo V por la circular 046 de 2008, de la Superintendencia Financiera, entidad que fusionó la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores,¹⁵ a través del Decreto 4327 de 2005.

El negocio fiduciario básicamente tiene dos clasificaciones jurídicas; la fiducia mercantil y el encargo fiduciario. De esta manera, se puede decir que las sociedades fiduciarias pueden celebrar encargos fiduciarios, contratos de fiducia mercantil y de fiducia pública, para así llevar a cabo su actividad económica. Naturalmente surge la imperiosa necesidad de establecer la diferencia entre el uno y el otro:

Según el tratadista Javier Serrano, con base en disposiciones legales vigentes, el encargo fiduciario se define como un contrato en el que no se presenta la transferencia de la propiedad y, por ende, no se constituye un patrimonio autónomo.

“Entiéndase por encargo fiduciario el negocio en virtud del cual una persona llamada fideicomitente o engargante entrega uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario sin transferir el dominio de los mismos, para que esta última cumpla las instrucciones y finalidad determinada por el engargante en este contrato a diferencia del de fiducia mercantil, el fiduciario no adquiere la calidad de propietario de los bienes que recibe, sino que reconoce dominio ajeno.”

Asimismo, “entiéndase por fiducia mercantil el negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a

8 Operaciones que constituyen el objeto social de las sociedades fiduciarias.

9 Establece la obligación para quien quiera realizar el negocio fiduciario, de constituirse como sociedad anónima mercantil.

10 Establece el requisito de capital mínimo para constituir una sociedad fiduciaria.

11 Establece que tales sociedades deben tener un objeto exclusivo.

12 Garantía de la gestión fiduciaria a través de depósitos de seguridad.

13 Fiducia para la emisión de títulos.

14 Normas sobre Fideicomiso de Inversión.

15 CBJ, 007 de 1996, capítulo V. Operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias:

administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en provecho de este o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario” (1989).

Diferente a lo que ocurre con el “vehículo” denominado, *contrato de fiducia mercantil* en el que sí se presenta dicha transferencia de propiedad y constitución de un patrimonio autónomo, tal como lo menciona el artículo 1226 del CCIO el cual lo tipifica de la siguiente manera:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

Pese a la anterior diferenciación de igual manera el encargo fiduciario puede tener por objeto la *realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para garantizar el cumplimiento de obligaciones*. Frente al primer tipo de negocio fiduciario mencionado, es de resaltar que las sociedades fiduciarias pueden desarrollar operaciones de *fiducia de inversión* a través de la celebración de encargos fiduciarios y contratos de fiducia mercantil, cuya finalidad principal es la de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero (Serrano, 2007, p.40).

Por otro lado, concretamente, para el caso de la fiducia pública, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, respecto del patrimonio autónomo establece:

“las entidades estatales podrán celebrar contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, sin que en ningún caso impliquen la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, y sin que se constituya patrimonio autónomo diferente del propio de la respectiva entidad oficial”.

En Colombia las personas jurídicas con objeto especial, pueden llevar a cabo el negocio fiduciario, sean o no filiales de un establecimiento de crédito o de una compañía de seguros, quienes realizan actividades de diferente naturaleza, entre las cuales se encuentra la fiducia de inversión, de administración, inmobiliaria, de garantía, pública, entre otras. En el artículo 29 del Decreto 633 de 1993, se establecen las operaciones, y el alcance de las mismas que pueden realizar las sociedades fiduciarias en desarrollo de su objeto social.

“a. Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio; b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece. c. Obrar como agente de transferencia y registro de valores; d. Obrar como representante de tenedores de bonos; e. Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin; f. Prestar servicios de asesoría financiera; g. Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 3o., del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2 ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión; h. Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar”.

Dentro del negocio fiduciario se prevé el denominado negocio fiduciario de inversión, en el cual un fideicomitente entrega determinados recursos a un fiduciario, bajo la figura de fiducia mercantil, (en el que constituye un patrimonio autónomo en cabeza de este) o celebra un encargo fiduciario, (en el que no se constituye patrimonio autónomo ni hay traslado de la propiedad de los bienes fideicomitados) para que este lleve a cabo la finalidad de colocar a cualquier título sumas de dinero, de acuerdo a las inequívocas y expresas instrucciones impartidas por el fideicomitente.

Decreto 633 de 1993, Art. 29, num. 2, Fiducia de inversión. “Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por “fideicomiso de inversión” todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto.

Asimismo la fiducia de inversión se constituye como una operación de intermediación del mercado de valores,¹⁶ es decir, dentro de los negocios fiduciarios, pues es único en su género; por tal connotación, tal como lo consagra el Decreto 2555 de 2010, en su artículo 7.1.1.1.2, numeral 3.

“Artículo 7.1.1.1.2 Operaciones de intermediación en el mercado de valores.

Son operaciones de intermediación en el mercado de valores las siguientes:

3. Las operaciones de adquisición y enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) o listados en un sistema local de cotización de valores extranjeros, ejecutadas en desarrollo de contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario, que no den lugar a la vinculación del fideicomitente o del constituyente respectivo a una cartera colectiva administrada por una sociedad fiduciaria. Las operaciones señaladas en este numeral solamente podrán ser desarrolladas por las sociedades fiduciarias”.

Tipos de negocio fiduciario según la regulación

Así las cosas el vehículo fiduciario tiene varios tipos de negocio que no están tipificados en el CCIO ni en el Decreto 633 de 1993, pero sí se encuentran desarrollados y definidos en la circular básica jurídica 007 de

¹⁶ Otras operaciones de intermediación en el mercado de valores son: El contrato de Comisión, (adquisición de valores a nombre propio, por cuenta ajena) El contrato de Corretaje, el contrato “Under Writing” o de colocación de valores, la asesoría de cualquier naturaleza para la adquisición y enajenación de valores, la adquisición de valores por cuenta propia, entre otras.

1996 de la Superintendencia Bancaria, modificado en su capítulo V por la circular básica jurídica 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera, en su numeral 8 y ss.:

Fiducia de Inversión, (contenido en la CBJ, tit. V, cap. I, num. 8.1, con arreglo a lo dispuesto en el art. 29, num. 2 y art. 151, num. 3 del EOSF) este tipo de negocio fiduciario a su vez según su finalidad contiene los *fideicomisos de inversión con destinación específica*,¹⁷ que son aquellos que tienen por finalidad principal invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente; en otras palabras es el fideicomiso donde se administran recursos de terceros para su inversión en un portafolio de títulos valores, la *administración de inversiones de fondos mutuos de inversión*,¹⁸ que son aquellos que implican la celebración de un negocio fiduciario con fondos mutuos de inversión para la administración fiduciaria de sus inversiones.

Fiducia inmobiliaria, es un negocio fiduciario que tiene básicamente la finalidad de administrar recursos destinados a la realización de un proyecto inmobiliario, o administrar recursos relacionados a la realización del mismo, de acuerdo a lo establecido en el contrato puede ser: a) *de administración y pagos*, que son aquellos que implican la transferencia de un bien inmueble a una sociedad fiduciaria pudiéndose o no transferir otros recursos, con el fin de administrar el proyecto inmobiliario, realizar los pagos relacionados con el desarrollo del mismo conforme

17 En el negocio fiduciario de inversión, el constituyente puede señalar en las instrucciones dadas al fiduciario, la colocación de los recursos transferidos vía fiducia mercantil o encargo fiduciario, por ejemplo en papeles de renta fija no inferior a un determinado porcentaje anual, o en acciones negociables en bolsa cuyos dividendos en el momento de realizarse la operación no sean inferiores a una determinada tasa, (Rodríguez Azuero: 2005, P. 388) asimismo puede señalar en la instrucciones dadas al fiduciario, destinar tales recursos a la realización de contratos de cuentas de margen.

Un contrato de cuenta de margen es un acto jurídico, encaminado a realizar operaciones de contado de compraventa de valores, por cuenta de un cliente, (verbigracia fideicomitente) por montos superiores a los recursos (margen) aportados por este, margen que debe ser mínimo del 5%, del monto de la inversión a realizar, es decir que el apalancamiento se puede dar hasta por veinte veces, al monto aportado por el inversionista, para que el intermediario del mercado de valores, verbigracia a través de simultaneas o repos, obtenga los recursos faltantes para tal inversión, colocación que solo se puede realizar en instrumentos de alta liquidez; verbigracia, bonos de deuda pública interna. (TES) En el marco del tipo de negocio fiduciario de inversión, las cuentas de margen se pueden instrumentalizar a través de contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario. (Decreto 666 de 2007)

18 Un fondo mutuo de inversión es una persona jurídica, según el Decreto 1705 de 1985, se define como aquel fondo constituido con aportes de los trabajadores y contribución de las empresas, en virtud de un acuerdo celebrado entre la empresa y un número no inferior a cinco de sus trabajadores.

Dichos fondos tienen por objeto, destinar los recursos captados de los trabajadores, a la realización de las inversiones y operaciones descritas en el Decreto 2514 de 1987, modificado en su artículo 2, por el Decreto 3885 de 2009. Respecto a la realización de inversiones, limitándose a la adquisición e inversión en el mercado público de valores, en los términos de la regulación vigente.

Así las cosas el Decreto 1705 de 1985 en su artículo 12, prevé la posibilidad de que los fondos comunes de inversión, celebren contratos con sociedades fiduciarias, para la administración fiduciaria de sus inversiones.

Legalmente, están facultadas para administrar los portafolios de los fondos mutuos de inversión, las sociedades comisionistas de bolsa y las sociedades fiduciarias, a través de mecanismos tales como; la administración de portafolios de terceros y la fiducia con destinación específica. (Guía jurídica de los negocios fiduciarios: 2011, P. 251)

Posición de la Superfinanciera frente a los fondos mutuos de inversión: La entrega de la administración del portafolio a una fiduciaria no conlleva la delegación de responsabilidad del gerente o representante del fondo de inversión; es decir que el gerente o representante legal de los fondos mutuos de inversión se considera administrador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 222 de 1995, y en tal calidad puede contratar con entidades legalmente facultadas, la administración del portafolio del fondo mutuo que administre, siempre que dicha posibilidad se encuentre previamente establecida en sus estatutos. La responsabilidad del administrador, es una responsabilidad directa, denominada como "responsabilidad in vigilando" y comprende el incumplimiento de los deberes de vigilancia y dirección en que incumbe el administrador de determinada empresa, en definitiva se hace responsable a quien finalmente se beneficia económicamente del acto y siempre que el mismo se haya cometido dentro de las funciones delegadas. En otras palabras, el gerente o representante legal de un fondo mutuo de inversión tiene no solo el deber de garantizar el cumplimiento de la normatividad aplicable al mismo sino también la responsabilidad por un hecho ajeno, esto es, por la omisión de cumplir el contrato de administración del portafolio por parte de la sociedad que se contrate. En mérito de lo expuesto, el gerente o representante legal no podrá eximirse de responsabilidad como administrador del fondo mutuo; es decir, que la entrega de la administración del portafolio, no conlleva la delegación de responsabilidad por parte de los administradores frente a los fondos mutuos de inversión. (Guía jurídica de los negocios fiduciarios: 2011, P. 250)

a las instrucciones establecidas en el acto constitutivo, así como entregar o transferir las unidades construidas a los respectivos beneficiarios o fideicomisarios; b) *de tesorería* que son aquellos que tienen por finalidad principal, que la sociedad fiduciaria invierta y administre recursos en efectivo, encaminados a la realización de un proyecto inmobiliario; y c) *de preventas*, que consiste en la obligación principal para la fiduciaria de llevar a cabo el recaudo de los dineros originados en el mercadeo y consecución de interesados en adquirir inmuebles en dicho proyecto. La fiduciaria recibe dineros de los interesados con los que estos se han vinculado al mismo, la fiduciaria administra dichos recursos y los invierte con el fin de cumplir con las condiciones establecidas.

Fiducia de administración, son aquellos que tienen por objeto la entrega de bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, con la finalidad de que dichos recursos sean administrados y a su vez realice lo establecido por el constituyente frente a la destinación de los bienes, al igual que de sus respectivos rendimientos puede tener varias modalidades: a) *administración y pagos*, que son aquellos que tienen por finalidad la administración de bienes como el dinero así como sus respectivos rendimientos, los cuales pueden estar destinados al pago y cumplimiento de las obligaciones señaladas por el fideicomitente; b) *administración de procesos de titularización*,¹⁹ que es aquel negocio que tiene por objeto administrar una emisión de valores originados en un proceso de titularización de activos, con el fin de crear un respaldo de la rentabilidad y pago de los títulos emitidos, pudiendo la fiduciaria utilizar los activos del patrimonio autónomo para gestionar el pago oportuno de las obligaciones propias del proceso de titularización; c) *administración de cartera*, que es aquel que tiene por finalidad fundamental la administración de cartera productiva o improductiva de entidades financieras, así como del sector real; y d) *administración de procesos concursales*, que es aquel que se constituye en virtud de la designación de una fiduciaria para que liquide y promueva un proceso concursal y tiene como objetivo la administración de los recursos afectos a dicha finalidad.

Fiducia en garantía, es aquel que se constituye cuando una persona transfiere recursos a un fiduciario con el fin de cubrir obligaciones propias o de terceros, presenta varias modalidades: a) *fiducia en garantía propiamente dicha*, que es aquel negocio en el que se transfiere de manera irrevocable la propiedad de un bien con el fin de cubrir el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros, mediante la venta o remate de los bienes para que con este producto se dé el pago de dichas obligaciones garantizadas, en dicho tipo de negocio fiduciario el beneficiario es tanto el constituyente, como el acreedor; y b) *fiducia en garantía y fuente de pagos*, que es aquel negocio que tiene por finalidad la transferencia irrevocable a un fiduciario de un flujo futuro de recursos, producto de una cesión de derechos económicos al constituyente que de igual manera se destinan a cubrir obligaciones del fideicomitente o de un tercero.

Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social, que es aquel en el que se entregan dineros a un fiduciario para que sean gestionados y administrados, dependiendo de la finalidad encomendada por el constituyente puede ser: a) *de pasivos pensionales*, que es aquel en el que se entregan sumas de dinero a un fiduciario para que administre, invierta, constituya reservas y garantías destinadas a atender pasivos pensionales, como el pago

19 La administración de procesos de titularización, no constituye una operación de intermediación del mercado de valores, (nótese que no se incluye en el decreto 2555 de 2010, art. 7.1.1.1.2) en este caso la relación del fiduciario con el mercado de capitales, se limita a fungir como emisor y pagador de las obligaciones resultantes del proceso de titularización, verbigracia en la emisión de bonos con cargo al patrimonio autónomo, el fiduciario gestiona la emisión de tales títulos valores y el pago de los correspondientes intereses y capital.

de mesadas atrasadas, pago de cuotas partes pensionales entre otras obligaciones derivadas; y b) *de recursos de la seguridad social*, que es aquel negocio en el que los recursos entregados a un fiduciario para su administración, deben ser destinados a la ejecución de operaciones de áreas como la salud y riesgos profesionales.

Precisiones conceptuales sobre la regulación colombiana en materia de negocio fiduciario de inversión, en aras de una idónea interpretación y acercamiento a tal vehículo de inversión

La regulación sobre el negocio fiduciario de inversión, debido a las continuas modificaciones, presenta sendas dificultades en su comprensión, dado que las disposiciones codificadas en el Decreto 633 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), resultan desactualizadas, ambiguas y sin conexión alguna con la regulación subsiguiente por vía de nuevos decretos, y circulares externas; dificultando así la comprensión y adecuado entendimiento de tal figura por parte de inversionistas, profesionales, juzgadores, funcionarios, investigadores, estudiantes, etcétera.

A manera de crítica constructiva, se puede decir que la regulación colombiana sobre negocio fiduciario de inversión, resulta compleja y confusa, dejando al intérprete la carga de absolver tales confusiones, que deben ser aclaradas por la academia, dada la evolución que ha tenido este cuerpo regulatorio, en aspectos que se pretende aclarar a continuación.

EOSE. Artículo 29, numeral 2. Fiducia de inversión. "...Entiéndese por "fideicomiso de inversión" todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto;

Las sociedades fiduciarias podrán conformar fondos comunes ordinarios de inversión integrados con dineros recibidos de varios constituyentes o adherentes para el efecto."

EOSE. Artículo 151, numeral 3. Estipulación de la destinación específica de los recursos entregados a título de fideicomiso de inversión. El constituyente o adherente deberá expresar en el contrato, de manera inequívoca, los bienes o actividades específicas en los cuales deben invertirse los recursos o la persona o personas a quienes deben entregarse en todo o en parte los dineros en desarrollo del negocio y el título y las condiciones en que tal entrega debe realizarse, de tal manera que el desarrollo del negocio fiduciario no se convierta en un mecanismo a través del cual se realicen actividades que, de conformidad con la ley, únicamente pueden desarrollar los establecimientos de crédito debidamente autorizados para la captación masiva y habitual de dineros del público.

En ningún caso la destinación de los recursos podrá ser establecida por la entidad fiduciaria o encontrarse preimpresa en los modelos de contrato que se empleen para el efecto.

PARÁGRAFO. En el evento de que el constituyente o adherente no haga la precisión a que se refiere el presente artículo o tratándose de fideicomisos diferentes a los de inversión en que se requiera un tiempo para cumplir la finalidad señalada en los encargos o negocios fiduciarios y no se haya indicado la destinación específica que deba dársele a los dineros durante ese lapso, los recursos recibidos deberán destinarse al fondo común ordinario de que tratan los incisos 2 y 3 del numeral 2, del artículo 29 de este Estatuto.

Así las cosas, el papel de aclarar tales aspectos como siempre le corresponde a la academia; por tanto respecto de la disposición citada anteriormente nótese que da a entender que existen dos modalidades de fiducia de inversión, dado que en la práctica la inversión de recursos dinerarios como objeto del negocio, permite distinguir varias posibilidades de inversión a partir de dos grandes grupos: fideicomisos individuales, comúnmente llamados de destinación específica; y el de los fideicomisos colectivos o mejor dicho de administración colectiva (Rodríguez Azuero, 2005, pp. 390- 391).

El fideicomiso individual es la forma más sencilla a través de la cual el constituyente transfiere al fiduciario sumas de dinero o establece las reglas generales en las que podrá hacerlo en el futuro, con la finalidad de que el fiduciario las invierta de acuerdo con sus instrucciones, ante la perentoria prohibición legal para el fiduciario de abstenerse de hacerlo²⁰ o de direccionar los recursos, a ser manejados en el fondo común ordinario como supletoriamente se establece²¹. (Rodríguez Azuero, 2005, pp. 390-391).

El fideicomiso colectivo o mejor dicho de administración colectiva, para el caso en que se cumpla la condición mencionada en el párrafo del artículo 151, numeral 3 del EOSF, que dé lugar a la medida supletoria de direccionar tales recursos para ser manejados en el fondo común ordinario, en tal caso la administración de tales recursos es conjunta con la de otros constituyentes o adherentes al fondo común, por ende la inversiones del fondo no pertenecen a ningún fideicomitente en particular²². (Rengifo, 1998, p. 122).

De lo anteriormente expuesto, con base a los ilustrativos argumentos de dos insignes docentes y tratadistas, se explica brevemente el espíritu normativo de los artículos 29, numeral 2 y 151, numeral 3 del EOSF.

Cabe advertir categóricamente que dichas disposiciones, fueron tácitamente derogadas por ser incompatibles con el Decreto 2175 de 2007, y el Decreto 2555 de 2010, parte 3, sobre carteras colectivas, disposición que modificó el concepto de fondo común ordinario para redefinirlo y denominarlo como cartera colectiva.

Asimismo la regulación especial subsiguiente, sobre tipos de negocios fiduciarios, no contempló la posibilidad de que en un negocio fiduciario de inversión un fideicomitente, omita expresar en el contrato de manera inequívoca instrucciones, sobre los bienes o actividades específicas en los cuales deben invertirse los recursos o el

²⁰ Contenido en: Artículo 151 numeral 3 del EOSF.

²¹ Contenido en: Párrafo del artículo 151 del EOSF.

²² Contenido en: Artículo 29 numeral 2 del EOSF.

beneficiario o beneficiarios a quienes deben entregarse en todo o en parte los dineros en desarrollo del negocio y el título y las condiciones en que tal entrega debe realizarse, que puedan dar lugar a la medida supletoria contenida en el párrafo, del artículo 151 numeral 3, del EOSF; sin embargo en tal acto jurídico de fiducia mercantil o encargo fiduciario enmarcado en el negocio fiduciario de inversión, el fideicomitente puede definir de manera expresa e inequívoca, que tales recursos sean invertidos en una cartera colectiva, cuya política de inversión sea la renta fija, renta variable, derivados, entre otros.

Circular básica jurídica 007 de 1996, modificada en su título V, capítulo I, por la circular externa 046 de 2008.

8.1 Fiducia de Inversión

8.1.1 Fideicomisos de inversión con destinación específica

Es el negocio fiduciario celebrado con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 151 del EOSF, en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente.

En conclusión, desapareció la excepción contenida en el párrafo, del artículo 151 numeral 3 del EOSF, y la definición y comprensión de fondo común ordinario; cabe advertir que en vigencia de tales disposiciones, ninguna sociedad fiduciaria podía administrar más de un fondo común ordinario de inversión, por ministerio del art. 146, num. 5 del EOSF, modificado por el artículo 37 de la Ley 795 de 2003.

Función económica de la fiducia

La utilización de la fiducia, responde a diversas necesidades de los empresarios, con una fundamental característica: seguridad y confianza en sus operaciones. Por tanto se puede afirmar que la función económica que cumple toda fiducia, es precisamente otorgar confianza a las partes para realizar sus negocios jurídicos, toda vez que la presencia de la fiduciaria, como entidad especializada y vigilada, otorga tranquilidad a las partes respecto del negocio que se proponen realizar. (Arrubla, J., 2005, pp.116- 117).

Según el Premio Nobel de economía (1991) Ronald H. Coase; en su artículo científico publicado en 1937 titulado, “*La naturaleza de la empresa*”, considera que la empresa crece en la medida que un empresario organiza operaciones (entiéndase operaciones como prestaciones de bienes y servicios) adicionales, asimismo se considera que esta decrece, cuando el empresario abandona dicha organización de operaciones adicionales (Núñez, A., 2005, p.79).

Según Coase, lo que da lugar al crecimiento e integración de las empresas, es la evitación de los denominados costos de transacción del mercado, a los que se ven avocados los empresarios, cuando en lugar de usar sus recursos propios internos, salen al mercado para encontrar esos bienes y servicios. Dicho planteamiento asevera

que factores como la incertidumbre,²³ información asimétrica generadora de oportunismo, (riesgo moral),²⁴ y factores sobrevivientes como los conflictos, dan lugar a los costos de transacción de mercado, en menor o mayor proporción (Krause, M., 2005, p.106).

El concepto que se ha mencionado, es el punto de partida de posteriores estudios, como el realizado por el también premio Nóbel de economía, Oliver Williamson, quien aporta un nuevo concepto denominado “**activo específico**” (Entiéndase como aquel activo físico que no se puede cambiar de lugar, verbigracia: ciudad, área de producción, sin que pierda valor, o genere altos costos por su traslado de lugar o uso, el “recurso humano” puede ser un activo específico cuando comporta un entrenamiento y capacitación especializada, por lo cual un traslado a otra área de producción distinta para la que fue capacitado y especializado en principio, generaría un alto costo) al estudio de los costos de transacción, considerando que este nuevo concepto, ubicado dentro de algunos sectores de la economía, constituye un factor que hace más altos dichos costos. (Núñez, A., 2005, p.95)

Es así como Coase, con la ampliación teórica de Williamson sobre costos de transacción, da lugar a una importante herramienta teórica para el análisis de problemáticas en la contratación pública, en sectores estructurales de la economía como el de infraestructura: puertos, energía, minería y servicios públicos, entre otros, que por definición tienen un alto componente de activos específicos que, a su vez, presentan mayor incertidumbre, comportamientos oportunistas y frecuentes renegociaciones contractuales (Pérez, H. 2011, p.6).

En el marco de los negocios realizados entre empresarios, visto desde el enfoque del *análisis económico positivo del derecho*,²⁵ la fiducia tiende a reducir los costos de transacción, generando eficiencia en las transacciones, dado que esta figura, mitiga el factor i) racionalidad limitada²⁶, que ocasiona el acceso a la información de manera limitada, generando incertidumbre; por otro lado la existencia ii) del factor oportunismo y del denominado “riesgo moral”, generador de información asimétrica entre los agentes; como supuestos de conducta de los individuos, y otros factores sobrevivientes tales como iii) los conflictos entre estos, que son factores que generan el incremento de costos de transacción, en la relación contractual, por aspectos tales como: I- entre las partes interesadas, existe una probabilidad de error por desconocimiento de un mercado o sector económico, así como por desconocimiento de la adecuada administración especializada para la estructuración de un negocio o la ejecución del mismo (*información asimétrica*, aspecto que el fiduciario debe mitigar, dando cumplimiento a su deber de asesoría en la estructuración del negocio fiduciario y en la administración especializada del mismo); II-costos de cobertura de riesgo de crédito

23 La incertidumbre, sobreviene de la racionalidad limitada, mejor entendida como información limitada, la cual genera incertidumbre sobre el futuro, en particular en transacciones de escasa frecuencia y alta especificidad en los activos.

24 El riesgo moral surge cuando una de las partes aprovecha la variación en las circunstancias después de la celebración del contrato para obtener beneficios no anticipados.

25 El análisis económico del derecho metodológicamente se aborda desde dos enfoques; análisis económico normativo del derecho y análisis económico positivo del derecho, el primer enfoque tiene por objeto, el planteamiento del deber ser, del contenido de una institución jurídica, es decir sin pretensiones normativas, fundamentando teóricamente, cual sería la medida jurídica mas optima para un problema, es decir el mas adecuado contenido de una norma, con base a criterios rectores, de eficiencia económica. El segundo enfoque mencionado, tiene por objeto el análisis y evaluación del funcionamiento de las normas ya existentes, para determinar el efecto y resultado de las mismas, a través de la observación de las interacciones entre los sujetos y tales normas en particular, valorando así la eficiencia o ineficiencia de las disposiciones objeto de análisis. (Posner, Kelman, Landes: 2011, P. 27) (Núñez, A: 2005, P.123)

26 La racionalidad limitada se define, como aquellas limitaciones de la capacidad del individuo, en el calculo y el lenguaje; la primera corresponde a la capacidad limitada de los individuos de recibir, procesar y almacenar información correctamente, y la segunda corresponde a la capacidad limitada de los individuos para expresar sus conocimientos y sentimientos mediante palabras y símbolos de manera comprensible. (Williamson, Oliver: 1991, P.25)

entre partes contratantes, (*incertidumbre*; depósitos bancarios como garantía, ; aspecto eludible dado que el fiduciario debe recibir los activos para gestionar la consecución de la finalidad señalada para, una vez conseguida, transferir los beneficios al beneficiario); III- riesgo de ocurrencia de fraudes entre las partes, es decir, búsqueda del interés personal con engaño o astucia (*oportunismo*, “*riesgo moral*”; elevados gastos de gerencia, control, auditoría e interventoría, lo cual evidencia la importancia de la fiducia pública, en la lucha contra la corrupción); IV- gastos por incumplimiento de obligaciones entre las partes (*conflictos*; procesos ejecutivos y declarativos extensos, riesgo que es mitigable, dado que la fiduciaria a través de los distintos tipos de negocios fiduciarios, empleando el contrato de fiducia mercantil o encargo fiduciario debe recibir los recursos con traslado de la propiedad o no y cumplir la finalidad señalada por el constituyente, de acuerdo a las condiciones fijadas por este, fungiendo con lealtad frente a los intereses del constituyente y del beneficiario).

La fiducia permite eludir la imperiosa necesidad de suscribir convenios especiales, profundamente pormenorizados que, a su vez, cuentan con etapas especiales para la revisión u obtención de su ejecución, lo cual es un concepto propiamente originado del grado de especificidad de las transacciones entre los empresarios (Núñez, A., 2005).

Breves consideraciones sobre mercado de capitales, en relación a la actividad fiduciaria

Como ya se ha explicado en el numeral anterior del presente trabajo, en los mercados financieros se suele hacer mención a los conceptos de *mercado de dinero* y *mercado de capitales*, conceptos sobre los cuales se plantean las siguientes definiciones y distinciones:

El *mercado de dinero* corresponde a operaciones con un plazo inferior a un año, donde los establecimientos de crédito son los actores principales a través de sus operaciones de captación de ahorro del público y colocación en la modalidad de créditos comerciales, de consumo e hipotecarios; mientras que el *mercado de capitales* corresponde a operaciones con un plazo superior a un año, donde los instrumentos principales son los bonos y las acciones emitidas directamente por las empresas (Serrano, 2007, p. 23).

De igual manera en los mercados financieros se suele hacer mención a los conceptos de *mercado intermediado* y *mercado desintermediado*, conceptos sobre los cuales se plantean las siguientes definiciones y distinciones:

En el mercado *intermediado* hay un establecimiento de crédito en el medio entre unidades superavitarias y unidades deficitarias²⁷. El establecimiento de crédito capta ahorro del público y lo coloca en la modalidad de créditos comerciales, de consumo e hipotecarios, ganándose un margen de intermediación. Así las cosas, las empresas acuden a los establecimientos de crédito para cubrir sus requerimientos, necesidades y contingencias en cuanto a financiamiento. Mientras que en el mercado *desintermediado* precisamente se evita al establecimiento de

²⁷ Según Javier Serrano, “La presencia de unidades superavitarias y de unidades deficitarias da origen a la intermediación financiera. Dentro de una economía de mercado habrá personas naturales o jurídicas con un nivel de ingresos superior a su nivel de egresos y por lo tanto con la posibilidad de generar un ahorro. Por otro lado, habrá personas o entidades que requieren recursos para financiar su nivel de consumo o de inversión y que por lo tanto requieren del ahorro o superávit generado por el primer tipo de entidades (aquellas con excedentes).”

crédito, ya que las empresas emiten sus propios títulos para captar recursos (acciones, bonos y papeles comerciales), de esta manera se acude directamente al mercado de valores para conseguir su financiamiento (Serrano, 2007, p. 23).

Según el Decreto 2555 de 2010, artículo 7.1.1.1.2, se consideran como operaciones de intermediación del mercado de valores las que se realizan en virtud del 1) contrato de comisión encaminados a adquirir o enajenar valores inscritos en el RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema nacional de cotización de valores extranjeros a nombre propio, pero por cuenta ajena; 2) contrato de corretaje sobre valores inscritos en el RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema nacional de cotización de valores extranjeros; **3) el negocio fiduciario de inversión** bajo la figura de fiducia mercantil o de encargo fiduciario encaminado a la adquisición o enajenación de valores inscritos en el RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema nacional de cotización de valores extranjeros que no den lugar a la vinculación del fideicomitente a una cartera colectiva de una sociedad fiduciaria; 4) las operaciones de adquisición y enajenación de valores inscritos en el RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema nacional de cotización de valores extranjeros que sean realizadas por:

Las Sociedades Comisionistas de Bolsa, en su rol de gestoras de carteras colectivas, y fondos de inversión de capital extranjero.

Las Sociedades Fiduciarias en su rol de gestoras de carteras colectivas, fondos de pensiones voluntarias y fondos de inversión de capital extranjero; las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías en su rol de gestoras de fondos de pensiones obligatorios, voluntarios y de fondos de cesantía.

Las Compañías de Seguros en su rol de gestores de fondos de pensiones voluntarias y las Sociedades Administradoras de Inversión en su rol de gestores de Carteras Colectivas.

También constituye operación de intermediación en el mercado de valores, 5) la actividad de colocación de valores, en virtud del contrato atípico de *under writing*; 6) la adquisición o enajenación de valores por cuenta propia y directamente, es decir, por parte de los afiliados a un sistema de negociación de valores, o a un sistema de registro de operaciones sobre valores, quienes solo podrán ser entidades autorizadas y vigiladas por las Superintendencia financiera de Colombia, en desarrollo de sus inversiones propias; 7) las actividades de asesoría de cualquier naturaleza, encaminada a la adquisición y enajenación de valores inscritos en el RNVE, o de valores extranjeros listados en una sistema nacional de cotización de valores extranjeros; así como el ofrecimiento de servicios de apoyo a cualquier operación con valores, en los casos anteriores tal actividad solo puede ser realizada por entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El mercado de capitales en relación a la fiducia tiene una vinculación directa, debido a que la sociedad fiduciaria en el mercado de valores asume roles de: *intermediario, agente emisor, agente de manejo en procesos de*

*titularización*²⁸, (este último rol, entiéndase como fiducia de administración de procesos de titularización) en el cual el fiduciario dentro de su rol de *intermediario* del mercado de valores, funge como demandante de portafolios de valores, a través del tipo de negocio fiduciario de inversión, entre otros roles.

Dicha relación entre el mercado de capitales y el negocio fiduciario respecto de la fiducia de inversión, tal como en su naturaleza jurídica contractual, se establece un constituyente denominado fideicomitente que transfiere recursos especificados a un fiduciario, a través de un contrato de *fiducia mercantil* o *encargo fiduciario*, para que este los invierta en un portafolio de valores, es decir, invierta o coloque a cualquier título sumas de dinero como finalidad principal, de acuerdo a las instrucciones señaladas por el constituyente, en el cual las utilidades y beneficios recaerán sobre un tercero o el mismo constituyente que funja como beneficiario.

Breves consideraciones sobre riesgos financieros²⁹ y de la actividad fiduciaria en particular a los que se ven expuestos los fideicomitentes y beneficiarios

El fideicomitente y el beneficiario, en el marco de los negocios fiduciarios se ven expuestos a tradicionales riesgos financieros tales como el riesgo de mercado, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y operacional, que si bien son factores que debe analizar el administrador del portafolio, cualquier contingencia derivada de los mismos termina afectando al fideicomitente y al beneficiario, toda vez que bastará con que el fiduciario acredite el cumplimiento del deber de prudencia, diligencia, experticia y profesionalismo, en desarrollo de sus obligaciones de medio, dado que el fiduciario, en ningún caso, podrá asumir obligaciones de resultado. De esta manera pensar en una protección a través del consumidor financiero, pero además del inversionista del mercado de valores, resulta bastante atractivo para la fiducia de inversión.

Los instrumentos de supervisión financiera se han transformado de una manera radical al iniciarse el siglo XXI. A los tradicionales controles de capital, límites y cupos de crédito y liquidez previstos en la regulación financiera de 1950, se han sumado instrumentos de mayor precisión técnica dirigidos al control de los diversos riesgos que enfrenta la industria bancaria, aseguradora y provisional. Al iniciarse el Siglo XXI el enfoque internacional de supervisión que siguió Colombia se concentró en los riesgos de crédito, de mercado, operativo y de gestión. De otra

28 Res. 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, agente de manejo de la titularización es quien "emite los títulos en representación del patrimonio autónomo, recauda los ingresos provenientes de la colocación de títulos, se relaciona jurídicamente con los tenedores de los títulos y paga a los tenedores de los títulos".

Según Javier Serrano, "En Colombia solo pueden ser este tipo de agentes, las sociedades fiduciarias y las sociedades comisionistas de bolsa, las últimas en la medida que lo hagan a través de fondos de valores administrados por ellas, conforme a la reglamentación vigente".

La resolución 400 de 1995, en el artículo 1.3.1.2, de la Superintendencia de Valores, actualizada con las resoluciones y circulares expedidas con posterioridad, establece las vías jurídicas para la titularización de bienes a saber. Para el tema del presente trabajo, una vía jurídica para la titularización, es el *contrato de fiducia mercantil irrevocable*, en el caso de las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Estatal, los procesos se sujetan al mecanismo de *fiducia pública*, previsto en el parágrafo 2 del artículo 41, de la ley 80 de 1993.

Según Javier Serrano, "en términos generales, en un proceso de titularización se constituye un patrimonio autónomo con unos bienes en una sociedad fiduciaria. Esta emite unos títulos con cargo al patrimonio autónomo, utilizando ese patrimonio como garantía y/o fuente de pago; y los títulos se colocan en el mercado, generando recursos para el propietario inicial de los activos titularizados, en la medida que los inversionistas van adquiriendo dichos títulos".

29 Según Phillipe Jorion, "puede ser definido como la volatilidad de los flujos financieros no esperados, generalmente derivada del valor de los activos o los pasivos. Los riesgos financieros están relacionados con las posibles pérdidas en los mercados financieros."

parte, respecto al requisito de capital se pasó desde 1988 a la conocida relación de solvencia de capital sobre activos ponderados por riesgo (López, A., López, G., 2004, p. 76).

El riesgo financiero abarca cuatro grandes tipos de riesgo: riesgo de mercado, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo operacional. De igual manera las sociedades de objeto especial o los bancos que desarrollen la actividad fiduciaria, —por estar comprendidas dentro del sector financiero— deben soportar los riesgos mencionados y ampliados a continuación:

El riesgo de mercado es un tipo de riesgo que invade la orbita de todas las actividades económicas, distinto al riesgo concreto de cada sector que solo recae sobre esa actividad.

En estricto sentido, el riesgo de mercado se deriva de posibles cambios en los precios de activos y pasivos financieros³⁰; dicho en otras palabras es la variación del precio de un activo en el mercado. En la actividad fiduciaria el riesgo de mercado radica, en que se valoricen o desvaloricen sus posiciones o portafolios.

La Circular Externa 42 de 2001 de la Superintendencia Bancaria, respecto del riesgo de mercado establece: “El sistema financiero cuenta con activos cuyo valor puede cambiar conforme se modifica el precio de los mismos por cuenta de las fuerzas del mercado”.

Dichos activos pueden ser inversiones en títulos valores, bonos, operaciones de derivados, posiciones en moneda extranjera, entre otros, determinadas pérdidas o ganancias para las entidades dependen de que en el mercado suban o bajen factores como; tasas de interés, tasas de cambio, valor de las acciones, o las condiciones para determinar el sistema de unidad de cuenta UVR. De ahí que la medida del riesgo de mercado es fundamental para conocer la suficiencia de capital que se le debe exigir al sistema financiero que como ya se ha mencionado se encuentra expuesto a este tipo de riesgo.

Dicho riesgo se puede medir con las técnicas de valor en riesgo como concepto gerencial de manejo del riesgo, derivado de las pérdidas por la tenencia de instrumentos financieros ante cambios de precios del mercado, dicho método VAR se convirtió a partir de 1996 en norma obligada para varias naciones, incluido Estados Unidos.

Básicamente el método VAR supone que la distribución probabilística de ganancias o pérdidas en el valor de un portafolio de inversiones, en el corto plazo, es una distribución normal. La probabilidad de que el valor del portafolio caiga es un evento posible, pero de probabilidad baja, que para fines de medición del riesgo, se tiene en cuenta en la relación de solvencia o las provisiones³¹.

30 (Según Phillipe Jorion, dichos cambios también denominados: volatilidades). Se mide a través de los cambios en el valor de las posiciones abiertas.

31 Según Phillipe Jorion, “el VAR resume la pérdida máxima esperada” o peor pérdida” a lo largo de un horizonte de tiempo objetivo, dentro de un intervalo de confianza dado”.

La regulación permite la existencia de modelos internos de valoración del riesgo para aquellos intermediarios que estén en capacidad de hacerlo con un intervalo mínimo de confianza del 98% o subsidiariamente la adopción del modelo estándar dispuesto.

El riesgo de crédito, se traduce en la probabilidad de incumplimiento de pago en la contraparte, y de las pérdidas esperadas en colocación de cartera crediticia.

Según la doctrina más calificada en el ámbito internacional sobre riesgo financiero, también incluye al denominado *riesgo prepago*; (si se predica de un país, se denomina soberano y si se predica de una empresa, se denomina de incumplimiento), se materializa cuando los países imponen controles a las divisas extranjeras que imposibilitan a las partes cumplir su obligación. Por otro lado se encuentra el *riesgo de pago*; en el cual una parte puede incumplir en un contrato, después de que una de las partes ha realizado el pago previamente, es muy real para transacciones en divisas extranjeras (Jorion, 2000, p. 34).

Dentro de la actividad fiduciaria, está implicado el riesgo de comprar un portafolio de acciones y que la sociedad emisora quiebre, o la contraparte incumpla en un contrato, es decir, un riesgo de que la contraparte se encuentre en incapacidad de pago³².

La Circular Externa 50 de 2001 y 11 de 2002 de la Superintendencia Bancaria, respecto de riesgo crediticio establece: El sistema de administración de riesgo crediticio SARC en las entidades financieras, como esquema general internacional con base al cual las entidades financieras, están autorizadas a amoldar sus modelos internos de medición del riesgo de crédito y así calcular de manera técnica y autónoma las provisiones necesarias para cubrir eventuales pérdidas. También ordena la fijación de políticas crediticias y de control de riesgo crediticio a partir de una idónea estructura organizacional y procedimental que permita asegurar un eficiente sistema de otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos, en su calidad de activos más importantes del sector.

Dispone el establecimiento de un sistema para medición del riesgo crediticio, que facilite el cálculo de la probabilidad de incumplimiento y de las pérdidas esperadas en colocación de cartera crediticia.

El SARC opera con base al estándar internacional, sistema que como ya se ha dicho, permite una medición más exacta del riesgo crediticio que recae sobre el establecimiento de crédito, con el fin de determinar la relación de solvencia para establecer la suficiencia de capital adecuado que se le debe exigir al sistema financiero que como ya se ha mencionado se encuentra expuesto a este tipo de contingencia.

El riesgo de liquidez, es la probabilidad de no contar con recursos líquidos para pagar sus deudas. Según la doctrina más calificada en el ámbito internacional sobre riesgo financiero, dicho riesgo se clasifica en *riesgo de liquidez, mercado/ producto*, es decir, cuando una transacción no puede ser conducida a los precios prevalecientes

³² Riesgo de que una contraparte incumpla con las posiciones (en cuanto a valores), o contratos.

en el mercado debido a una baja operatividad en el mercado. *Flujo de efectivo/ financiamiento*, incapacidad de conseguir flujos de efectivos necesarios, lo cual puede forzar a una liquidación anticipada, transformando las pérdidas en papel en pérdidas realizadas (Jorion, 2000, p.35).

En la actividad fiduciaria implica que si esta invierte los recursos en un proyecto real, verbigracia un proyecto de construcción, el riesgo se representa en que dichos activos no se puedan volver líquidos, debido a un término de espera para volverlos líquidos.

Dicho riesgo de liquidez está asociado al riesgo de crédito, debido a que si una contraparte se declara insolvente *default*³³, seguramente el pago del crédito se verá comprometido, y a su vez el riesgo de que un activo no se pueda volver líquido se va a incrementar.

El riesgo operacional: riesgo de pérdida causada por la falla o insuficiencia de procesos, personas y sistemas internos o acontecimientos externos. Se refiere a las pérdidas potenciales resultantes de sistemas inadecuados, fallas administrativas, controles defectuosos, fraudes y errores humanos.

Según la doctrina más calificada en el ámbito internacional sobre riesgo financiero, el riesgo operativo incluye: *enforcement risk*; el cual abarca las situaciones donde se falla en la ejecución de las operaciones, conduciendo en algunos casos a retrasos o costosas penalizaciones, *fraudes*; implica una falsificación intencional de la información por parte de los operadores, *riesgo tecnológico*; necesidad de proteger los sistemas de acceso no autorizado y de la interferencia, dicho en otras palabras, fallas de sistema, *riesgo de modelo*; es el riesgo que existe de que el modelo utilizado para valorar posiciones sea incorrecto o defectuoso³⁴.

Los mencionados riesgos financieros de la actividad fiduciaria en particular, a los que se ven expuestos los fideicomitentes y beneficiarios, en el negocio fiduciario de inversión, se pueden ver mitigados en razón a la posibilidad de que dicho fideicomitente pueda obtener información a través del sistema de información del mercado de valores que lo lleve a garantizar la idoneidad y profesionalismo de quienes administrarán la inversión que el fiduciario deba realizar en razón de la destinación que el fideicomitente dispuso inequívocamente, sumado a la posibilidad de acudir al organismo de autorregulación del mercado de valores, para realizar quejas y reclamos como medida colateral a los instrumentos que prevé la protección como consumidor financiero.

Asimismo en el negocio fiduciario de inversión, la fiduciaria como intermediario en el mercado de valores, debe proceder como experto, prudente y diligente, observando los deberes generales de *transparencia, honestidad, lealtad, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo*; así como los deberes especiales de información, abstención frente

33 Término utilizado para significar, que una empresa está en incapacidad de pagar sus deudas.

34 Op. Cit, pág. 37.

a los conflictos de interés, documentación, reserva, separación de activos, valoración, mejor ejecución de las operaciones y asesoría frente al cliente inversionista³⁵.

Quienes constituyen fideicomisos de inversión, gozan de protección adicional al *sistema de de consumidor financiero*, representada en el *sistema de protección del inversionista en el mercado de valores*, tal cual, todo cliente de una Sociedad Comisionista de Bolsa, o cualquier cliente de una Sociedad Administradora de Inversión, etcétera, tal protección al inversionista en el mercado de valores, con la que el fideicomitente y el beneficiario en el negocio fiduciario de inversión, se cobija tiene la siguiente connotación jurídica.

Así entonces se encuentran unos deberes generales y especiales frente al fideicomitente y al beneficiario y en general frente a todo inversionista de tales mercados, por parte de aquellos que según la regulación se denominan intermediarios de los mercados de valores, regulación que ha venido siendo desarrollada por la resolución 400 y 1200 de 1995, hasta el ya mencionado Decreto 2555 de 2010 artículo 7.3.1.1.1.

Tales deberes generales son: actuar con transparencia, honestidad, lealtad, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo.

Tales deberes especiales son: *Deber de información*; es el deber derivado del principio de buena fe, por un lado en la etapa pre-contractual, el cual consiste en informar íntegramente sobre la naturaleza y características de la relación a contraer, así como las características y riesgos de los productos objeto de inversión y por otro lado durante la etapa contractual ³⁶, informar el estado de la gestión del fideicomiso o del encargo, en ambos casos la información debe ser clara, objetiva, imparcial, oportuna y completa, *abstenerse de actuar frente a conflictos de interés*; ³⁷ es decir, la sociedad fiduciaria deberá invertir los recursos encargados o fideicomitados, en determinados títulos valores según las instrucciones impartidas por el constituyente, siempre y cuando las sociedades emisoras, aceptantes o garantes de los títulos, no sean matrices ni subordinadas de las institución fiduciaria (Rengifo, 1998, p.121), caso en el cual la sociedad fiduciaria debe abstenerse de realizar tal acto, o cualquier otro que se enmarque en un conflicto de interés ejemplo de estos actos son los siguientes:

35 Decreto 2555 de 2010, artículo: 7.3.1.1.1 y 7.3.1.1.2. Superintendencia Financiera de Colombia, Cartilla de Mercados, Bogotá, 2011, P. 6.

Nota: Tales deberes venían siendo desarrollados por la regulación, desde la resolución 400 y 1200.

36 En el negocio fiduciario de inversión lo previsto en la regulación sobre que, en ningún caso el fiduciario podrá asumir obligaciones de resultado, no puede ser entendido tan tajantemente, a manera de ejemplo, la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes, son obligaciones instrumentales o accesorias eminentemente de resultado. (Rengifo: 1998, P. 121) (Rodríguez Azuero: 1997, P. 81)

37 CCIO, art. 1234, num. 6; Si hay conflicto de intereses, con la misma fiduciaria o con otros clientes, ella tiene necesariamente que actuar consultando el interés del fideicomiso. Consultar decreto 2555 de 2010, art. 2.11.4.2.1, inciso b) Definición de conflicto de interés: "Se entiende por conflicto de interés la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales. Entre otras conductas, se considera que hay conflicto de interés cuando la situación llevaría a la escogencia entre (1) la utilidad propia y la de un cliente, o (2) de un tercero vinculado al agente y un cliente, o (3) la utilidad de una operación y la transparencia del mercado". Revisar art. 7.3.1.1.2, num. 2, de la misma disposición.

*Deber de documentación*³⁸. Este consistente en el deber del intermediario de conservar todo tipo de información documental (soportes, comprobantes y demás registros) tendiente a informar al constituyente y al beneficiario, así como a las autoridades, toda gestión realizada en virtud de la fiducia mercantil o del encargo fiduciario de inversión.

Deber de reserva. El agente intermediario del mercado de valores, así como sus administradores, funcionarios deben guardar reserva con arreglo a las normas vigentes de la información de las operaciones realizadas sobre valores ejecutadas en desarrollo de la relación contractual, de sus resultados, y de cualquier otra información que tenga carácter confidencial.

*Deber de separación de activos*³⁹. El fiduciario debe llevar el balance de la gestión, del patrimonio fideicomitido o encargado, separadamente de su patrimonio propio.

Deber de mejor ejecución de las operaciones; por ser el fiduciario un profesional del comercio, de acuerdo a las instrucciones impartidas, este debe buscar la mejor colocación de los recursos fideicomitidos o encargados, (en el negocio fiduciario de inversión) persiguiendo la maximización de los resultados, obrando con experticia, prudencia, diligencia y asimismo gestionando de manera idónea los riesgos financieros.

*Deber de asesoría*⁴⁰ consistente en la obligación por parte del fiduciario de orientar de manera idónea, sobre la más eficiente estructuración, del negocio fiduciario de inversión a contraer, y una vez contraído sobre el más eficiente manejo de la relación, en aras de procurar el equilibrio contractual de derechos y obligaciones, en virtud del profesionalismo que reviste al fiduciario de inversión como conocedor de los mercados financieros.

38 En estos negocios la rendición comprobada de cuentas deberá efectuarse mediante envío de una memoria en la cual se revele de forma pormenorizada el desarrollo de la gestión encomendada, indicando los bienes o actividades específicos en los cuales se invirtieron los dineros fideicomitidos o la persona o personas a quienes se entregaron total o parcialmente los bienes, así como el título y las condiciones en que tal entrega se realizó. Dicha memoria debe ir acompañada de un estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero y contable de las inversiones efectuadas con base en las instrucciones impartidas por el fideicomitente. (C.B.J. Tit. V, Cap. I, numeral, 2.9, lit. a)

39 En el negocio fiduciario de inversión lo previsto en la regulación sobre que, en ningún caso el fiduciario podrá asumir obligaciones de resultado, no puede ser entendido tan tajantemente, a manera de ejemplo; la obligación de llevar cuentas separadamente, de cada negocio y de sus activos propios, son obligaciones instrumentales o accesorias eminentemente de resultado. (Rengifo: 1998, P. 121)

40 Asimismo en aras de proteger al inversionista frente a los riesgos a los que se ve expuesto, se ha creado en una clasificación del perfil de riesgo del mismo, (conservador - moderado - dinámico) con base al cual se debe orientar la asesoría comercial del inversionista en cuanto a los productos ofrecidos, que según sea inversionista profesional, o cliente inversionista requerirá mayor o menor grado de asesoría.

Frente al denominado deber de asesoría del fiduciario, sobre la inversión proyectada, la jurisprudencia arbitral se ha pronunciado al respecto: Laudo arbitral, Inurbe vs. Fidugan, Centro de Arbitraje y Conciliación, de la Cámara de Comercio de Bogotá, Mar. 31/2000.

“Así pues, al fiduciario no le es dado desconocer, ni mucho menos contravenir, las instrucciones que le haya impartido el constituyente de la fiducia de inversión. Pero sí le es dado, y además forma parte integrante de su deber profesional, hacer acopio de toda la información a su alcance, de modo de poder suministrarle a su cliente la ilustración más completa posible, para que la decisión final de este resulte la más apropiada. Y también le es dado y así mismo forma parte de su deber profesional asesorarlo sobre la inversión proyectada, poniéndole de presente todas las razones que su pericia le indique, a fin de que el constituyente pueda contratar con todos los elementos de juicio que requiere”. (Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia, jurisprudencia arbitral, Legis, 2011, P. 252)

“La obligación de medio de que es titular el fiduciario, en la fiducia de inversión, se entendería cumplida con el análisis del riesgo de la inversión en cuestión, seguida por la advertencia al fideicomitente, en el sentido de que dicho análisis del riesgo en cuestión, de ser el caso, no hace aconsejable tal inversión”. (Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia, jurisprudencia arbitral, Legis, 2011, P. 253)

Dicho fiduciario así como el beneficiario en la fiducia de inversión, por tratarse este negocio de una operación de intermediación en el mercado de valores, tal como la inversión en carteras colectivas, la comisión de compra y venta de títulos valores, cuenta con un sistema de protección de amplio espectro, toda vez que tal esquema se extiende a un sistema de información del mercado de valores (SIMEV) en el que se busca garantizar al inversionista la idoneidad y profesionalismo de quienes fungen como asesores de inversión, operadores y administradores del manejo de los recursos, con el fin de mitigar riesgos operativos y demás riesgos financieros que puedan acrecentarse por la ausencia de experticia y profesionalismo de los intervinientes en la asesoría comercial en inversiones, operación y administración del portafolio.

Tal sistema de información del mercado de valores funge como una garantía al cumplimiento de obligaciones *in contraendo*, es decir, aquellas derivadas del principio de buena fe que, en la etapa pre contractual se traducen en el deber de información (proporcionada por la entidad que realiza intermediación en el mercado de valores), y este, a su vez, abarca no solo el deber de informar las condiciones de la relación a contraer, sino la certeza de que quienes intervienen en dicha relación son profesionales certificados del mercado de valores, en aras de proteger el inversionista y su inversión. El SIMEV, comprende por ministerio de la Ley 964 de 2005, un Registro Nacional de Valores y Emisores, un Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores y un Registro Nacional de Profesionales del mercado de valores.

Asimismo el inversionista de los mercados de valores cuenta con un esquema de autorregulación que vigila, disciplina, certifica y regula a los entes autorregulados como medida adicional de protección, ante quienes se puede interponer quejas y reclamos, y ante quienes se puede acudir dentro del marco de los métodos alternativos de solución de conflictos, desarrollados en el programa MARCO, (métodos alternativos de resolución de conflictos) para convocar conciliaciones en derecho y tribunales de arbitramento, bajo las condiciones especiales de la normativa vigente en la materia.

En el tipo de negocio fiduciario de inversión, los funcionarios, ejecutivos de inversión que intervienen en la colocación de los recursos y gestión de las inversiones, señaladas por el fideicomitente en los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, deben estar certificados⁴¹ por el Autorregulador del Mercado de Valores (AMV), como *operadores especializados* en varias áreas específicas (*renta fija, renta variable, derivados, entre otras*); asimismo deben estar inscritos en el mencionado SIMEV, en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores, (RNPMV) sistema adscrito a la Superintendencia Financiera de Colombia.

41 Circular Externa 060 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Personas obligadas a certificarse: 6.3 "Cualquier persona que realice una de las siguientes actividades: (i) Quien ejecute órdenes de clientes o terceros sobre valores, derivados financieros, o quien imparta instrucciones para la ejecución de dichas órdenes, con sujeción a instrucciones, directrices, lineamientos y/o políticas establecidas por la entidad a la cual está vinculado, por los reglamentos o normas aplicables a las carteras colectivas administradas, contratos fiduciarios de inversión, contratos de administración de portafolios de terceros, fondos de pensiones obligatorias y voluntarias, fondos de cesantías, o directamente por sus clientes, según corresponda" (subrayado aparte)

Es decir, en el caso particular del tipo de negocio fiduciario de inversión, está obligada a certificarse, cualquier persona natural que ejecute órdenes de clientes o terceros sobre valores, derivados financieros, o quien imparta instrucciones para la ejecución de dichas órdenes, con sujeción a las directrices, lineamientos y/o políticas establecidas por la entidad a la cual está vinculado, (sociedad fiduciaria) con base a los reglamentos o normas aplicables en materia de contratos fiduciarios de inversión.

Tal circunstancia, definitivamente otorga un valor agregado en protección para el fideicomitente y para el beneficiario, en el marco del tipo de negocio fiduciario de inversión, toda vez que le proporciona una más alta probabilidad de que sus instrucciones señaladas como constituyente, sean realizadas con elevado profesionalismo, experticia, conocimiento, prudencia y diligencia, desde el punto de vista del proceso de asesoría en la estructuración del tipo de negocio fiduciario de inversión de destinación específica hasta.

Obviamente en los demás tipos de negocio fiduciario, señalados en la CBJ. 007 de 1996, tit. V, cap. I, num. 8⁴², no se prevé legalmente un requisito de certificación, por parte de un organismo de autorregulación, para quienes sean funcionarios gestores del encargo señalado por el constituyente, disminuyendo la probabilidad de contar en este servicio con elevada, experticia, conocimiento, prudencia y diligencia, como la que en el tipo de negocio fiduciario de inversión se ofrece a través de la certificación y la responsabilidad disciplinaria no solo del profesional del mercado de valores (persona natural), sino del agente del mercado de valores (sociedad fiduciaria).

Posible canalización de recursos hacia el sector fiduciario de inversión, como resultado del doble esquema de protección del fideicomitente y beneficiario

El negocio fiduciario de inversión es el único negocio fiduciario que ofrece al fideicomitente y al beneficiario, protección como consumidor financiero y como inversionista del mercado de valores. Por ende dicha doble protección del consumidor financiero en el negocio fiduciario de inversión, se configura como un factor determinante para la selección de tal vehículo fiduciario como instrumento de inversión idóneo, por encima de otros vehículos fiduciarios, tales como la fiducia de administración de procesos de titularización,⁴³ inmobiliaria, garantía; etcétera, por citar otros negocios fiduciarios; toda vez que la dinámica de doble protección como consumidor financiero y como inversionista de los mercados de capitales, le concede mayores herramientas al inversionista para la defensa de sus intereses económicos.

Aparte de los beneficios evidentes para el constituyente y beneficiario, el fideicomiso de inversión puede contribuir al crecimiento del ahorro nacional, por cuanto entre más conocimiento exista de este procedimiento, mayor volumen de ahorro podrá canalizarse a través de las fiducias. El desarrollo del país puede verse beneficiado, en razón de que con los recursos recibidos por parte de los fideicomitentes podrán financiarse sectores productivos de la economía nacional; por ejemplo mediante la emisión de títulos de renta variable (acciones) por las empresas o la emisión de títulos de renta fija, también por las empresas (bonos de deuda privada, papeles comerciales⁴⁴, certificados de depósito a término - CDT⁴⁵) o por parte del estado, (bonos de deuda pública interna - TES) en aras de financiar su déficit primario (Rengifo, 1998, p. 122).

42 Num. 8.2 Fiducia inmobiliaria, 8.3 Fiducia de administración, 8.4 Fiducia en garantía, 8.5 Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados.

43 En la administración de procesos de titularización, (contenida en la CBJ. tit. V, cap. I, num. 8.3.2) el fiduciario no realiza una operación de intermediación en el mercado de valores, toda vez que este no realiza operaciones sobre valores, solamente con cargo al patrimonio autónomo, emite valores (vg. bonos) bajo los trámites legales correspondientes y funge como pagador de los intereses y del capital, asimismo al funcionario ejecutivo encargado, de cumplir tal instrucción señalada por el fideicomitente, no le es perentorio tener la calidad de profesional del mercado de valores, certificado por el AMV e inscrito en el SIMEV.

44 Títulos de renta fija emitidos por empresas del sector real.

45 Títulos de renta fija emitidos por los bancos.

Conclusión

La institución jurídica de la fiducia, se convierte en una gran alternativa histórica, protagonista en el eficiente manejo de activos, tanto en el sector privado como en el sector público, toda vez que la misma estructura de tal instrumento permite que un gestor profesional y conocedor de cada vehículo fiduciario, cumpla la finalidad requerida para la que se constituyó el encargo o el patrimonio autónomo, atribuyéndole a este fiduciario una responsabilidad de medio y no de resultado, de obrar con experticia, prudencia y diligencia, en la gestión y realización de la finalidad encomendada, tal como la exigible a un buen hombre de negocios profesional del comercio.

La fiducia guarda directa relación con los mercados de capitales, en la estructura del negocio fiduciario de inversión, debido a que tal tipo fiduciario comprende una finalidad expresa e inequívoca de constituir un patrimonio autónomo o un encargo, con la finalidad de que este sea invertido en un portafolio de títulos valores, instrumentos tales como acciones, bonos, derivados que se adquieren y enajenan en tales mercados, circunstancia que convierte al fiduciario en intermediario del mercado de valores, en virtud del mencionado tipo de negocio fiduciario.

Naturalmente sobre los mercados de capitales, como mercados financieros que son, recaen riesgos financieros tales como el riesgo de mercado, de crédito, de liquidez y operativo; el último es endilgable de manera exclusiva respecto a las pérdidas que sobrevengan por la materialización del mismo a la entidad financiera, en lo que tiene que ver con sus recursos humanos y tecnológicos dependientes, y con circunstancias que sean de su directa responsabilidad.

Por otro lado los riesgos de mercado, de crédito y de liquidez son riesgos que deben ser gestionados de manera idónea por la entidad financiera (con experticia, prudencia y diligencia), pero en caso de materializarse la probable pérdida, tal carga será asumida por el inversionista, toda vez que en la mayoría de operaciones de intermediación del mercado de valores —tales como carteras colectivas, comisión de bolsa, entre otras, la obligación de los gestores y comisionistas— son de medio y no de resultado, es decir, no responden por el resultado previsto de comprar, vender, ofrecer tal rentabilidad, etcétera, sino por la adecuada gestión y despliegue de esfuerzos encaminados a la realización de la finalidad. Lo mismo ocurre con los negocios fiduciarios, solo que en particularidad el de inversión, por comprender una operación de intermediación en el mercado de valores, lleva consigo una protección del fideicomitente y del beneficiario, similar a la que tendría cualquier otro inversionista del mercado de valores, procurándose un control más riguroso para el fiduciario como agente del mercado de valores y para el ejecutivo de inversión, encargado de realizar las operaciones con valores, señaladas por el constituyente (operando el mercado), como profesional del mercado de valores, bajo el entendido descrito.

Referencias

- 1.** Arrubla Paucar, Jaime A. Contratos mercantiles, Tomo III, (Contratos contemporáneos), 1ª edición, Diké, Medellín, 2005.
- 2.** Blanco Barón, Constanza. (coordinadora) Memorias, Seminario supervisión y control en Colombia ¿colapso del modelo? Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- 3.** Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. Del “trust” Anglosajón a la fiducia en Colombia, 3ª edición, Temis, Bogotá, 2004.
- 4.** Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. La fiducia, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1997.
- 5.** Castro de Cifuentes, Marcela. Actos de Comercio, empresas, comerciantes y empresarios, Ediciones Uniandes, Editorial Temis, Bogotá, 2009.
- 6.** Gabino Pinzón, José. Introducción al Derecho Comercial., Temis, Bogotá, 1985.
- 7.** Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia, Legis, Bogotá, 2011.
- 8.** Jorion, Phillipe. Valor en riesgo, (edición corregida), Ed. Limusa, Mexico, 2007.
- 9.** Krause, Martín. Economía para emprendedores, Aguilar, Bogotá, 2004.
- 10.** Leal Pérez, Hildebrando. Sistema financiero y asegurador, Leyer, Bogotá, 2003.
- 11.** López Angarita, David Fernando, López Garavito, Luís Fernando. Estrategias de regulación financiera. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- 12.** Martínez de Bejarano, Clemencia. Negociaciones Forward, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- 13.** Núñez, A. Colección de Derecho Económico, Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley, UEC, Bogotá, 2005.
- 14.** Posner, R., Landes, W., Kelman M. Análisis Económico del Derecho, (Traducido) Universidad de los Andes, PUJ, Instituto Pensar, Bogotá, 2011.
- 15.** Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2006.
- 16.** Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Bogotá, 1998.
- 17.** Revista Semana, Marzo, edición 1560, Bogotá, 2012.

- 18.** Pérez Negrete, Higinio. Revista Economía y Desarrollo, Universidad Autónoma de Colombia, Javegraf, Bogotá, 2011.
- 19.** Rodríguez Azuero, Sergio. La responsabilidad del fiduciario, Ediciones Rosaristas, 1ª edición, Bogotá, 1997.
- 20.** Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina, Legis, 1ª edición, Bogotá, 2005.
- 21.** Rodríguez Azuero, Sergio. Artículo: Reflexiones sobre posibles reformas al régimen de la fiducia mercantil. www.rodriguezazuero.com/documentos/reformasRegimenfiducia.pdf
- 22.** Rodríguez Azuero, Sergio. Artículo: Basilea y la actividad fiduciaria. www.rodriguezazuero.com/documentos/basilea.pdf
- 23.** Rodríguez Azuero, Sergio. Artículo: La obligación de reparar y la responsabilidad fiduciaria. www.rodriguezazuero.com/documentos/Laobligacion%20.pdf
- 24.** Rosemberg, J.M. Diccionario de administración y finanzas, Grupo editorial océano, Barcelona.
- 25.** Rosillo, Jorge. Matemáticas financieras para decisiones de inversión y financiación, Cenage learning editores S.A., Bogotá, 2009.
- 26.** Serrano, Javier. Mercados financieros, Ediciones Uniandinas - editorial Temis, Bogotá, 2007.
- 27.** Superintendencia Bancaria de Colombia. Jurisprudencia financiera, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.
- 28.** Superintendencia Bancaria de Colombia. Jurisprudencia financiera, Stilo Impresores Ltda, Bogotá, 2003.
- 29.** Superintendencia Bancaria de Colombia. Manual de procedimientos de inspección para instituciones financieras, Departamento Editorial del Banco de la República, Bogotá, 1990.
- 30.** Superintendencia Financiera de Colombia. Cartilla de Mercados, Bogotá, 2011. www.superfinanciera.gov.co
- 31.** Superintendencia Financiera de Colombia, Circular básica jurídica 007 de 1996.
- 32.** Varón Palomino, Juan Carlos. Portafolios de inversión: la norma y el negocio, Ediciones Uniandes - Editorial Temis, Bogotá, 2008.



El derecho del consumo en Italia

El derecho del consumo en Italia

O direito do consumidor na Itália

The consumer law in Italy

Flavio Tovani (Italia)

PhD in individual person and legal protection

Scuola Superiore Sant' Anna

flaviotovani@tiscali.it

Resumen

En este texto, el autor analiza la naturaleza del Derecho del consumidor en Italia. Expone los motivos de su constitución en el contexto de la Unión Europea y señala las dificultades para crear una ley uniforme.

Abstract

In this paper, the author discusses the nature of consumer law in Italy. It exposes the reasons for its creation in the context of the European Union and highlights the difficulties to create a uniform law.

Resumo

Neste artigo, o autor discute a natureza do direito do consumidor na Itália. Ela expõe as razões para a sua criação, no âmbito da União Europeia e destaca as dificuldades para a criação de uma lei uniforme.

Palabras clave: Consumidores, código del consumidor, microsistemas, equidad, protección al consumidor.

Keywords: Consumers, consumer code, microsystems, equity, consumer protection

Palabras chave: Os consumidores, código do consumidor, microsistemas, equidade, proteção ao consumidor

Para citar este artículo / To cite this article / Para citar este artigo

Tovani, Flavio (2013). El Derecho del Consumo en Italia. Panorama, VII (12), 171 - 188.

Introducción

El derecho del consumidor, en Italia, es el resultado de un largo trabajo comenzado en el ámbito europeo en los años 70, cuyo punto de partida se encuentra ahora integrada por el Código del Consumidor (Decreto Legislativo del 6 de septiembre de 2005, n.º. 206).

En primer lugar conviene detenerse en la elección del Parlamento para definir esa ley “Código”. Es claro que no estamos en presencia de un código tradicional, con reglas nuevas, dirigidas a todos los ciudadanos. El “Código”, de hecho, por una parte, solo reorganiza la casi totalidad de las normas (dejando fuera aspectos importantes relacionados con el consumidor, principalmente la ley de seguros y el derecho de alimentos), dispersos por primera vez en una serie de textos que fueron, en su mayor parte, la transposición de las directivas de la Unión Europea; y, por otro lado, se dirige exclusivamente a la relación entre profesionales y consumidores.

Así, paradójicamente, este código es solo una expresión del proceso de decodificación, es decir, la salida progresiva de los tejidos del Código Civil de sectores enteros de la materia, que son por lo tanto regulados de acuerdo con determinados principios, distintos de los principios generales del Código Civil (al cual, por otra parte, el artículo 38 del Código de Consumo se refiere a donde se carece de una disciplina específica en el Código del Consumidor en sí mismo). La novedad del Código de Consumo no se da, por lo tanto, en las reglas, ya que estas reglas son la mera reproducción de las normas existentes, sino más bien en el contexto en que estas normas se incluyen, lo que permite interpretarlas en un contexto más amplio y basado en principios mismos diferentes, mientras que se mantiene la referencia al Código Civil y a otras leyes (como el Decreto Legislativo 114 de 1998, “La reforma de la ley sobre el comercio”), que seguirán siendo de aplicación aun cuando no hay una disciplina especificada en el Código del Consumidor o de lo contrario, debería garantizar una mayor protección de los consumidores (artículos 38, 127, 135, y en el arte en general nueva; artículo 1.469-bis del Código Civil) (Benacchio, 2004, p.49).

Impedimentos para construir una ley uniforme

Por otra parte, el legislador no ha tenido la oportunidad de hacer una verdadera ley uniforme del consumidor en Italia. Así, a la lista de definiciones generales del artículo 3, se añaden varias listas de definiciones válidas para cada uno de los *microsistemas* que están en el presente Código. Pensemos, por ejemplo, la definición de consumidor: en el artículo 3 a), lo se define como “toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional” (en contraposición al profesional, artículo 3c) que es “la persona física o jurídica que actúe en su propio negocio, comercial, artesanal o profesional, o su agente”, artículo sin embargo en los artículos 5 y 83 hay otras definiciones diferentes, lo que sugiere que hay consumidores diferentes según el sector en cuestión (Mezzasette, 2004, p.31). De manera similar, si el artículo 3 e) define el producto como

“cualquier producto de consumo, también incluso en el marco de una prestación de servicios, o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por el consumidor aunque no sea, para él, suministrado o puesto a disposición a título oneroso o gratuito sobre una base comercial, independientemente de si es nuevo, usado o reacondicionado”

Pero en el artículo 115.1 *el producto* de repente se convierte, simplemente, en “todos los bienes muebles aun cuando estén incorporados a otros bienes muebles o inmuebles”.

Ahora bien, acerca de los productos especiales, tales como el *producto seguro*, se define en el artículo 103.1 como

“cualquier producto, tal como se define en el artículo 3, apartado 1, letra e) que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida la duración y, en su caso, puesta en marcha, instalación y mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto, considerados como aceptables y coherentes con un alto nivel de protección de la salud y la seguridad de las personas”,

O, como lo define Paladini (2004, p.650):

“bien de consumo”, es decir, cualquier bien mueble, siempre que sea objeto de una compraventa celebrada entre un vendedor profesional y el consumidor-comprador .

En resumen, fue una intervención apresurada, que se limitó a *llevar* el peso de las normas, con cambios muy limitados, sin tratar de amalgamarlas orgánicamente, dejando espacio para inconsistencias y errores, también tipográficos (Mezzasette, 2004, p.35).

Principios generales del consumidor

En primer lugar, el artículo 1 se refiere a

“los principios contenidos en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, en el Tratado de la Unión Europea, en la legislación comunitaria, con especial referencia al artículo 153 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), y en los tratados internacionales” (el artículo 153 del Tratado CEE es lo que asegura “un alto nivel de protección de los consumidores”).

Pero es el artículo 2.3 el que ofrece una lista de los derechos de los consumidores, del cual se caracterizan o se clasifican los principios generales a los cuales se refiere toda la disciplina: estos son, entre otros:

El derecho a la salud (letra a)

La seguridad del producto (letra b)

La información (letra c)

La transparencia

La lealtad y

La equidad en las relaciones contractuales, y el artículo 39.

Y es precisamente en los principios de información, de lealtad y de equidad que vale la pena detenerse, ya que ellos son los que mejor expresan lo que ya el legislador de 1942, en los artículos 1341 y 1342, se dio cuenta, que la igualdad de los contratantes y la plena libertad de contratación, es pura utopía. Así que la disciplina del Código del Consumidor es el rechazo final de la idea de la igualdad formal y la adquisición de conciencia que, normalmente, el consumidor no puede influir en el contenido de las condiciones del contrato, de hecho, en condiciones de igualdad con el profesional.

Por lo tanto, se requiere una regulación con respecto a la cual puede ser evaluada la adecuación de la información proporcionada al consumidor, la corrección de la conducta de los profesionales y la equidad de una relación comercial, por lo que los sujetos puedan estar en un estado de igualdad, el contrato sea en realidad equilibrado (Bilotta, 2001, p.144), y el consumidor pueda hacer su elección con conocimiento de causa (es por esta razón que existen obligaciones de información y transparencia) y así como también de libertad (razón por la cual existe la prohibición de las prácticas comerciales desleales).

Derecho a la información: principio clave en un código que proteja al consumidor

En cuanto al derecho a la información, el Código del Consumidor, establece, en general, el deber de aportar a los consumidores una información adecuada a los medios de comunicación utilizados y, en todo caso, clara y comprensible (artículo 5.3). Sin embargo, en varias ocasiones, en relación a los contratos específicos, el "Código" profundiza más detalladamente el contenido de este derecho. Pensemos, por ejemplo, el derecho a la información sobre la retractación en los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales (artículo 47.1) y a distancia (artículo 52.1 f), la información en los contratos de multipropiedad (artículo 70.1) o, de nuevo, a la información sobre la seguridad de los productos (artículo 104.2).

En la misma línea, se encuentra la prohibición de las prácticas comerciales desleales que son contrarias a la diligencia profesional y aptas para distorsionar apreciablemente el comportamiento económico de los

consumidores (artículo 20.2), precisando (artículo 20.4) que son injustas las prácticas comerciales engañosas (las cuales contienen una información que es falsa, o que puede inducir a error al consumidor, artículo 21.1) y agresivas (es decir, que pueden limitar gravemente la libertad de elección del consumidor, el artículo 24.1).

Sin embargo, tenemos que concentrarnos en el concepto de equidad. En primer lugar, debemos decir que como equidad no se debe entender la razonabilidad del precio acordado o pagado por el consumidor (artículo 34.2), pues no son prohibidos los contratos que no son económicamente equilibrados en términos de precio pagado, de hecho, por parte del consumidor. El único caso, donde se habla de “importe manifiestamente excesivo” es en el artículo 33.2 f), aunque sin referencia al precio del producto o servicio, pero sí a la indemnización o sanción impuesta al consumidor en caso de incumplimiento (De Luca, 2001, p.499).

El término *equidad* se refiere más bien a un marco de equilibrio (Bianchi, 2003, p.356), es decir es injusto; por tanto un contrato en el cual hay cláusulas (vejatorias) que “a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato” (artículo 33.1).

De esta manera el artículo 33.2 ofrece una lista (no exhaustiva) (Bilotta- Cerrato, 2001, p.237) de cláusulas que se presumen *vejatorias*, hasta que se demuestre lo contrario. Estas son cláusulas que reducen los medios de protección y autoprotección de los consumidores (las *cláusulas probatorias*, es decir, las que tienen por efecto una restricción de la posibilidad, para los consumidores, sobre la capacidad de adjuntar las pruebas o inversión de la carga de la prueba, artículo 33.2 t (Dalmotto, 2001, p.433). Sin embargo estas cláusulas se traducen en una ventaja indebida a favor del profesional y contra el consumidor, a través de las condiciones potestativas, porque crean una situación de sorpresa potencial para el consumidor en relación con el objeto del contrato.

No obstante hay dos casos en los que se excluye de plano la naturaleza injusta de una cláusula, cuando reproduce disposiciones de la ley o de convenciones internacionales (artículo 34.3) y cuando se hayan negociado individualmente (artículo 34.4), a excepción de algunos casos, como aquellas que limitan las acciones de los consumidores contra el incumplimiento de profesional o prevean la anticipada adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no tuvo la oportunidad de familiarizarse antes de la celebración del contrato (Maneschi, 2001, p.34); aun cuando tampoco las negociaciones individuales pueden excluir el carácter abusivo (artículo 36.2 *cláusulas vejatorias-abusivas absolutas*, mientras que las otras se llaman *cláusulas vejatorias-abusivas relativas* (Bianchi, 2009, p.577). Además, es responsabilidad de los profesionales demostrar que los términos de los contratos concluidos mediante la firma de formularios fueron negociados de forma individual (Artículo 34.5) (Liverzani, 2001, p.29).

Es clara la razón de la disciplina: fuera de los casos a que se refiere el artículo 36.2, de hecho, si por un lado la predicción de la vejatoriedad tiene el propósito de proteger la libertad del consumidor, que de lo contrario se vería obligado a aceptar un contrato con condiciones severas para él; por el otro, en el caso donde no se ha negociado individualmente, este objetivo cesa, entonces ¿por qué el consumidor pudo influir en el contenido del contrato? (Graziuso, 2002, p.50), para demostrar que la cláusula se negoció individualmente, pues no se puede producir solo una declaración genérica del consumidor, según la cual el consentimiento fue dado después de las negociaciones, ni

podemos limitarnos a la demostración de que hubo un examen común y una discusión, tras la cual, sin embargo, las objeciones del consumidor no fueron aceptadas. Por el contrario, se debe demostrar que el consumidor ha influido realmente en el contenido de la cláusula y, si no, que el contenido vejatorio de la misma fue aceptado conscientemente, a cambio de diversos beneficios que lo balanceen (Graziuso, 2002, p.50) en una evaluación exhaustiva del contenido del contrato (Maneschi, 1997, p.303).

Los artículos 36 y 37 establecen recursos contra estas cláusulas, que, según algunos (Pignataro, 2000, p.127), tienen como base el abuso de derecho (el adjetivo con las cláusulas en cuestión se conocen como *abusivas*): respectivamente, un remedio preventivo, las acciones de cesación, que también responde a un interés colectivo de control de la negociación estandarizada (Pantaleoni, 2001, p.391), y un remedio sucesivo, la “nulidad de protección”.

En cuanto a las acciones de cesación, las asociaciones de consumidores, profesionales y cámaras de comercio pueden recurrir al juez, de modo que inhibe, para el futuro, el uso de las cláusulas declaradas abusivas (artículo 37.1). El juez también puede ordenar la publicación de la orden en uno o más periódicos, de los cuales al menos uno sea de distribución a nivel nacional (artículo 37.3).

Con respecto a la *nulidad de protección*, su disciplina se caracteriza por que la nulidad de la cláusula abusiva no se extiende al contrato, pero sigue siendo válida (Artículo 36.1). Con respecto a su detección, no es necesaria una instancia de parte, más es detectable de oficio (artículo 36.3) (Maschio, 2001, p.339).

El reciente Decreto legislativo n.º 1 del 24 de enero 2012, puso, en el *Código del Consumidor*, el nuevo artículo 37bis, que predispone un determinado tipo de protección administrativa contra las cláusulas abusivas. La Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, de oficio o por denuncia de los consumidores, de acuerdo con las asociaciones de comercio, comprueba el carácter abusivo de las cláusulas (artículo 37 bis.1), y su decisión se publica en su página web, en la del operador económico que adoptó la cláusula y por cualquier medio adecuado (artículo 37 bis.2).

Existe también la posibilidad, para las empresas, de consultar previamente la Autoridad para saber si una cláusula que quieren utilizar es vejatoria (artículo 37 bis.3), así como recurrir a los tribunales administrativos en contra de las órdenes de Autoridad adoptados de conformidad con el artículo 37-bis

La peculiaridad de la orden de la Autoridad resulta ser meramente declarativa y tiene el propósito de revelar a los consumidores potenciales, el carácter abusivo de una cláusula contractual, pues “no produce, sin embargo, la nulidad de la cláusula, que puede surgir solo por la intervención del tribunal” (Palliggiano, 2012, p.42).

Ahora bien, es importante resaltar la innovación, sí mismo no del “Código del Consumidor” en sí (que, como ya se ha dicho, solo recoge las normas existentes de una manera orgánica), de sus normas (las cuales ya existían antes del *Código del Consumidor*) y de la protección de los consumidores, sí lo es respecto al Código Civil.

La destrucción del dogma de la igualdad formal de las partes no puede tener un “efecto-cascada” sobre las distintas instituciones del Derecho Contractual.

Esto es evidente ya que usted vayan a examinar, por ejemplo, algunas de las “cláusula vejatorias”, en una rápida comparación con las normas pertinentes del Código Civil, lo que demuestra un verdadero “lavado de cara” de algunas instituciones del Derecho Civil tradicional.

Consideremos, por ejemplo, la cláusula de penalización. El artículo 1384 del Código Civil establece que el tribunal puede reducir la sanción establecida en el contrato y considerada excesiva, con el fin de llevarlo a la justicia. El artículo 33.2 f), sin embargo, prevé la “nulidad de la protección” (De Luca, 2001, p.504.), con un favor claro para el consumidor y una intención punitiva en el profesional.

Pero existen, en torno al *Código del Consumidor*, muchas instituciones que innovan profundamente, a la luz de los principios del artículo segundo, la Ley de contrato. Un ejemplo de ello, es el contrato de compraventa. Además de los casos a que se refiere el Código Civil hay otros que se caracterizan por la particularidad de la forma de terminación del contrato (ventas fuera de los establecimientos comerciales y a distancia), del objeto (multipropiedad) o del sujeto que contrata (la venta de *bienes consumo*, donde *el bien de consumo* no es un bien particular, pero sí el bien mueble adquirido por el consumidor). A continuación se examinarán brevemente.

Ventas fuera de los establecimientos comerciales

Se caracteriza porque el lugar donde se terminó el contrato (en el entendimiento de que las directrices se aplican, de conformidad con el artículo 45.2, “incluso si el contrato propuesto es vinculante o no hecho por el consumidor en condiciones similares a las especificadas en el apartado 1, para el cual aún no ha sido aceptada por el profesional”). Este lugar puede ser: el hogar, el lugar de trabajo o los locales donde el consumidor trabaja i estudia (artículo 45.1 a)), durante una excursión organizada (letra b), en un lugar público o abierto al público (letra c), correo (letra d). Está claro que, mientras que el consumidor que va a una tienda está, por así decirlo, “psicológicamente preparado” para finalizar en una compra, no es así para quien recibe una propuesta de negocios “fuera de los establecimientos comerciales”: “esto es, un tipo de ventas, en la cual el consumidor puede fácilmente no estar preparados para recibir una propuesta de negocios” (Tassone, 2004,p.229), enfatizando así el desequilibrio entre el consumidor y el profesional, y por lo tanto es necesaria una disciplina de re-equilibrio.

Ventas a distancia

La venta a distancia, se caracteriza por el uso de uno o más medios de comunicación a distancia (artículo 50.1 a)), es decir, con medios de conclusión del contrato “sin la presencia física simultánea del practicante y el consumidor” (artículo 50.1 b) (Tassone, 2004, p.307). También en este caso existe una situación particularmente perjudicial para el consumidor, pues no puede examinar las mercancías antes de comprar.

Así que el legislador ofrece al consumidor el *jus poenitendi*, preparando un reglamento especial para la retractación, por lo cual el consumidor puede, en efecto, examinar las mercancías y meditar “en frío” en el contrato (Tassone, 2004, p.261). Esto es claramente un uso cotidiano del lenguaje, e innovador, del término *retractación*: en efecto, si se refiere a la propuesta, es más bien una retirada, pero es una retractación real en caso de un contrato ya suscrito (Tassone, 2004, p.263).

La retractación debe ser ejercida sin penalización alguna y sin especificar el motivo, dentro de los diez días hábiles (artículo 64.1), el período que comienza en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales a la fecha de la firma del formulario de pedido (artículo 65.1 a) o, en casos especiales, a la fecha de recepción de los bienes (artículo 65.1 b) y, en los contratos a distancia, por los bienes,

“al día de su recepción por el consumidor, cuando se han cumplido requisitos de información [...] o al día en que éstas se han cumplido” (artículo 65.2 a) y, para los servicios, “al día de la celebración del contrato o la fecha en que se cumplían los requisitos de información “ (artículo 65.2 b).

En cuanto a la manera de ejercer el derecho de retractación, “se ejerce mediante el envío de [...] una notificación por escrito a la casa del profesional, mediante carta certificada con acuse de recibo”, o “por telegrama, télex, correo electrónico y fax, siempre y cuando se confirmó por carta certificada con acuse de recibo dentro de las cuarenta y ocho horas “.

Se discute si esta forma es necesaria *ad substantiam* o con fines de prueba, y la segunda parece la opción preferible. Por lo tanto, se considera válida la comunicación realizada por medios distintos pero iguales en cuanto a seguridad: un ejemplo de ello es la entrega en mano, con la colocación del sello y la firma de recepción por el encargado, y se considera válida la comunicación con falta de suscripción, siempre que la intención de la disolución de la unión esté clara (Tassone, 2004, p.274).

Una vez ejercido el derecho de retractación, el consumidor debe devolver la propiedad al profesional (artículo 67.1). “La integridad sustancial de la propiedad que se devuelve es una condición esencial para el ejercicio del derecho de retractación. Es todavía suficiente que el bien se devuelva en condiciones normales, ya que se mantuvo y fue utilizado con el uso de una diligencia razonable” (artículo 67.2). Por lo tanto, el riesgo de las mercancías dañadas durante las actividades de prueba está a cargo del consumidor (Tassone, 2004, p.278).

La segunda institución innovadora por analizar es la multipropiedad. El legislador no utiliza el término, sino más bien hace referencia a “contratos para la adquisición de un derecho de disfrute repartido de la propiedad” (Cervale, 2004, p.212), que describe como

“uno o más contratos de al menos tres años con los cuales, con el pago de un precio global, se constituye, se transfiere, o se compromete a constituir o transferir, directamente o indirectamente, un derecho real o

cualquier otro derecho relativo al uso de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año no inferior de una semana”(artículo 69.1 a).

Entre los requisitos del contrato, se establece, en particular, la forma escrita, bajo pena de nulidad (artículo 71.1). También en este caso, existe la posibilidad de la retractación *ad nutum* dentro de los diez días siguientes a la celebración del contrato (artículo 73.1) o, en algunos casos, dentro de tres meses (artículo 73.3), de la misma manera vista a la venta fuera de los establecimientos comerciales y a distancia.

Es claro, entonces, que se está en presencia de un nuevo contrato, en cuanto al objeto, con respecto al Código Civil. También es una nueva forma de entender la propiedad, donde no hay más que una co-propiedad *pro rata*, en la cual varias partes son a la vez co-propietarios contemporáneamente del mismo bien, es decir, este concepto hace referencia a una propiedad “a tiempo”, por la cual varios sujetos tienen un derecho *uti domini* sobre el mismo bien, pero en momentos diferentes.

Finalmente, la venta de bienes de consumo (Acquaro, 2004, p.533), está dirigida a proteger a los consumidores en relación con productos que presenten defectos de su cumplimiento.

El Código del Consumidor, una vez que establece la obligación del vendedor a la entrega de “bienes de conformidad con el contrato de compraventa” (artículo 129.1) —es decir, de bienes adecuados para el uso en lo cual se ocupan generalmente bienes de ese tipo (ver artículo 129.2)— establece una responsabilidad del vendedor “por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega” (artículo 130.1) la cual se produce dentro de los dos años siguientes de la compra (artículo 132.1); mientras que la doctrina discute si la disciplina del *aliud pro alio* sigue siendo regulada por el Código Civil o se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Código del Consumidor (Calvo, 2007, p.22). Una vez más, sin embargo, tenemos la noción de entrega de los bienes que no está en conformidad con el contrato que es nueva en comparación con la disciplina de los vicios previstos en el Código Civil.

Igualmente, los remedios para los defectos-faltas de conformidad son diferentes. Más precisamente, mientras que el Código Civil no supone una “jerarquía” de los recursos, dejando esencialmente comprador libre de pedir el remedio que considere más favorable para él (sujeto, por supuesto, de los límites generales), el Código del Consumidor, en cambio, establece que los consumidores deben, en primer lugar, pedir la reparación o sustitución de los bienes (artículo 130.3), y solo si estos remedios son demasiado costosos o no han sido implementados por el vendedor puede pedir la reducción del precio o la rescisión del contrato (artículo 130.7). Y en cuanto a los términos también son diferentes:

—al plazo de decadencia de ocho días de descubrimiento y al plazo de prescripción de un año desde la compra del Código Civil, el Código del Consumidor sustituye un plazo de decadencia de dos meses desde el descubrimiento del defecto (artículo 132.2) y un plazo de prescripción de veinte años y seis meses después de la compra” (artículo 132.4).

Esta disciplina es de carácter obligatorio, por lo que cualquier estipulación diferente es nula (artículo 134.1), lo que garantiza la máxima protección para el consumidor.

Pero no solo en el derecho de los contratos se observan innovaciones. Por ejemplo, el derecho de responsabilidad civil, los artículos 114 y siguientes del Código del Consumidor, en realidad, rigen la responsabilidad por daño de productos defectuosos.

Un producto es defectuoso “cuando no ofrece la seguridad que una persona tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias” (artículo 117.1). “El daño a la persona y los daños a la propiedad que no sea el producto defectuoso son indemnizables” (artículo 123.1), con una franquicia de — 387 (artículo 123.2).

Es el momento de comprobar cuál es el modelo de responsabilidad aplicado aquí. El artículo 120.1 dispone que “[l]a víctima tiene que probar el defecto, el daño y la relación causal entre el defecto y el daño”, lo que parece llamar un modelo de responsabilidad objetiva. Pero, en realidad, el artículo 120.2 le permite a un fabricante probar una serie de hechos, los mencionados en el artículo 118, que lo eximen de la responsabilidad. Y, en particular, a la exclusión de la responsabilidad será suficiente probar la mera probabilidad “de que el defecto no existía cuando el producto se puso en circulación”. En otras palabras, para el productor será suficiente demostrar que ninguno de los demás productos puestos en circulación presentaba un defecto idéntico, con el resultado que, finalmente, será el consumidor quien tendrá que demostrar que el defecto existía realmente, o por lo menos que había tomado todas las normas de atención. Por ello, la responsabilidad del productor tiende a convertirse en responsabilidad por culpa (Benacchio, 2004, p.49).

Para concluir este rápido examen del Código del Consumidor, es necesario mencionar la introducción de la “acción de clase” (ver doctrina *Procedura civile*, IPSOA, Milano 2009, p.917 y siguientes); la acción colectiva, tras la cual habrá una sentencia que se referirá a todos sus miembros (artículo 140-bis.14). Cada consumidor puede ir a una organización de consumidores o un comité para proponer una acción de clase (artículo 140 bis.1), o puede adherir a ella (se llama *opt in*), con una comunicación por escrito al solicitante, hasta la audiencia de precisión de las conclusiones en apelación, perdiendo, en este caso, el derecho a la acción individual basada en el mismo título (artículo 140-bis.3). Si no se actúa o adhiera a la acción de clase, puede seguir actuando en la forma ordinaria para el reconocimiento de su derecho individual, pero en este caso no puede utilizar los resultados de la acción colectiva.

El objeto de la solicitud consiste en una pluralidad de derechos homogéneos de los consumidores, que pueden resultar de un contrato, un producto o por prácticas empresariales anticompetitivas o abusivas (artículo 140 bis.2, modificado por el artículo 6.1 b) del Decreto legislativo n.º 1 del 2012).

El modo de desarrollo de las actuaciones son peculiares. En primer lugar, la jurisdicción de la corte, que es la capital de la región (con algunas excepciones, artículo 140-bis.4). En segundo lugar, debemos señalar la existencia de una fase preliminar, en la cual se evalúa la admisibilidad de la solicitud (artículo 140-bis.6), que es admisible en

efecto cuando hay un daño a los intereses de los consumidores, por lo menos dos (que, por supuesto, se han unido a la acción). Además, si se decide por la elegibilidad, el juez también establece las reglas para la publicidad, para la pronta adhesión de la clase (artículo 140-bis.9).

Tan importantes son las características del derecho de los consumidores, tanto en la ley sustantiva y en proceso, características que confirman la tendencia de la decodificación, con la creación de varios microsistemas externos a la del Código Civil. Por lo tanto, el Código Civil que constituye el texto de referencia principal de la ley civil, con unos pocos textos diferentes de «apéndice», está siendo sustituido por un sistema en el cual el principal punto de referencia, en todos los temas, viene dado por un código “de sector”; y el Código Civil termina por tener una aplicación residual, en los casos no regulados en otras partes o, en todo caso, cuando se asegura una mayor protección a la parte más débil.

Referencias

Doctrina

1. AA. VV., *Procedura civile*, IPSOA, Milano 2009
2. G. Acquaro, *Vendita dei beni di consumo*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. XV. Vendita. Tomo secondo*, UTET, Torino 2004, 533 ss.
3. M. T. Annecca, *Le clausole oggetto di trattativa individuale*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 289
4. M. Antonucci, *Le clausole sulla forma e sulla modificabilità del contratto*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 757
5. G. Benacchio, *La responsabilità del produttore*, en G. Benacchio (a cura di), *Diritto privato della Comunità Europea*, CEDAM, Padova 2004, 375
6. G. Bianchi, *Il contratto di vendita. Fattispecie e profili applicativi*, UTET, Torino 2009
7. F. Bilotta – M. Cerrato, *La vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 143
8. F. D. Busnelli – U. Breccia, *I principi generali del codice del consumo nel quadro del diritto privato europeo*, texto mecanografiado
9. R. Calvo, *I singoli contratti. Casi e problemi*, Giappichelli, Torino 2004
10. M. C. Cervale, *Multiproprietà*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. IV. Beni e proprietà*, UTET, Torino 2004, 163
11. C. Chiesa, *Le clausole sulle modalità dell'adempimento*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 425
12. E. Dalmotto, *Le clausole sulla prova e sul relativo onere*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 567
13. M. De Luca, *La clausola penale e l'art. 1469 bis c.c.*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 497

- 14.** P. Franceschetti, *Le condizioni potestative*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 817
- 15.** A. Gabrielli, *Le clausole di esonero da responsabilità*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 435
- 16.** G. F. Gosi, *La clausola compromissoria*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 665
- 17.** E. Graziuso, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive. Mezzi rituali ed irraturali*, Giuffrè, Torino 2002
- 18.** C. Liverziani, *Le clausole contenute in moduli o formulari*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 289
- 19.** G. Loffari, *Le nozioni di consumatore e di professionista*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 155
- 20.** A. Maiorani, *Il recesso convenzionale. Le caparre*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 781
- 21.** A. Maneschi, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie. La protezione del consumatore realizzata dalla l. 6.2.1996, n. 52 in attuazione della direttiva comunitarie 93/13/CEE*, Giuffrè, Milano 1997
- 22.** F. Maschio, *L'inefficacia*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 331
- 23.** A. Mastrorilli, *La garanzia per vizi nella vendita. Disciplina del codice civile e del codice del consumo*, II ed., Giuffrè 2009
- 24.** F. Mazza, *Merger clause o “clausole di completezza”*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 723
- 25.** F. Mezzasette, *Il codice del consumo (tra diritto interno e diritto europeo)*, in http://193.204.12.15/176/1/Tesi_Mazzasette_Federica.pdf
- 26.** P. G. Monateri, *La responsabilità per danno alla persona da prodotti difettosi*, en P. G. Monateri - M. Bona - U. Oliva - F. Peccentini - P. Tullini, *Il danno alla persona. Tomo secondo*, II ed., UTET, Torino 2001, 461

27. E. Navarretta, *Attività giuridica*, en U. Breccia – L. Bruscutta – F. D. Busnelli – F. Giardina – A. Giusti – M. L. Loi – E. Navarretta – M. Paladini – D. Poletti – M. Zana, *Diritto privato. Parte prima*, UTET, Torino 2003, 177

28. A. Orestano, *La trasparenza e l'interpretazione*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 321

29. M. Paladini – A. Giusti, *I contratti*, en U. Breccia – L. Bruscutta – F. D. Busnelli – F. Giardina – A. Giusti – M. L. Loi – E. Navarretta – M. Paladini – D. Poletti – M. Zana, *Diritto privato. Parte seconda*, UTET, Torino 2004, 640

30. G. Palligiano, *Vessorietà delle clausole accertata dal Garante*, en *Guida dir.*, 2012, 7, 41

31. M. L. Panetta, *Le clausole sulla competenza*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo secondo. Clausole abusive*, UTET, Torino 2001, 713

32. F. Pantaleoni, *Le azioni inibitorie*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 387

33. F. Pantaleoni, *L'inefficacia delle clausole non conosciute*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 371

34. M. Pargaglioni, *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 803

35. A. Petrucci, *Alle origini della protezione dei terzi contraenti con gli imprenditori*, texto mecanografiado

36. G. Pignataro, *La responsabilità precontrattuale*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. V. Buona fede – Responsabilità precontrattuale – Integrazione – Interpretazione*, UTET, Torino 2000, 75

37. F. Portento, *Sintesi delle novità introdotte dal Codice del Consumo*, en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10009>

38. T. Solignani, *Tutte le novità del nuovo codice del consumo*, en http://www.b2b24.ilsole24ore.com/itechstudio/articoli/0,1254,4s5009_ART_65664,00.html

39. M. P. Suppa, *L'accertamento della vessatorietà*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV. Tomo primo. Condizioni generali – Clausole vessatorie – Consumatori*, UTET, Torino 2001, 229

40. B. Tassone, *Vendita a distanza*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. XV. Vendita. Tomo primo*, UTET, Torino 2004, 305

41. B. Tassone, *Vendita fuori dei locali commerciali*, en P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. XV. Vendita. Tomo primo*, UTET, Torino 2004, 227

42. F. Tovani, *La tutela del compratore nei contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Ennepilibri, Imperia 2007

Jurisprudencia

43. Trib. Milano, 20 dicembre 2010 (ordinanza), en *Foro it.*, 2011, I, 617, anotado por A. D. De Santis

44. Trib. Torino, 28 aprile 2011 (ordinanza), y Trib. Roma, 25 marzo 2011 (ordinanza), en *Foro it.*, 2011, I, 1888, anotados por A. D. De Santis



**Lo indio, indigenismo y
movimiento campesino en el Perú**

Lo indio, indigenismo y movimiento campesino en el Perú

The Indian, the indigenous and the peasant movement in Peru

O índio, indigenismo e movimento campesino no Peru

Carlos Fernández Fontenoy (Perú)

Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

cfernandez1956@yahoo.es

Doctor en Ciencia Política y Sociología por la Universidad

Complutense de Madrid.

Resumen

En este artículo el autor presenta un análisis histórico sobre la naturaleza de la aparición de movimientos indígenas en Perú, en la segunda mitad del siglo XX. Se compara la situación del país andino, con otros de la región y encuentra una relación con las especiales condiciones en las que se conforman los partidos políticos y se describe su dependencia con los movimientos sociales y campesinos.

Abstract

In this article the author presents a historical analysis of the nature of the emergence of indigenous movements in Peru in the second half of the twentieth century. He compares the situation in this Andean country, with others in the region and finds a relationship with the special conditions under which political parties are formed and describes its dependence on social and peasant movements.

Resumo

Em este artigo o autor apresenta uma análise histórica sobre a natureza da aparição de movimentos indígenas no Peru, na segunda metade do século XX. Compara-se a situação do país andino, com outros da região e encontra uma relação com as especiais condições nas que se conformam os partidos políticos e descreve-se a sua dependência com os movimentos sociais e campesinos.

Keywords: social movements, indigenous, Perú, peasants, political parties

Palabras clave: Movimientos sociales, indígenas, Perú, campesinado, partidos políticos.

Palavras chave: Movimentos sociais, indígenas, Peru, movimento campesino, partidos políticos.

Para citar este artículo / To cite this article / Para citar este artigo

Fernandez, C. (2013). Lo indio, indigenismo y movimiento campesino en el Perú. *Panoarama* (VII) 12 189 - 208.



Una de las preguntas recurrentes que se formulan los estudiosos de los movimientos indígenas de la región andina, se refiere a las causas de la inexistencia en el Perú —en la segunda mitad del siglo XX— de importantes movimientos indígenas que reivindicuen no sólo su identidad, sino una serie de derechos propios a las naciones o nacionalidades oriundas, como son, por ejemplo, el derecho a una educación bilingüe o a un territorio determinado.

Mientras en Bolivia, a partir de 1970 se iniciaban movimientos reivindicativos de identidades y derechos étnicos como los movimientos katarista e indianista (Calla, 1993) cuyos discursos lograron penetrar y hacerse un espacio en los programas de gobierno de varias organizaciones políticas; en Perú se iniciaba un proceso de colectivización del agro, formando cooperativas en la Costa y reafirmando y legalizando a las comunidades indígenas de la Sierra y a las nativas de la Selva.

Cuando en 1986 se estaba fundando la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), el Perú ya se estaba convirtiendo en un campo de batalla en el cual, los campesinos -indígenas y mestizos- eran reclutados muchas veces a la fuerza, ya sea por el Ejército Popular de Sendero Luminoso o por las Fuerzas Armadas del Estado peruano. Conforme la CONAIE se iba incorporando a la vida política (Guerrero, 1995) a través de su protagonismo en diversas acciones de lucha, en el Perú, el otrora importante movimiento campesino se extinguía en medio de un olor a pólvora. Como se observa, la historia... de las poblaciones indígenas y/o rurales de estos tres países no han seguido necesariamente rutas paralelas, pero quizá la del Perú es la que más se diferencia. Sigue siendo complicado entender, cómo habiendo sido *los quechuas*¹ el grupo étnico, político, económico y militar hegemónico durante el Imperio de los incas durante casi un siglo, no posean hoy día, en el Perú, ningún tipo de organización autónoma, o más aún, que no sea la nación o "nacionalidad" andina mejor organizada.

Uno de los objetivos más importantes de este trabajo será realizar una reflexión acerca de esta compleja realidad peruana, y tratar de aportar algunos elementos de juicio que puedan ayudar a su esclarecimiento futuro. También mostrará el itinerario del movimiento campesino peruano de las últimas décadas, épocas de gran convulsión política en las zonas rurales de esta parte de la región andina.

De incas y de indios

La crisis de la élite política incaica que apareció poco tiempo antes de la llegada de los españoles, constituye un hecho muy importante a la hora de intentar explicar la ausencia de una organización indígena "quechua" en la actualidad, descendiente de aquellos míticos incas. El conflicto suscitado entre los diversos grupos de poder existentes al interior de la élite incaica, con el tiempo, provocó la desaparición de esta clase gobernante, y con ello, la extinción del grupo quechua como nación.

Los quechuas fueron la nación integrada por varios grupos de cultura quechua, dirigidos por uno de ellos: los incas.

Al no existir una élite inca que condujese a los quechuas, este grupo perdió su condición de nación, pasando nuevamente a la condición de etnia (Silva Santisteban, 1988)². Es posible en la actualidad encontrar todavía algunos pobladores de las comunidades de la sierra, especialmente cuzqueña, en esta situación.

A continuación, explicará algunas de las causas que provocaron el descabezamiento de la élite de la nación quechua, grupo dirigente que no ha podido reconstituirse hasta el día de hoy.

La élite política que gobernó el Imperio de los incas³, estuvo conformada principalmente por la nobleza cuzqueña. Fue la nobleza “de sangre” la que ocupó los cargos políticos, militares y religiosos más importantes. Estuvo integrada por las llamadas panacas⁴, que según algunos autores fueron once, aunque pudieron haber llegado a dieciséis de acuerdo a otras versiones. Cada nuevo Inca, al asumir el poder, dejaba de pertenecer a su panaca de nacimiento, y al morir sus descendientes conformaban una nueva panaca.

Según Miguel Cabello Balboa, en la época de la conquista solamente la panaca de Túpac Inca estuvo integrada por unos mil miembros (Conrad y Demarest, 1988). Esta cifra aproximada nos puede dar una idea sobre el tamaño de la nobleza de sangre.

El otro grupo de la clase gobernante lo constituyeron los ayllus cuzqueños, también llamados los *ayllus custodios*, que al parecer fueron diez y su función fue la de cuidar la ciudad del Cuzco, así como la de proteger al Inca (Rostworowski 1988, Pease 1991). Conforme el *Tahuantinsuyu* fue creciendo, fueron incorporándose a la élite política los curacas o jefes de las etnias conquistadas o controladas por los incas; así como los denominados *curacas* o incas *de privilegio*, los cuales eran elegidos por el Inca para la realización de trabajos específicos, generalmente de tipo burocrático-administrativo.

Se cree que fue la crisis y posterior desaparición de la élite política inca y quechua del *Tahuantinsuyu*, la que explica —en parte importante— la no articulación de movimientos indígenas quechuas en el Perú republicano y contemporáneo. La crisis política de la clase gobernante incaica se inicia, según algunos autores, en la época del inca Túpac Yupanqui (1471-1493), se desarrolla con Huayna Cápac y se desencadena en niveles de verdadero exterminio físico a partir de la guerra entre Huáscar y Atahualpa (Fernández, 1997).

El inicio de la conquista española y la era colonial, significaron la continuación de este proceso de liquidación de la élite incaica, no solamente de índole físico, sino también de tipo social, económico y político. En 1530, en el actual territorio del Perú existió una población aproximada de 9.000.000 de habitantes, cantidad que en el año de 1629 se vio reducida a 601.645 indios (Flores Galindo, 1988). Esta verdadera catástrofe demográfica, representa un

2 Silva Santisteban sostiene que "cuando en un grupo étnico emerge una élite conduciendo a las masas con base en un proyecto para constituir una entidad política propia, decimos que estamos en presencia de una nación".

3 Imperio también denominado el "Tahuantinsuyu".

4 Las panacas fueron una especie de ayllus reales o imperiales, es decir, clanes familiares descendientes de un Inca.

elemento explicativo más para la comprensión del debilitamiento de los grupos étnicos peruanos, y en especial, el de la nación quechua.

En relación a la élite incaica, de acuerdo al censo que mandó a realizar el Virrey Toledo en 1572, en el Cuzco habían 1.294 nobles cuzqueños, treinta años más tarde, en 1602, sólo quedaban 567 miembros de las panacas de los incas (Espinoza, 1978).

El surgimiento de la conciencia “india”

Aparece cada vez con mayor nitidez la idea de que los diferentes grupos poblacionales, nacionalidades o etnias que habitaron el *Tahuantinsuyu*, no constituyeron propiamente una sola *nación* (quechua), que no se creó un sentimiento de pertenencia a un mismo grupo, o que nunca llegó a “cuajar” lo que hoy denominamos una *identidad nacional*. En el corto tiempo en que existió el Imperio de los incas -menos de un siglo-, sometió bajo su férula a centenares de grupos étnicos o “reinos pequeños”, con los cuales estableció una relación de dominación, de pueblo conquistador/pueblo conquistado, de nación dominante/naciones o etnias dominadas.

Todo hace pensar que muchas de las naciones o etnias conquistadas no “sintieron” como “suya” o como “propia” a la cultura quechua ni a su clase dirigente incaica. Éstos fueron percibidos como unos jefes impuestos, extraños a su grupo porque sus jefes naturales eran sus curacas.

Fue recién después de medio siglo de dominación española que comenzó a surgir lo que podríamos llamar una identidad *india* en contraste con lo *español*: “apareció con claridad no sólo que los dominados eran los ‘indios’ y los dominadores los ‘españoles’” (Burga, 1988), sino también que el sistema social del Tahuantinsuyu y su clase dirigente (los incas) fueron más justos y, por lo tanto, preferibles.

En este proceso de homogeneización de lo *indio*, es importante mencionar también, como factores convergentes, la catástrofe demográfica señalada en líneas anteriores, la adopción del quechua como lengua general para el adoctrinamiento cristiano, la política de extirpación de idolatrías y la creación de las reducciones de indios, fruto de las leyes del Virrey Toledo (Degregori, 1993).

Según afirman autores como Manuel Burga y Alberto Flores Galindo, fue a partir de esa época de desilusión —debido a los abusos cometidos por los españoles— cuando comenzó a surgir en la mente de los indígenas lo que han denominado la “utopía andina”, es decir, una visión idílica y nostálgica del Tahuantinsuyu. Como producto de la sedimentación de esta nueva visión, comenzaron a nacer movimientos indígenas con intenciones de reconstruir el sistema que imperó en el Tahuantinsuyu: la vuelta a un pasado idealizado.

Es posible pensar entonces, que debió ser la élite política incaica a la que le correspondió asumir este reto. Desgraciadamente -tal como la historia lo confirma-, la clase gobernante incaica no pudo, solamente, recomponerse

y conducir con éxito la lucha por la reconstrucción del Imperio, sino que con el paso del tiempo se fue desmembrando hasta su desaparición como élite política.

Con la muerte de Manco Inca, cerca de 1545, se extinguió definitivamente la clase política incaica como grupo gobernante. El grupo de panacas cuzqueñas que apoyaron a Manco Inca, fue el último sector de la legendaria élite política incaica que actuó como grupo social dirigente organizado, cohesionado y legitimado por la tradición y su hegemonía.

La zona de Vilcabamba no fue solamente el escenario de la última actuación de los incas, sino también el lugar donde por última vez un grupo de dirigentes eminentemente indígena encabezó un movimiento político-militar masivo durante la colonia. Desde Manco Inca hasta nuestros días, no ha vuelto a existir una élite política indígena que dirija movimientos importantes de resistencia, independencia o liberación en el Perú. Todos los dirigentes importantes desde aquél entonces han sido *mestizos* (O'Phelan, 1995).

Las élites regionales del Tahuantinsuyu, encabezadas por sus curacas, ayudaron a los españoles a precipitar la derrota y desaparición de la élite incaica. Según Waldemar Espinoza (1990), los incas habrían conquistado cerca de doscientos reinos pequeños⁵, y de todos ellos “sabemos fehacientemente que el único señorío que luchó contra los españoles fue el del Cuzco, compuesto por los orejones incas”.

Estos señores étnicos, en su gran mayoría, no sólo fueron colaboracionistas, sino que además fueron una pieza clave en la estructura de gobierno de la colonia, porque fungieron de bisagra entre la administración española y sus poblaciones indígenas. Ya desde el siglo XVI, los curacas comenzaron a adoptar las formas de vida de los conquistadores: “imitaron su manera de vestirse, empezaron a montar a caballo, a portar armas europeas, a hablar castellano y hacer suya la dieta alimenticia traída del viejo mundo” (Burga, 1988). Sin embargo, el proceso de aculturación no fue total, como podría creerse. Los dos mundos permanecerán por muchos siglos en el subconsciente de estos señores, propiciando comportamientos frecuentemente ambiguos, así como un sincretismo cultural⁶.

Si bien una Real Cédula de 1790 propició un golpe mortal a los linajes étnicos, por eso fue apenas en las primeras décadas de instaurada la república del Perú cuando los curacas fueron borrados definitivamente del mapa, al ver eliminados sus títulos de nobleza por Bolívar en 1825 y, luego, ser reemplazados como poder local y como intermediarios entre las dos repúblicas (de indios y de españoles) por los prósperos hacendados serranos (gamonales) y los *mistis* (mestizos).

5 Según Conrad y Demarest (1988) citando a Rowe, sostienen que en el Tahuantinsuyu “..existían más de ochenta provincias, en las cuales vivían más de una tribu, y eso solamente en el Perú”.

6 Estas contradicciones no impidieron que durante el siglo XVIII se dieran más de 128 rebeliones en el área andina: 10 en Ecuador, 107 en Perú y 11 en Bolivia (Flores Galindo, 1988).

Finalmente, para tratar de entender la dimensión del colapso que significó la destrucción de las élites incaicas, es relevante mencionar las consecuencias de la derrota de la gran rebelión indígena que dirigió Túpac Amaru II, mestizo⁷ y descendiente de los incas, entre 1780 y 1781.

En el nivel político-social, se suprimieron los títulos de nobleza incaicos y se expropiaron muchas de las tierras y bienes de la nobleza quechua. Se eliminaron los curacazgos implicados en el levantamiento, así como también se abolió el carácter hereditario de todos los títulos de curaca (o cacique). En el nivel cultural, se prohibieron el uso del idioma quechua, las vestimentas nativas, el teatro y la pintura indígena, la lectura de los Comentarios Reales de Garcilaso de la Vega y se clausuró el colegio para curacas San Borja del Cuzco, entre otras medidas.

La profunda angustia que causó en el mundo español la posibilidad del triunfo de Túpac Amaru, trajo como resultado, asimismo, una concentración impresionante de milicias militares en el Virreinato del Perú, pues de 4.200 efectivos en 1760 se pasó a la suma de 70.000 combatientes en 1816. Esta ocupación militar debió haber influido en manera considerable en la sensación de opresión de los pueblos indígenas de ese entonces.

La conquista había significado una derrota atribuida en gran medida a factores “mágicos”, a una supuesta superioridad de los dioses cristianos sobre los dioses de los incas (Burga, 1988). A fines del siglo XVIII, en medio de una sociedad andina relativamente cristianizada, la derrota de Túpac Amaru ya no podía ser atribuida a los dioses. Esta nueva debacle probablemente reforzó aún más el sentimiento de inferioridad de los indios respecto a los blancos conquistadores. Una de las bases para la futura república pigmentocrática, se consolidó en este período. Pero, al mismo tiempo, como diría Flores Galindo (1988), “lo cierto es que el indio comienza a ser tan menospreciado como temido por quienes no lo son”.

De indios a campesinos

Iniciada la República, con la proclamación de la independencia en 1821, los indígenas del Perú vieron empeorar su situación. La guerra de liberación de España no solamente había creado un vacío de poder, sino además un caos en la estructura jurídico-administrativa, normal en estos tipos de transición de un sistema colonial a uno republicano. Lo cierto fue que hasta mediados del siglo XIX, en el Perú continuaron vigentes las leyes españolas, el tributo indígena y la esclavitud.

Fue en medio de esta inicial anarquía política y jurídica cuando numerosos mestizos y criollos aprovecharon la situación para apropiarse de tierras de las comunidades campesinas, amparados también por una legislación que desprotegió y liberalizó la tenencia y propiedad de las tierras comunales. Aunque parezca insólito, en la colonia se protegió más a la población indígena que en esta etapa auroral de la República (Belaunde, 1987). La declaración del castellano como el idioma oficial en 1825, constituyó un acto de segregación cultural. Esta medida fue rectificadas después de 140 años.

⁷ Ya en el siglo XVIII gran parte de la nobleza nativa era mestiza y cristiana.

El descontento no se dejó esperar: entre 1867 y 1868 se desarrolló la rebelión de Juan Bustamante, cuyo ejemplo fue imitado en gran parte por la zona sur del país, también conocida como “la mancha india” o el “trapezio andino”.

En Puno y Cuzco se localizaron numerosas y endémicas rebeliones de indios entre 1886 y 1887, entre 1895 y 1906, en 1911, en 1913, en 1915, hasta llegar a la gran sublevación indígena que abarcó los departamentos de Cuzco, Puno, Arequipa, Ayacucho y Apurímac, entre 1920 y 1923. Esta sublevación provocó la invasión de muchas haciendas y el ajusticiamiento de varios gamonales (hacendados de la sierra). Después de esta experiencia, las relaciones entre los hacendados y los indígenas del sur no volvieron a ser las mismas (Burga y Flores Galindo, 1982).

El abandono y desprotección de la población indígena peruana, el aumento de los levantamientos que se venían dando en el sur, la revolución mexicana y más tarde la bolchevique, hicieron que desde fines del siglo XIX y comienzos del XX el tema del *indio* se fuera conviniendo en un *problema nacional* que debía ser resuelto de alguna manera.

Estos fueron algunos de los motivos que propiciaron el surgimiento del movimiento *indigenista*, el cual tuvo una producción artística e intelectual que marcó una época. Según José Tamayo (1981), el indigenismo llegó a su máximo esplendor entre los años de 1926 y 1930, después de este período se inició su rápido declive.

El indigenismo fue promovido desde el Estado y por el presidente Augusto B. Leguía (1919-1930) quien, hasta 1923, mantuvo una apertura política que permitió el crecimiento de diversos movimientos sociales. El mismo Presidente creó en 1922 el Patronato de la Raza Indígena. Surgieron durante su primer mandato varias organizaciones proindígenas, las cuáles, años más tarde, fueron disueltas por el propio Leguía.

Es muy probable que el discurso populista proindígena de Leguía abonara el terreno para el desencadenamiento del levantamiento indígena del sur del país entre 1920 y 1923. El incumplimiento de sus promesas electorales fue generando la difusión de movimientos de protesta que terminaron por desbordar la capacidad de control del Estado. Se hizo necesario el viraje hacia un sistema autoritario.

Los creadores y difusores del indigenismo no fueron indios, tanto en Cuzco y en Puno como en Lima, estuvo integrado por miembros de las clases medias provincianas (ya descontentas con el centralismo) o por sectores de la aristocracia limeña, ligada de alguna manera a la oligarquía, salvo en el caso de José Carlos Mariátegui⁸.

El indigenismo nunca llegó a constituirse como un movimiento de masas. El mismo Estado que propició su vuelo al poco tiempo le cortó las alas.

⁸ Mirko Lauer sostiene que el “indigenismo socio-político aparece en la resaca depresiva de la guerra con Chile, cuando quizás por un instante tambalea la idea criolla de nacionalidad”. Luis Monguió sostiene que “los peruanos que propusieron el indianismo cien por cien, respondían así a la necesidad de reivindicar ante sus propios ojos la parte india de su (propia) composición étnica” (Lauer, 1997).

Un buen sector de los indigenistas, sobre todo cuzqueños, fue cooptado por el socialismo limeño, donde sobresalían las figuras de Haya de la Torre y José Carlos Mariátegui.

En 1927, parte del grupo de indigenistas cuzqueños organizaron una célula aprista, la cual al año siguiente se pasaría al partido socialista de Mariátegui (Sulmont 1985). Fueron los socialistas peruanos los que ‘transformaron’ a los *indios* en *campesinos*. Mirko Lauer, con razón, sostiene que este proceso de cambio de denominación fue una “construcción”, que implicó un esfuerzo por redefinir a los mismos sujetos desde otra perspectiva conceptual (Lauer, 1997).

El socialismo no solamente es una visión del mundo y una interpretación de las relaciones sociales, es también una guía para la acción política de la clase trabajadora. Y a la clase trabajadora se la distingue de acuerdo a la actividad que realiza al interior del proceso productivo, o por el tipo de trabajo que desempeña.

Desde esta perspectiva, a los trabajadores se les clasificaba fundamentalmente como obreros o campesinos y no como blancos o indios. A partir de entonces, al indio que trabajaba en el campo se le empezó a llamar *campesino*. Este cambio se oficializará cincuenta años más tarde, en la década del 70, cuando el gobierno del general Juan Velasco modificó el nombre del Día del Indio por el Día del Campesino.

Se puede terminar diciendo que Mariátegui no aceptó esta división ortodoxa, que implicaba de cierta manera adherirse a una definición u otra: o indio o campesino. Para él no hubo una relación de exclusión entre estas dos formas de definir a los mismos sujetos. Eran las dos cosas: indios y campesinos.

Contrariamente a los *dik-tak* del comunismo moscovita, Mariátegui incluyó en sus descripciones, análisis y propuestas políticas la variable *indígena*, en sus connotaciones culturales, raciales, económicas y políticas que el marxismo internacional rechazaba. Esto le granjeó enemistades y marginaciones al interior del movimiento comunista internacional. A su muerte, el Partido Comunista (antes Socialista) aceptó las tesis de Moscú. La cita que se cree y se defiende en este artículo ilustra, en parte, lo que se transcribe a continuación:

“La reivindicación que sostenemos es la del trabajo. Es la de las clases trabajadoras, sin distinción de Costa y Sierra, ni de indio y cholo. Sí en el debate —esto es en la teoría— diferenciamos el problema del indio, es porque en la práctica, en el hecho, también se diferencia” (Mariátegui, 1927a)”

“El socialismo ordena y define las reivindicaciones de las masas, de la clase trabajadora. Y en el Perú las masas -la clase trabajadora- son en sus cuatro quintas partes indígenas. Nuestro socialismo no sería, pues, peruano -ni sería siquiera socialismo- si no se solidarizase, primeramente, con las reivindicaciones indígenas... Y en este ‘indigenismo’ vanguardista... no existe absolutamente ningún calco de ‘nacionalismo exótico’, no existe, en todo caso, sino la creación de un ‘nacionalismo peruano’ “ (Mariátegui, 1927b).

El movimiento campesino

A partir de las décadas de los 30 y 40 del siglo XX, las distintas acciones que desarrollaron los campesinos estuvieron ligadas, de alguna manera, ya sea al Partido Aprista Peruano (PAP) o al Partido Comunista (PC). El PAP incorporó a los campesinos en su partido de Frente Único de clases, junto a la clase media y a los obreros (Haya de la Torre, 1936). Por su lado, el PC también incluyó en su política de alianzas a la clase campesina para ir formando con el tiempo, una sólida alianza obrero-campesina capaz de realizar la revolución proletaria en el Perú.

Si en 1786 la población mestiza era del 23%, en 1940, de acuerdo al último censo que incluyó la categoría racial, la población mestiza y blanca sumaba más del 53%, sin contar a los asiáticos y a los negros. A mediados del siglo XX, estamos ya frente a un país mayoritariamente mestizo, pero con una tendencia marcada hacia lo indomestizo. Las posteriores migraciones y procesos de urbanización han aumentado esta tendencia hacia el mestizaje.

Así como la apertura democrática del sistema político entre 1919-1925 permitió la aparición de importantes actos de movilización campesina y de creación artística e intelectual, la llegada al poder del presidente Luis Bustamante y Rivero (1945-48) con apoyo del aprismo, posibilitó nuevamente que los diferentes movimientos populares pudieran expresar sus demandas e intentar legalizar sus organizaciones.

En efecto, fue muy significativa la cantidad de sindicatos agrarios y comunidades campesinas que se legalizaron en el gobierno de Bustamante. Los niveles de movilización campesina, tanto en la Sierra como en la Costa, fueron de los más altos de la historia del Perú hasta ese entonces (Mejía, 1978). Las huelgas en la Costa y las invasiones de tierras en la Sierra generaron las condiciones para la creación de la Federación General de Yanacunas y Campesinos del Perú, en 1947. Más tarde, se crearían la Federación Nacional de Campesinos del Perú (FENCAP) y la Confederación Campesina del Perú (CCP).

El sistema político autoritario que reinstaura la dictadura del general Odría (1948-1956) trajo inicialmente como consecuencia un reflujo del movimiento campesino. Pese a ello, desde 1950 hasta 1964 se pudo apreciar una gran movilización campesina a lo largo y ancho del territorio nacional, simultáneamente con una oleada de venta de tierras por parte de los hacendados (1950-60), que hizo presagiar temporadas tormentosas en el sector agrario.

Entre 1956 y 1964, ya bajo el gobierno democrático de Manuel Prado (1956-62) es posible identificar hasta 413 movimientos campesinos, y sólo en el año de 1962 se pueden contar más de 70 haciendas invadidas (en su mayoría, movimientos de *recuperación de tierras* arrebatadas por los hacendados). El movimiento más importante se dio en los valles cuzqueños de Lares y la Convención, entre 1956 y 1962, coincidiendo exactamente con el período de gobierno de apertura democrática de Prado.

El líder más importante de este movimiento fue Hugo Blanco, mestizo, con estudios universitarios en Argentina y de inspiración trotskista, quien alentó con éxito la sindicalización, las huelgas y las invasiones para recuperar las tierras ex-comunales en dichos valles cuzqueños (Burga y Flores Galindo, 1982). El eco del triunfo de

la Revolución Cubana en 1959, contribuyó al afianzamiento de la presencia de los partidos marxistas al interior del movimiento campesino.

Desde ese entonces hasta la irrupción armada de Sendero Luminoso (Partido Comunista del Perú) en 1980 y la del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) en 1982, la influencia del marxismo en el movimiento campesino fue permanente.

La idea sobre la necesidad de una reforma agraria que hiciera justicia en el campo, empezó a ser difundida desde comienzos del siglo XX principalmente por el APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana), los socialistas y los comunistas, pero también posteriormente por los grupos reformistas socialcristianos y el progresismo en general.

El presidente Manuel Prado (1956-1962) nombró una comisión de alto nivel con el objetivo de elaborar un proyecto de reforma agraria. Dicho proyecto estuvo listo en las postrimerías de su Gobierno y optó por no implementarlo. Su sucesor, Fernando Belaunde (1963-1968), prometió durante su campaña electoral promulgar la Ley de Reforma Agraria; una vez en el poder, no tuvo la capacidad política para implementarla.

La incapacidad de la élite política civil peruana en implementar una reforma agraria justiciera, pero también racional y económicamente viable, generó una serie de reacciones sociales, como fue el estallido de las guerrillas del Movimiento de Izquierda Revolucionaria-MIR y del Ejército de Liberación Nacional-ELN (1964-65) las que fueron derrotadas sin mayor problema. Otra consecuencia inmediata fue el golpe militar del Gral. Juan Velasco Alvarado, el 3 de octubre de 1968.

La reinstauración, una vez más, de un sistema político autoritario, de dictadura militar, hacía presagiar la repetición de experiencias militares anteriores. Velasco Alvarado sorprendió a "tirios y troyanos" al iniciar el proceso de reformas sociales y económicas más importantes en lo que va de la historia Republicana del Perú.

Después del Gobierno de Velasco, para bien o para mal, el Perú fue otro; pues la primera Ley de trascendencia que promulgó su Gobierno, fue la Ley de Reforma Agraria en 1969. Esta medida ha sido considerada como una de las más radicales que se hayan tomado en América Latina, quizá solamente comparada con la reforma agraria cubana.

Fue durante el septenato de Velasco (1968-1975) cuando se dio el proceso de democratización social más importante en el Perú. Paradójicamente, fue un gobierno autoritario el que entregó las mayores cuotas de poder político en el nivel local, ya sea a los campesinos de la Costa o de la Sierra. Las organizaciones campesinas (Ligas Agrarias) creadas desde el Estado reemplazaron o compartieron el poder local con los antiguos grupos dominantes en muchas zonas y rincones del país. Sólo este hecho abrió las puertas a una dinámica de cambio social que aún no terminamos de vislumbrar.

En el aspecto cultural, el velasquismo desplegó una política dirigida a revalorizar la tradición andina y popular. Túpac Amaru, mestizo y revolucionario, fue uno de los símbolos de la reforma agraria y parte esencial de la parafernalia del régimen militar. La declaración del idioma quechua como lengua oficial del Estado, junto con el español, fue un reflejo de lo que se viene sosteniendo.

El historiador José Tamayo (1981) visualizó una tendencia *neindigenista* a finales de la dictadura de Velasco. Este gobierno militar creó en 1971 el Sistema Nacional de Movilización Social (SINAMOS) con la intención de promover la creación de movimientos sociales de tipo gremial para poder estructurar y controlar, en cierto modo, el sistema político que deseaban implantar en el Perú: la Democracia Social de Participación Plena (Guerra García, 1983). Este modelo implicaba la creación de instituciones de gobierno integradas por representantes de los diferentes gremios del país. Fue un proyecto de tipo corporativo, que antes ya había sido planteado, de otra manera, por intelectuales y políticos peruanos, tales como Víctor Andrés Belaunde y Haya de la Torre.

En esta dirección, el Gobierno creó sus “propias” organizaciones gremiales, pues en 1972 se fundó la Confederación Nacional Agraria (CNA), y en diciembre del mismo año la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana (CTRP). Y en el mes de febrero de 1973 salió a la luz la novedosa Confederación Nacional de Comunidades Industriales (CONACI).

Al amparo del sector progresista del velasquismo —que dominó el poder durante gran parte del tiempo que duró dicho Gobierno— surgieron y crecieron numerosos movimientos sociales y se legalizaron una cantidad jamás vista de sindicatos en plazos bastante cortos (Tovar, 1982).

Respecto al movimiento campesino, el surgimiento de nuevas organizaciones y la expansión de las ya existentes, tampoco tuvo parangón en la historia del Perú. La Confederación Campesina del Perú (CCP)⁹ organizó sus III y IV Congresos Nacionales en los años 1970 y 1973, lo cual significó la reorganización y revitalización de este gremio que fomentó durante la década del 70 algunas tomas de tierras en la Sierra del Perú (Tovar, 1982). Tuvo una posición de confrontación al régimen militar, aunque algunos de sus partidos influyentes llegaron a plantear un “apoyo crítico” al velasquismo.

La Confederación Nacional Agraria (CNA) fue, sin lugar a dudas, la organización campesina más grande y representativa durante las décadas de los 70 y 80 en el Perú. Si bien su crecimiento se debió inicialmente al apoyo del Estado, a partir de 1976, después del golpe del Gral. Francisco Morales Bermúdez (1975-1980) fue declarada ilegal debido a su actitud de franca oposición al desmontaje de las reformas iniciado por el nuevo gobernante.

⁹ Integrada por dirigentes campesinos pertenecientes en su gran mayoría a partidos marxista-leninistas como el MIR, Vanguardia Revolucionaria, OC Bandera Roja, PC Patria Roja y otros.

Legitimada por su representatividad, aunque ilegal aún, la CNA¹⁰ logró reorganizarse en el nivel nacional a partir de su masiva VII Asamblea Nacional de Delegados, realizada en Cajamarca en diciembre de 1980. Ya reactivada y con un nivel de autonomía política considerable —a diferencia de otros gremios— la CNA realizó su III Congreso Nacional en junio de 1982 (Junín), evento que contó con la participación de delegados de todos los gremios campesinos del Perú. Ya en esta época, la CNA se había convertido en el movimiento campesino más importante del país, con una orientación socialista y nacionalista capaz de convocar al conjunto de las organizaciones agrarias del país.

Es así como en octubre de 1982, la CNA convoca al resto de gremios campesinos para la realización de un Paro Nacional (huelga nacional). La mayoría y las más importantes de estas organizaciones¹¹ aceptaron y se incorporaron al Comité Central de Acción, organizador de la medida de fuerza.

De esta manera se gestó y realizó el Primer Paro Nacional Campesino en la historia de la República del Perú. Entre el 25 y 26 de noviembre de 1982, la mayoría de los campesinos del Perú detuvieron sus labores y bloquearon gran parte de las carreteras del país (CIDIAG 1983). Al año siguiente se realizó el II Paro Nacional Agrario, con un nivel menor de contundencia.

Fue a partir de 1985 cuando el movimiento campesino entró en un proceso de repliegue, debido a que el Partido Comunista del Perú (Sendero Luminoso) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) ya comenzaban a desplegar sus acciones armadas con mayor amplitud territorial, con el consiguiente proceso de militarización del espacio rural. La lógica de la guerra empezó a desplazar a la actividad política en las zonas rurales del Perú.

Esta situación provocó un debilitamiento de las organizaciones campesinas, las que ya habían perdido fuerza debido al proceso de parcelación o privatización de las cooperativas agrarias de producción, ubicadas principalmente en la costa.

De aquella época a la fecha, los procesos de parcelación, privatización y restauración de los latifundios, han recompuesto la estructura de propiedad y tenencia de la tierra. En este nuevo escenario agrario, las organizaciones campesinas de fines del siglo pasado no han podido aún recobrar su importancia gremial, fortaleciéndose en cambio otros tipos de asociaciones de agricultores, como las vinculadas al tema del manejo del agua de riego (juntas de usuarios de los distritos de riego, juntas y asociaciones de regantes, etc.)

10 Los partidos políticos con mayor influencia en la CNA fueron el Partido Socialista Revolucionario (PSR), el Partido Comunista Peruano (PCP-Unidad) y el Partido Comunista Peruano (PCP-Mayoría, escisión del PCP-Unidad). Sin embargo, la CNA albergó a campesinos de todos los partidos políticos. Debido a la hegemonía de la CNA en el movimiento campesino en este período, los diversos partidos lucharon por “controlar” la dirigencia de la CNA, tratando de colocar dirigentes afines a sus respectivos partidos en la Junta Directiva, Federaciones Departamentales y Ligas Agrarias de dicha organización.

11 Firmaron la convocatoria de Paro Nacional Agrario, además de la CNA, la FENDECAAP (Federación Nacional de Cooperativas Azucareras), la Confederación General de Campesinos del Perú (CGCP) y Comité de Defensa de la Pequeña y Mediana Agricultura (CODEAGRO). Luego se adhirieron otras organizaciones agrarias.

De campesinos a revolucionarios

Como hemos podido apreciar en la breve reseña expuesta sobre la evolución del movimiento campesino, conforme el marxismo fue introduciéndose desde la década del 30 del siglo XX en la sociedad peruana, la percepción que se tenía del campesino se fue modificando poco a poco, convirtiéndose con el tiempo en un potencial “sujeto revolucionario”, junto con el proletario.

La concepción de la necesidad de una alianza obrero-campesina como eje de la revolución proletaria en el Perú, con el andar de los años, comenzó a construirse □al interior de la izquierda marxista peruana□ en una idea aceptada unánimemente. El habitante rural ya no era solamente un indio y un campesino, debía ser además un revolucionario, una clase revolucionaria con una misión histórica muy clara que cumplir: hacer la revolución y construir el socialismo en el Perú.

Esta transformación del campesinado en actor protagonista del proceso revolucionario se afianzará a partir de la ruptura del movimiento comunista internacional (China – Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) a comienzos de la década del 60, hecho que provocará también en el Perú la división del Partido Comunista Peruano (Unidad)¹² prosoviético, y la aparición de otro Partido Comunista del Perú (Bandera Roja) pro-chino.

Debido al sesgo ‘agrario’ que Mao Tse-tung le imprimió a la revolución China, sus planteamientos se difundieron fácilmente en los países subdesarrollados, con poblaciones campesinas extensas y pobres como las del Perú.

El maísmo plantea que en países agrarios y atrasados, el papel del campesinado pobre debe ser, de primer orden, en el proceso revolucionario, incluso más importante que el del proletariado. El campesinado pobre debía ser “el motor de la revolución”.

La mayoría de los partidos (Letts 1981) con influencia en la CCP adoptaron esta posición respecto al papel del campesinado, pero quien mejor llevó a la práctica las enseñanzas de Mao Tse-tung fue el Partido Comunista del Perú (Sendero Luminoso).

Sendero Luminoso le declaró la guerra al Estado peruano en 1980. Reclutó para su causa a un alto porcentaje de campesinos □en su mayoría indígenas□ de las alturas andinas, caracterizados por su pobreza y desconexión con el mundo de la información y educativo. Después de una primera etapa de expansión de este movimiento debido a su *actuar justiciero*, de acuerdo al decir campesino de esa época, Sendero comenzó a realizar una serie de

¹² En el Perú existen varios “Partidos Comunistas del Perú”, y sus siglas se diferencian de otras debido a que después de su nombre, se coloca entre paréntesis la denominación de su órgano de prensa oficial: Diario Unidad, Bandera Roja o Sendero Luminoso.

acciones demenciales y terroristas que fueron enfrentándolo no sólo con la opinión pública, sino con los propios dirigentes populares y campesinos de la izquierda revolucionaria¹³.

La presencia de Sendero (desde 1980) y el MRTA (desde 1982) en el campo por más de una década, obligó al movimiento campesino a replegarse y casi desintegrarse lentamente, hasta el presente.

Al desastre ocasionado en el agro, ya sea por una reforma agraria con errores e incompleta, o por la violencia de Sendero y el MRTA, se le sumó después la política neoliberal del presidente Fujimori, que no permitió la recuperación de este sector de la población peruana (sobre todo de la sierra pobre y andina).

De revolucionarios a productores agrarios o agricultores

El proceso de parcelación de las cooperativas agrarias¹⁴ de la costa provocó el reemplazo de los “campesinos cooperativistas” o de los socios de las cooperativas en parceleros¹⁵, ahora llamados agricultores o productores agrarios. Tanto el proceso de parcelación-privatización de las propiedades colectivas (cooperativas), así como la forzada despolitización en el campo producida por la guerra interna entre el Estado y Sendero-MRTA, ha ido transformando la realidad rural del Perú. Nuevos actores sociales, nuevas organizaciones agrarias, resurgimiento del latifundio, son algunas de las características que están redibujando las relaciones sociales, económicas y políticas en este importante y aún desatendido sector agrario del Perú.

Algunas reflexiones finales

En esta última parte del presente trabajo, quisiéramos decir que los movimientos sociales tradicionales o “viejos” (Linch 1999), como lo son el campesinado y el proletariado, se desarrollaron con mayor vigor cuando desde el Estado hubo políticas explícitas de apoyo en esta dirección. Y esto vale tanto para los gobiernos democráticos como para los autoritarios (Touraine, 1989).

Desde esta perspectiva, los movimientos sociales —y el campesino en especial— no solamente tuvieron una cierta dependencia con las políticas de apoyo estatal, sino que también su historia estuvo íntimamente ligada, o atada, al rumbo que siguieron los partidos políticos que ejercieron una influencia determinante en sus cuadros dirigentes. Cabe resaltar la influencia del aprismo, pero sobre todo de la izquierda marxista.

Hay que tener muy presente esta realidad a la hora de analizar el papel de los movimientos sociales en los procesos políticos del siglo XX en el Perú, incluidos los de transición a la democracia y al autoritarismo.

¹³ El ajusticiamiento cruel e insano de la querida e izquierdista dirigente barrial de Lima María Elena Moyano, marcó el momento de inflexión definitivo de Sendero. A partir de este irracional acto terrorista, se puede vislumbrar con mayor nitidez el camino hacia el ocaso de este movimiento político.

¹⁴ Las cooperativas agrarias de productores y de servicios cubrieron gran parte del territorio de la costa peruana, y en menor medida de la sierra y la selva.

¹⁵ Los parceleros recibieron generalmente alrededor de tres hectáreas cada uno, por lo menos.

Habría que señalar que la izquierda marxista de finales de la década del 70 del siglo pasado, heredera del pensamiento mariateguista e indigenista, empezó a incluir en su discurso político el tema de los derechos de las nacionalidades originarias como parte de las reivindicaciones por las cuales había que movilizar al pueblo. Al poco tiempo, en 1980, la lucha armada comenzó a expandirse en el campo peruano, bloqueando toda posibilidad de seguir 'imaginando comunidades étnicas'.

Finalmente, es importante señalar que a comienzos del siglo XXI el Perú sigue siendo una República pigmentocrática. Pese a los cíclicos esfuerzos desde el Estado y desde la sociedad civil por revalorizar *lo indio*, la construcción de la identidad nacional no valora aún en su debida dimensión este legado cultural¹⁶, no sólo por las razones expuestas en este trabajo, sino porque todavía en el imaginario de la población india e indomestiza actual, existe una visión alienada de las culturas y razas indígenas: todo lo relacionado con "lo indio" es sentido, percibido, todavía, como algo inferior.

La memoria histórica hace aparecer al indígena como el conquistado-derrotado, el siervo, el pobre, e incluso el que tiene un nivel menoscabado de autoestima estética.

Felizmente, esta tendencia se ha ido modificando en la última mitad de siglo XX y en lo que va del XXI. Este proceso sigue en curso, lo cual es importante, ya que la contribución cultural y racial de lo indio en el Perú, ha sido, es y será uno de los pilares de la construcción de la identidad nacional peruana. Por otro lado, se sabe que la autoestima de un pueblo es la base indispensable para el proceso de desarrollo de cualquier país.

¹⁶ La construcción de la identidad nacional también se ha estado gestando a través del desarrollo de "identidades" regionales, clasistas y ciudadanas, lo cual según Degregori (1993) puede evitar "los callejones sin salida a los cuales parece conducir la preeminencia unilateral de las identidades étnicas en otras partes del mundo".

Referencias

- 1.** Belaunde, Víctor Andrés (1987). *Meditaciones peruanas, Obras Completas, Tomo II*, Lima: Comisión Nacional del Centenario.
- 2.** Burga, Manuel y Alberto Flores Galindo (1982). *Feudalismo Andino y Movimientos Sociales (1866- 1965)*. En: *Historia del Perú*, tomo XI, Barcelona: Editorial Mejía Baca.
- 3.** Burga, Manuel (1988). *Nacimiento de una utopía. Muerte y resurrección de los incas*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario.
- 4.** Calla Ortega, Ricardo (1993). *Hallu huayllisa huti. Identificación étnica y proceso político en Bolivia*. En: *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos*, pp.: 57-81, Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos (IFEA) e Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- 5.** CIDIAG (1983). *Paro nacional agrario. Histórica lucha del movimiento campesino*. Lima: Centro de Información y Desarrollo Internacional de Autogestión.
- 6.** Conrad, Goeffrey y Arthur A. Demarest (1988). *Religión e imperio. Dinámica del expansionismo azteca e inca*. Madrid: Alianza Editorial.
- 7.** Degregori, Carlos Ivan (1993). *Identidad étnica, movimientos sociales y participación política en el Perú*. En: *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos e Instituto de Estudios Peruanos, pp.: 113-133.
- 8.** Espinoza Soriano, Waldemar (1978). *Los modos de producción en el imperio de los incas*. Lima: Editorial Mantaro.
- 9.** (1990). *La destrucción del imperio de los incas*. Lima: Amaru Editores.
- 10.** Fernández Fontenoy, Carlos (1997). *La élite política incaica: el derrotero de una crisis*. Lima. *IUS ET PRAXIS*, 27: 89-101
- 11.** Flores Galindo, Alberto (1988). *Buscando un inca*. Lima: Editorial Horizonte.
- 12.** Guerra García, Francisco (1983). *Velasco: del Estado oligárquico al capitalismo de Estado*. Lima: CEDEP
- 13.** Guerrero, Andrés (1993). *De sujetos indios a ciudadanos-étnicos: de la manifestación de 1961 al levantamiento indígena de 1990*. En: *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos e Instituto de Estudios Peruanos, pp.:83-101.
- 14.** Haya de la Torre, Víctor Raúl (1936). *El antiimperialismo y el APRA*. Santiago de Chile: Editorial Ercilla.
- 15.** Letts, Ricardo (1981). *La izquierda peruana*. Lima: Mosca Azul Editores.

- 16.** Lauer, Mirko (1997). Andes imaginarios. Discurso del indigenismo. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos "Barrolomé de las Casas".
- 17.** Lynch, Nicolás (1999). Una tragedia sin héroes: La derrota de los partidos y el origen de los independientes en el Perú 1980-1992. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 79 p.
- 18.** Mariátegui, José Carlos (1927). Réplica a Luis Alberto Sánchez. En: La polémica del indigenismo. Recopilación de Manuel Aquézolo, 1976. Lima: Mosca Azul Editores.
- 19.** (1927). Intermezzo polémico. En: La polémica del indigenismo. Recopilación de Manuel Aquézolo. 1976, Lima: Mosca Azul Editores.
- 20.** Mejía, José Manuel (1978). El movimiento campesino en el Perú. Análisis. Lima, 5: 93-99.
- 21.** O'Phelan Godoy, Scarlett (1995). La gran rebelión en los Andes: de Túpac Amaru a Túpac Catari. Cuzco: Petroperú y Centro Bartolomé de las Casas.
- 22.** Pease G.I., Franklin (1991). Los incas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp.:114-115.
- 23.** Rostworowski, María (1988). Historia del Tahuantinsuyu. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp.: 35-36, 183.
- 24.** Silva Santisteban, Luis (1988). Estado, proyecto histórico y sistema internacional. Revista Peruana de Ciencia Política y Ciencias Sociales. Lima: Editorial Perla, 1 : 215-282.
- 25.** Sulmont, Denis (1985). El movimiento obrero peruano (1890-1980). Lima: Editorial Tarea.
- 26.** Tamayo Herrera, José (1981). El pensamiento indigenista. (Antología), Lima: Mosca Azul. Editores.
- 27.** Touraine, Alain, (1989). América Latina: política y sociedad Madrid: Editorial Espasa-Calpe, pp.: 162-163.
- 28.** Tovar Samanez, Teresa (1982). Velasquismo y movimiento popular. Lima: DESCO

Listado de evaluadores. Panorama 11. Volumen VI, Número 2. (Julio-Diciembre 2012)

Cecilia Rincón Verdugo
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Máster en Estructuras y procesos del aprendizaje

José Guillermo Martínez Rojas
Pontificia Universidad Javeriana
Magister en Educación

Gloria Calvo
Universidad Pedagógica Nacional de Colombia
Licenciada en Psicología

Jorge Alberto Portillo Chávez
Universidad Tecnológica de El Salvador
Máster en Ciencias de la Información y Gestión del Conocimiento

Isabel Hernández Arteaga
Universidad Cooperativa de Colombia
Doctora en Ciencias de la Educación

Yolanda Ladino Ospina
Universidad Pedagógica Nacional
Doctora en Educación

Surgei Bolivia Caicedo Villamizar
Universidad de Pamplona
Doctora en Ciencias Pedagógicas

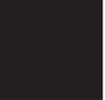
Giovanny Cardona Montoya
Fundación Universitaria CEIPA
Doctor en Ciencias Pedagógicas

Edna Patricia Lopez Pérez
Universidad Pedagógica
Magister en Desarrollo Educativo y Social

Alexander Ortiz Ocaña
Universidad del Magdalena
Doctor en Ciencias Pedagógicas

Ana Patricia León Urquijo
Universidad de Los Lagos
Doctora en Filosofía y Ciencias de la Educación

Sebastián Romero Buj
Asesor Independiente
Licenciado en Educación



|
|
|



Misión

La revista Panorama tiene como misión, la publicación y divulgación de artículos que se reúnen en cinco grandes áreas, acogidas a los lineamientos gnoseológicos de la Facultad de Ciencias Sociales: Derecho, Psicología, Educación, Ciencia Política y Humanidades. Su propósito es la visualización de trabajos de investigación, nacionales e internacionales, en las áreas mencionadas, a través de un arbitraje anónimo y con los más altos estándares de calidad para revistas científicas, con el fin de fortalecer una red o comunidad científica que ofrezca soluciones a la problemática o a las necesidades informativas de la sociedad.



INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Las instrucciones que a continuación se presentan tienen el propósito de estandarizar la presentación de artículos para ser sometidos al proceso de evaluación del comité editorial. Pretenden establecer una coherencia en la presentación que dé identidad y estructura a la publicación y, además, tener presente variables importantes en el momento de evaluar la calidad de los artículos por autoridades externas.

Tipos de artículos

Se dará prioridad a artículos de investigación científica y tecnológica, de reflexión y de revisión. Se recibirán textos en las áreas de Psicología, Educación, Derecho, Ciencia Política y Humanidades. Aunque se pueden publicar artículos de cualquiera de los once tipos existentes, el mayor énfasis se hará en artículos de los tipos: 1, 2 y 3. A saber:

1. Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación. La estructura por lo general utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y discusión. Debe tener como mínimo treinta referencias.
2. Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación, desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Debe tener como mínimo treinta referencias.
3. Artículo de revisión. Documento que surge de una investigación en la que se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos cincuenta referencias.

Presentación de los artículos

Originalidad de los textos

Los trabajos presentados deben ser inéditos y no pueden ser sometidos simultáneamente a consideración por parte de otras revistas. De la misma manera, no se recibirá ningún texto que haya sido publicado total o parcialmente en otra revista.

El proceso editorial correspondiente sólo iniciará cuando se haga entrega del formato de presentación de artículos (disponible en <http://www.poligran.edu.co/editorial>), en el cual los autores avalan su publicación en Panorama y asumen la autoría del mismo.

Arbitraje

Los textos que han atravesado el proceso de entrega serán sometidos a un proceso de evaluación por parte de expertos (árbitros o pares académicos) bajo la modalidad doble ciego. Así como el par desconoce la identidad del autor, este desconoce la identidad sus evaluadores.

Los árbitros son expertos en el área, seleccionados por el comité editorial y científico, que revisarán cada artículo y emitirán un dictamen sobre la viabilidad de su publicación.

Los autores serán notificados sobre los resultados de la evaluación y se les brindará un plazo para la entrega de los ajustes, determinado por el comité editorial. Este plazo puede variar de acuerdo a la cantidad de correcciones que requiera el texto.

Los pares académicos determinarían si el artículo puede publicarse tal como está, si requiere ligeras modificaciones, si es necesario incluir importantes modificaciones o si es rechazado. En caso de ser aceptado, los autores conocerán la decisión sobre el artículo y se adelantará el proceso editorial correspondiente.

Características de recepción de los artículos

Presentación

El autor o los autores deben presentar el artículo original en formato digital, o enviarlo por correo electrónico en una versión reciente de Microsoft Word, en tamaño carta, por una sola cara, a espacio doble y en letra Arial de 12 puntos.

Extensión

El artículo debe tener una extensión máxima de 25 páginas y una mínima de 15 páginas. Debe contener una introducción, cuerpo del trabajo: marco teórico, materiales y métodos, resultados, discusión o recomendaciones y bibliografía.

Información sobre autores

En la primera página debe estar la siguiente información: título del artículo (en español), datos del autor o los autores con los nombres y apellidos completos, fecha de recepción y aceptación del artículo, una corta reseña con una extensión máxima de 800 caracteres, correo electrónico, teléfono fijo, celular y filiación institucional. Es importante especificar si el artículo obedece al resultado de una investigación, nombre de ella y años durante la cual se desarrolló. Es decir, en cuál universidad fue desarrollada y/o con cuál universidad actualmente está vinculado. Recuerde que la filiación le permite a usted como autor ser vocero de sus ideas y de la institución.

Imágenes, gráficos y tablas

En caso de contener mapas, cuadros, tablas, fórmulas o ilustraciones, estas deben estar claramente descritas, y en orden, en los programas originales o en los formatos gráficos: jpg, tiff o bmp, con resolución de 300 dpi (dots per inch o puntos por pulgada), en el caso de tratarse de cuadros, tablas o gráficos de elaboración propia, es indispensable presentarlos en formato editable. La información de texto, gráficos e imágenes debe ser presentada en una sola tinta y debe tener la correspondiente autorización para su publicación.

Cada tabla, cuadro, figura o imagen debe llevar un título que describa con claridad el material presentado y debe contener la fuente, en metodología APA, si procede de una distinta al autor o a los autores. En caso de ser necesario, se deben anexar los permisos para la reproducción de tablas, cuadros, figuras e imágenes que estén protegidos por el derecho de autor.

Resumen

El artículo debe traer un resumen en español con una extensión máxima de 700 caracteres, en el que se sinteticen los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Se deben adicionar las palabras clave (de 4 a 6). Además, se debe presentar el resumen (abstract) y las palabras clave (Keywords) en inglés. En caso de no contener esto, la editorial procederá a realizar la traducción por medio del Departamento Académico de Idiomas de la institución.

Referencias

La revista Panorama usa el sistema de referencias APA, de la manera descrita a continuación (un manual de referencias más detallado lo encuentra en www.poligran.edu.co/editorial).

A. Citación: El estilo APA utilizado en la revista Panorama presenta las citas dentro del texto del trabajo, utilizando el apellido del autor, la fecha de publicación y la página citada entre paréntesis. Este sistema NO requiere utilizar las citas a pie de página y funciona de la siguiente manera:

Williams (1995, p.45) sostuvo que “al comprar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”

O bien:

Un autor sostuvo que “al comprar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente” (Williams, 1995, p.45)

Cuando la cita es indirecta (es decir, que no se menciona la idea del autor pero no se cita textualmente), no se coloca la página de la referencia. Se hace de la siguiente manera:

Es oportuno considerar la edad de los pacientes al estudiar los desórdenes de la personalidad (Williams, 1995)

Si usted necesita citar una investigación que encontró en otro trabajo, puede hacerlo de las siguientes maneras:

Duarte (2006, p.17) cita a Phillips (2001) quien descubrió que...

Bibliografía: El listado de referencias presentarse en orden alfabético. El utilizado en PANORAMA exige que los títulos de las publicaciones sean destacados cursiva. Las referencias bibliográficas se deben presentar de la siguiente manera:

- Libros:

Apellido, Nombre (año). Título del libro. Lugar de la publicación: Editor. /

Strunk, W., & Blanco, E. B. (1979). Los elementos del estilo (3ra ed.). Nueva York: Macmillan.

- Publicaciones oficiales gubernamentales:

País. Entidad gubernamental. (año). Título.Ciudad: Editorial /

Gran Bretaña. Ministerio del Interior. (1994). Política de las prisiones para Inglaterra. Londres: HMSO. Orquídeas

- Informes:

Apellido, Nombre. (año). Título del informe. (Código del informe). Entidad/

Birney, A. J., & Pasillo, M. Del M. (1981). Identificación temprana de niños con dificultades para escribir una lengua (Informe No. 81-502). C.C. De Washington: Asociación Educativa Nacional.

-Actas de congresos:

Apellido, Nombre. (año).Título. Nombre y edición del congreso (rango de páginas).Ciudad: Editorial.

-Artículos de revistas científicas (journals):

Apellido, Nombre. (año). Título del artículo. Nombre de la revista, Volumen, número, (rango de páginas) / Popper, E. Del S., Y McCloskey, K. (1995).

-Artículo de una publicación semanal:

Apellido, Nombre (Año, día y mes de publicación). Título del artículo. En Título de la publicación, rango de páginas.

-Artículos de periódico:

Título del artículo. (Año, día y mes de publicación). Título del periódico, rango de páginas. / Young, H. (1996, 25 de julio). La Batalla entre serpientes y escaleras. The Guardian, p. 15.

-Entrevistas:

Debido a que el material de una entrevista no se puede reproducir para quien lee un trabajo de investigación no es obligatorio que se cite en la Bibliografía final. Sin embargo, sería muy conveniente hacer una referencia a la entrevista dentro del cuerpo principal de su trabajo, a manera de comunicación personal:

... y este punto fue concedido (J. Bloggs, entrevista personal, 22 de agosto de 2001).

-Fuentes electrónicas:

Apellido, nombre. (fecha). Título del artículo. Mes, día y año de consulta, de dirección en Internet. / Bancos, I. (n.d.). Los NHS marcan la pauta del cuidado de la salud. Obtenida el 29 de agosto de 2001, de <http://www.healthcareguide.nhsdirect.nhs.uk/>



INSTRUCTIONS FOR THE AUTHORS

The following instructions are intended to standardize the presentation of articles in order to be submitted to the evaluation process of the editorial committee. These instructions aim to establish coherence within the presentation to identify and structure the publication, and also to maintain important variables when external authorities evaluate the quality of the articles.

Types of articles

Priority will be given to articles of scientific and technological research, reflection and review. Texts will be received in the areas of Psychology, Education, Political Science, Humanities and Law. Although any article of the eleven existing types can be published, major emphasis will be given on items of types 1, 2 and 3. Like this:

1. Article of Scientific and Technological Investigation. This is a document that presents in detail the results of an original research project. The structure that is generally used contains four major sections: introduction, methodology, results, and conclusions. It should have at least thirty references.
2. Article of Reflection. This document presents research results from an analytical, interpretative, or critical perspective of the author on a specific topic by using original sources. It should have at least thirty references.
3. Article of Review. This document is the result of a research where the published or unpublished research findings on a field of science or technology are analyzed, systematized, and integrated in order to mention development trends and progress. It is characterized for presenting a complete literature review of at least 50 references.

Submission of articles

Article presentation

Originality of the text

All submitted papers must be unpublished and cannot be submitted simultaneously for consideration in other magazines. Similarly, Panorama will not receive any papers that have been whole or partially published in another journal.

The editorial process will only initiate when the article presentation form is received (available at: <http://www.poligran.edu.co/editorial>), in this form the authors approve the publication of the paper in the magazine and assume their authorship.

Refereeing

Papers that have been delivered will undergo a review process by experts (referees or academic peers) under the double-blind mode. Both the peer and the author are unaware of each other's identity.

Referees are experts in the area, selected by the editorial and scientific committee, who review each paper and issue an opinion on the viability of its publication. Authors will be notified of the results of the evaluation and will be notified with a deadline for delivery of the adjustments. This period may vary according to the amount of corrections required.

If accepted, authors will know the decision on the article and the editorial process will advance accordingly.

Characteristics of article submitting

Presentation

The author(s) must submit the original article in digital format in a recent version of Microsoft Word. The article should be letter sized, one-sided, double-spaced, and in Arial 12.

Extension

The article should have a maximum length of 25 pages and a minimum of 15 pages. It should have an introduction, body of work: theoretical framework, materials and methods, results, discussion or recommendations, and bibliography.

Information about the authors:

The first page must have the following information: title of the article (in Spanish), author(s) personal data with full name, dates when the article was received and accepted, a profile of the author(s) with a maximum of 800 characters, email, address, phone, cell phone, and institutional affiliation.

Images, Graphics, and Tables: In case of containing maps, charts, tables, formulas, or illustrations, they should be clearly described and in order. Also, they should be in original or graphic formats: jpeg, tiff or bmp, or with a resolution of 300 dpi (dots per inch). If there are charts, tables, or graphs made by the author(s), it is mandatory to present them in an editable format. Text information, graphics, and images must be submitted in single ink, and should have their respective authorization for publication.

Each table, figure, or image must have a caption that clearly describes the material presented and the source in APA methodology in case of being different from the author. If necessary, the required permissions for the reproduction of charts, tables, figures, and images that are protected by copyright must be attached.

Abstract

The article must have a summary in Spanish with a maximum of 700 characters, which synthesize the objectives, study methods, results, and conclusions. It must include key words (4 to 6). In addition, an abstract and keywords in English must be submitted. If not presented, the publisher will translate them through the Language Department.

References

The magazine Panorama uses the APA reference system, as follows: (a more detailed reference manual can be found at www.poli-gran.edu.co/editorial)

A.Quotation:theAPAstyleusedinthemagazinePanoramapresentsthequotationswithinthetextofthepaper,usingthelastnameoftheauthor, the publishing date, and the quoted page between parentheses. This system does NOT require the use of footnotes, and it works as follows:

Williams (1995, p.45) said that "when comparing personality disorders, the age of the patient should be taken into account."

Or:

An author said that "when comparing personality disorders, the age of the patient should be taken into account." (Williams, 1995, p.45)

When the quote is indirect (this means that the idea of the author is not mentioned, but it is not quoted), the page of the reference is not written. It is used as follows:

It is useful to take into account the age of the patients when studying personality disorders (Williams, 1995)

If you need to quote a research you found in another work, you can do it as follows:

Duarte (2006, p.17) quotes Phillips (2001), who discovered that...

B. Bibliography: The list of references should be presented in alphabetical order. The one used in Panorama requires the titles of the publications to be highlighted and in italics. The bibliographic references should be presented as follows:

-Books:

Last name, Name (year). Title of the book. Publication Place: Publisher. /

Strunk, W., & Blanco, E. B. (1979). *The Elements of Style* (3ra ed.). New York: Macmillan.

- Official Publications of the Government:

Country. Government Institution. (year). Title. City: Publisher /

Great Britain. Ministry of the Interior. (1994). *Policy of Prisons for England*. London: HMSO.

- Reports:

Last name, Name. (Year). Title of the Report. (Code of the report). Entity/

Birney, A. J., & Pasillo, M. Del M. (1981). *Early Identification of Children with Difficulties to Write a Language* (Report No. 81-502). C.C. Washington: National Educative Association.

-Congress Minutes:

Last name, Name. (Year). Title. Name and publication of the congress (Page range). City: Publisher.

-Articles of Scientific Magazines (Journals):

Last name, Name. (Year). Title of the Article. Name of the Magazine, Volume, number, (page range) / Popper, E. Del S., and McCloskey, K. (1993).

-Article of a Weekly Publication:

Last name, Name (Publication year, day, and month). Title of the Article. In Title of the Publication, page range.

-Newspaper Articles:

Title of the Article. (Publication year, day, and month). Title of the newspaper, page range.

Young, H. (1996, July 25th). The Battle between Snakes and Ladders. The Guardian, p. 15.

-Interviews:

Due to the fact that it is not possible to reproduce the material of an interview, it is not mandatory for the person who reads a research work to quote it in the final Bibliography. However, it would be very convenient to mention the magazine within the main body of the work, as personal communication:

... and this point was granted (J. Bloggs, personal interview, August 22nd, 2001).

-Electronic Sources:

Last name, name. (Date). Title of the Article. Inquiry month, day, and year, Web address. / Bancos, I. (n.d.). NHS indicates the guidelines for taking care of health. Received on August 29th, 2001, from <http://www.healthcareguide.nhsdirect.nhs.uk/>



INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

As instruções que a continuação se apresentam têm o propósito de padronizar a apresentação de artigos para serem submetidos ao processo de avaliação do comitê editorial. Pretendem estabelecer uma coerência na apresentação que de identidade e estrutura à publicação e, além do mais, ter presente variáveis importantes no momento de avaliar a qualidade dos artigos por autoridades externas

Tipos de artigos

Se dará prioridade a artigos de pesquisa científica e tecnológica, de reflexão e de revisão. Porém se podem publicar artigos de qualquer dos onze tipos existentes, o maior ênfase se fará em artigos dos tipos: 1, 2 e 3. A saber:

1. Artigo de pesquisa científica e tecnológica. Documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa. A estrutura pelo geral utilizada contém quatro apartes importantes: introdução, metodologia, resultados e discussão. Deve ter como mínimo trinta referências.
2. Artigo de reflexão. Documento que apresenta resultados de pesquisa, desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, recorrendo a fontes originais. Deve ter como mínimo trinta referências.
3. Artigo de revisão. Documento que surge de uma pesquisa na que se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas, publicadas ou não, sobre um campo em ciência ou tecnologia com o fim de dar conta dos avanços e as tendências de desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos cinquenta referências.

Apresentação dos artigos

Originalidade dos textos

Os trabalhos apresentados devem ser inéditos e não podem ser submetidos simultaneamente à consideração da parte de outras revistas. Da mesma maneira, não se receberá nenhum texto que tenha sido publicado total ou parcialmente em outra revista.

O processo editorial correspondente só iniciará quando se faça entrega do formato de apresentação de artigos (disponível em <http://www.poligram.edu.co/editorial>), no qual os autores dão aval da sua publicação na revista e assumem a autoria do mesmo.

Arbitragem

Os textos que tenham atravessado pelo processo de entrega serão submetidos a um processo de avaliação da parte de expertos (árbitros ou pares acadêmicos) baixo a modalidade duplo cego. Assim como o par desconhece a identidade do autor, este desconhece a identidade dos seus avaliadores.

Os árbitros são expertos na área, selecionados pelo comitê editorial e científico, que revisarão cada artigo e emitirão um ditame sobre a viabilidade da sua publicação.

Os autores serão notificados sobre os resultados da avaliação e se lhes oferecerá um prazo para a entrega dos ajustes, determinado pelo comitê editorial. Este prazo pode variar de acordo à quantidade de correções que requiera o texto.

Em caso de ser aceito, os autores conhecerão a decisão sobre o artigo e se adiantará o processo editorial correspondente.

Características de recepção dos artigos

Apresentação

O autor ou os autores devem apresentar o artigo original em formato digital, ou enviá-lo por correio eletrônico em uma versão recente de Microsoft Word, em tamanho carta, por uma cara só, a espaço duplo e em letra Arial de 12 pontos.

Extensão

O artigo deve ter uma extensão máxima de 25 páginas e uma mínima de 15 páginas. Deve conter uma introdução, corpo do trabalho: marco teórico, materiais e métodos, resultados, discussão ou recomendações e bibliografia.

Informação sobre os autores

Na primeira página deve estar a seguinte informação: título do artigo (em espanhol), dados do autor ou os autores com os nomes e sobrenomes completos, data de recepção e aceitação do artigo, uma curta resenha com uma extensão máxima de 800 caracteres, correio eletrônico, telefone fixo, celular e conexão institucional.

Imagens, gráficos e tabelas.

Em caso de conter mapas, quadros, tabelas, fórmulas ou ilustrações, estas devem estar claramente descritas, e em ordem, nos programas originais ou nos formatos gráficos: jpg, tiff ou bmp, com resolução de 300 dpi (dots per inch ou pontos por polegada), no caso de se tratar de quadros, tabelas ou gráficos de elaboração própria, é indispensável apresentar- lhos em formato que se possa editar. A informação de texto, gráficos e imagens deve ser apresentada em uma tinta só e deve ter a correspondente autorização para a sua publicação.

Cada tabela, quadro, figura ou imagem deve levar uma lenda que descreva com clareza o material apresentado e a fonte em metodologia APA se procede de uma diferente ao autor ou aos autores. No caso de ser necessário, se devem anexar as permissões para a reprodução de tabelas, quadros, figuras e imagens que estejam protegidos pelo direito de autor.

Resumo.

O artigo deve trazer um resumo em espanhol com uma extensão máxima de 700 caracteres, no que se sintetizem os objetivos, métodos de estudo, resultados e conclusões. Devem-se adicionar as palavras chave (de 4 a 6). Além do mais, se deve apresentar o resumo (abstract) e as palavras chave (Key Words) em inglês. Em caso de não conter isto, a editorial procederá a realizar a tradução por meio do Departamento Acadêmico de Idiomas da instituição.

Referências

A revista usa o sistema de referências APA, da maneira descrita a continuação (Um manual de referências mais detalhado o encontra em www.poligram.edu.co/editorial).

A. Citação: O estilo APA utilizado na revista apresenta as citas dentro do texto do trabalho, utilizando o sobrenome do autor, a data de publicação e a página citada entre parêntese. Este sistema NÃO requer utilizar as citas a pé de página e funciona da seguinte maneira:

Williams (1995, p.45) susteve que “ao comparar as desordens da personalidade se deve ter em conta a idade do paciente”

OU bem:

Um autor susteve que “ao comparar as desordens da personalidade se deve ter em conta a idade do paciente” (Williams, 1995, p.45)

Quando a cita é indireta (quer dizer, que não se menciona a ideia do autor mas não se cita textualmente), não se coloca a página da referência. Faz-se da seguinte maneira:

É oportuno considerar a idade dos pacientes ao estudar as desordens da personalidade
(Williams,1995)

Se você precisa citar uma pesquisa que encontrou em outro trabalho, pode fazê-lo das seguintes maneiras:

Duarte (2006, p.17) cita a Phillips (2001) quem descobriu que...

B. Bibliografia: O listado de referências apresentam-se em ordem alfabética. O utilizado na revista exige que os títulos das publicações sejam destacados em cursiva. As referências bibliográficas se devem apresentar da seguinte maneira:

- *Livros:*

Sobrenome, Nome (ano). Título do livro. Lugar da publicação: Editor. /

Strunk, W., & Blanco, E. B. (1979). Os elementos do estilo (3ra ed.). Nova York: Macmillan.

- *Publicações oficiais governamentais:*

País. Entidade governamental. (ano). Título. Cidade: Editorial /

Grã-Bretanha. Ministério do Interior. (1994). Política das prisões para Inglaterra. Londres: HMSO.

Orquídeas

- *Informes:*

Sobrenome, Nome. (ano). Título do informe. (Código do informe). Entidade/

Birney, A. J., & Pasillo, M. Do M. (1981). Identificação precoce de crianças com dificuldades para escrever uma língua (Informe Não. 81-502). C.C. De Washington: Associação Educativa Nacional.

-*Atas de congressos:*

Sobrenome, Nome. (ano). Título. Nome e edição do congresso (intervalo de páginas). Cidade: Editorial.

-*Artigos de revistas científicas (Journals):*

Sobrenome, Nome. (ano). Título do artigo. Nome da revista, Volume, número, (intervalo de páginas) / Popper, E. Do S., E McCloskey, K. (1993).

-*Artigo de uma publicação semanal:*

Sobrenome, Nome (Ano, dia e mês de publicação). Título do artigo. Em Título da publicação, intervalo de páginas.

-*Artigos de jornal:*

Título do artigo. (Ano, dia e mês de publicação). Título do jornal, intervalo de páginas. / Young, H. (1996, 25 de julho). A Batalha entre serpentes e escadas. The Guardian, p. 15.

-Entrevistas:

Devido a que o material de uma entrevista não se pode reproduzir para quem lê um trabalho de pesquisa não é obrigatório que se cite na Bibliografia final. Embora, séria muito conveniente fazer uma referência à entrevista dentro do corpo principal de seu trabalho, a maneira de comunicação pessoal:

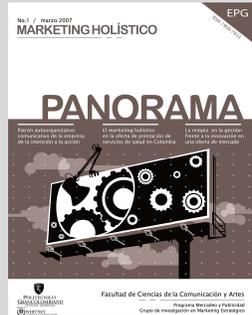
... e este ponto foi concedido (J. Bloggs, entrevista pessoal, 22 de agosto de 2001).

-Fontes eletrônicas:

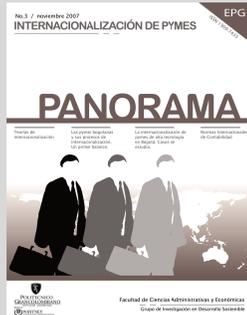
Sobrenome, nome. (data). Título do artigo. Mês, dia e ano de consulta, de endereço em Internet. / Bancos, I. (n.d.). Os NHS marcam a pauta do cuidado da saúde. Obtida o 29 de agosto de 2001, de <http://www.healthcareguide.nhsdirect.nhs.uk/>

Ediciones anteriores

2007. Volumen 1.



Panorama # 1

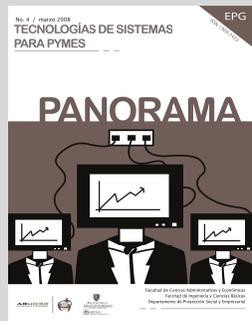


Panorama # 2

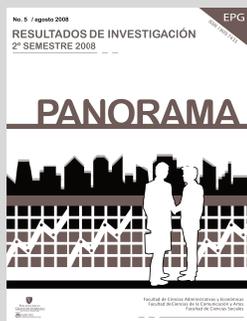


Panorama # 3

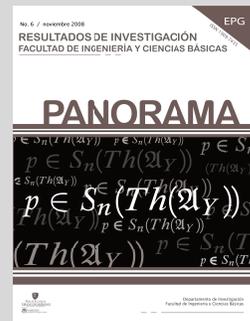
2008. Volumen 2.



Panorama # 4



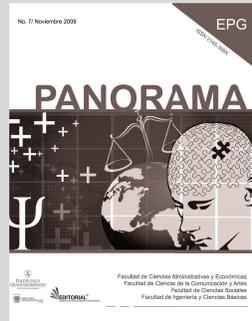
Panorama # 5



Panorama # 6

PERIODICIDAD: CUATRIMESTRAL

2009. Volumen 3.



Panorama # 7

2010. Volumen 4.



Panorama # 8

2011. Volumen 5.



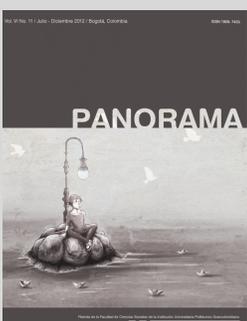
Panorama # 9

PERIODICIDAD: ANUAL

2012. Volumen 6.



Panorama # 10



Panorama # 11

PERIODICIDAD: SEMESTRAL